



ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
ÓRGANO JUDICIAL
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

ESTUDIO DIAGNÓSTICO DE LA **DETENCIÓN** **PREVENTIVA** EN BOLIVIA





LAS AUDIENCIAS DE MEDIDAS CAUTELARES EN BOLIVIA
Estudio Diagnóstico de la Detención Preventiva

ESTUDIO DIAGNÓSTICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

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 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: Santiago Martínez y Leonel Gonzáles
Coordinación: Constanza Gigena
Metodología: María Jesús Valenzuela
Relevamiento de trabajo de campo: Paula Ballesteros, Lorena Espinoza y Marco Fandiño

Edición, diseño y diagramación:

Lisette Daza Sequeiros

Impresión:

SOIPA Ltda.

<http://imprentasoipa.blogspot.com/>

Primera Edición

Sucre, julio 2017

Depósito Legal: XXXXX

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 Memorando de Entendimiento con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo el 17 de octubre de 2016, marco de cooperación en el que se desarrolló el Estudio Diagnóstico sobre Detención Preventiva encomendado 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 19 de mayo de 2017 en la ciudad de La Paz, Bolivia. 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), de las instituciones organizadoras, representantes de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Presidentes de los Tribunales Departamentales de Justicia de Bolivia, jueces de instrucción; asimismo, representantes del Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional, del Servicio Plurinacional de Defensa Pública, de la Defensoría del Pueblo y de la Dirección de Régimen Penitenciario. Los comentarios vertidos en el taller contribuyeron a la redacción de la versión final de este documento.

PRESENTACIÓN

Mgdo. Pastor Mamani Villca
Presidente del Tribunal Supremo de Justicia



El Tribunal Supremo de Justicia preocupado por el alto índice de detenidos preventivos en las cárceles del país, por el tiempo de duración de esta medida cautelar, por el cumplimiento de los preceptos constitucionales sobre el uso restrictivo de la detención preventiva y por la vigencia efectiva de la garantía de inocencia, así como también por el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la aplicación de la detención preventiva y que forman parte del bloque de constitucionalidad, en el marco del Convenio de Apoyo suscrito con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo decidió encomendar un estudio que identifique las causas del uso de la detención preventiva como medida cautelar principal y que deriva en el alto índice de detenidos preventivos.

El presente estudio sobre la aplicación de la detención preventiva presenta un panorama de los principales hallazgos de la información oficial relevante sobre la temática, reconoce que existen otros estudios e informes sobre la problemática, realizados tanto por organismos internacionales y nacionales

y se focaliza en la dinámica que se produce en las audiencias de medidas cautelares, la calidad de la información que se presenta y las decisiones judiciales respecto a su aplicación.

Esta focalización del estudio tiene su razón de ser en el reconocimiento de que si bien la problemática de los altos índices de detención preventiva es multicausal y compete a todos los servidores y operadores del sistema de justicia, así como a otros agentes externos y a la sociedad misma, los jueces y juezas de materia penal, vocales de Tribunales Departamentales, magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, compartimos estas preocupaciones sobre la problemática y queremos contribuir a su solución, a través de la racionalización del uso de la detención preventiva, la mejora de la calidad de las decisiones que exige la mejora en la calidad de la audiencia y de la información presentada por las partes para sustentar sus peticiones, así como el resguardo de los derechos de las personas sometidas a proceso penal como de las víctimas.

Con estos propósitos, se encargó el estudio al Centro de Estudios de Justicia de las Américas, organismo internacional independiente con experiencia en la investigación de la detención preventiva y el estudio del funcionamiento de los sistemas de justicia penal en Latinoamérica, solicitando que el estudio identifique la problemática, sus causas y efectos, poniendo particular énfasis en las buenas prácticas y las debilidades de las audiencias de medidas cautelares, así como los factores externos a la audiencia que influyen en su realización. También se solicitó que el estudio presente recomendaciones específicas acordes a los datos de la realidad nacional, que puedan ser implementadas a corto, mediano y largo plazo.

El estudio contextualiza la problemática de la aplicación de la detención preventiva en la complejidad de las variables y actores intervinientes, tales como la dinámica de las audiencias, la calidad de la información aportada por las partes, los factores relacionados con la organización, gestión y registro de las audiencias, los roles y prácticas del Ministerio Público, de la Policía Boliviana, de la Defensa Pública y de los abo-

gados particulares, del sistema penitenciario y los medios de comunicación, así como también los factores conexos como los cambios legislativos que han determinado modificaciones al régimen de medidas cautelares, las demandas ciudadanas de endurecimiento de la respuesta penal y las prácticas culturales proclives a la aplicación de la detención preventiva como pena anticipada.

El Tribunal Supremo de Justicia pone este estudio a disposición de todos los operadores del sistema, legisladores, medios de comunicación, académicos, organizaciones de la sociedad civil y otras personas interesadas en la temática, con la esperanza de que cada uno de nosotros desde el rol y servicio que cumplimos, podamos tener elementos de análisis y comprensión de la problemática, para que contribuyamos a la racionalización del uso de la detención preventiva y a que tengamos un mejor sistema de justicia que cumpla con los preceptos constitucionales y esté al servicio del pueblo.

CONTENIDO

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	
1.1 Descripción y alcances del Proyecto BOL/88177	8
1.2 Justificación y perfil del estudio de CEJA.....	9
CAPÍTULO 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN AMÉRICA LATINA	
2.1 El impacto de la Reforma Procesal Penal en el régimen de la prisión preventiva.	13
2.2 Un nuevo paradigma: la “lógica cautelar”	13
2.3 Razones para seguir trabajando el tema en Bolivia.....	27
CAPÍTULO 3. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA	
3.1 Descripción de los cambios legales desde la reforma de 1999.....	34
3.2 Análisis crítico de la regulación normativa sobre medidas cautelares	36
3.2.1 Aclaración previa.....	36
3.2.2. Algunos aspectos teóricos acerca de la detención preventiva.....	37
3.2.3 Crítica a las normas del Código de Procedimiento Penal.....	39
CAPÍTULO 4. DIAGNÓSTICO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA	
4.1 Descripción de la metodología adoptada	61
4.1.1 Caracterización metodológica del estudio	61
4.1.2 Diseño del estudio.....	62
4.1.3 Levantamiento de información.....	62
4.2 Análisis empírico en Sucre, La Paz, El Alto y Cochabamba	66
4.2.1 Condiciones de realización de la audiencia de medida cautelar	66
4.2.2 Dinámica y realización de la audiencia.....	72
4.2.3 Lineamientos generales sobre la actuación de los intervinientes.....	84
4.2.3.1 Acreditación de la materialidad	87
4.2.3.2 Acreditación del supuesto procesal	89
4.2.4 La decisión judicial	95
4.2.5 Momentos posteriores a la audiencia	97
CAPÍTULO 5. PROPUESTAS A CORTO, MEDIANO Y LARGO PLAZO	101
BIBLIOGRAFÍA	106
ANEXOS	112

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1 Descripción y alcances del Proyecto BOL/88177

Este informe fue elaborado en el marco del Proyecto BOL/88177 “*Fortalecimiento de las Capacidades de Diálogo y Coordinación para la Transformación de la Justicia en Bolivia*”. El Proyecto busca unir voluntades para que el sistema de justicia funcione con mayor eficiencia y responsabilidad, ampliando el acceso de la población a este ámbito y contribuyendo así a la construcción de una sociedad más pacífica e inclusiva.

Durante el 2016 se llevó a cabo en Bolivia la Cumbre Nacional de Justicia Plural, de la cual surgieron importantes contribuciones de diversas representaciones de la sociedad para la reforma del sector. Resultado del trabajo en mesas sobre los aspectos en los que es necesario avanzar, destacan las siguientes conclusiones relacionadas con la detención preventiva:

- Aplicación excepcional de la detención preventiva y ampliación de las medidas alternativas tomando en cuenta la realidad socioeconómica de las personas.
- Detención preventiva con una duración determinada.
- Desconcentración de los servicios de justicia y creación de mecanismos itinerantes.
- Fortalecimiento de formas de justicia restaurativa y creación de una política criminal inteligente, basada fundamentalmente en la prevención.
- Eliminación de barreras de acceso a la justicia, especialmente para grupos en situación de vulnerabilidad.
- Ampliación de la oralidad e implementación de nuevos modelos de gestión judicial, fiscal y de otras instituciones operadoras.

Esas conclusiones fueron consideradas de gran potencial para cumplir con los Objetivos del Desarrollo Sostenible, la Agenda Patriótica 2025 y el Plan de Desarrollo Social y Económico, en relación al ámbito de la justicia.

Por ello, frente a los diversos temas y desafíos que resultaron de la Cumbre, se estableció una priorización estratégica de actuación que garantice impactos de amplio alcance y repercusión. En ese marco, el “uso irracional y excesivo de la detención preventiva y el hacinamiento carcelario que surge como efecto de dicho uso”, constituye un punto de extrema relevancia (PNUD, 2016).

De esa manera el Tribunal Supremo de Justicia, con el apoyo del PNUD-Bolivia, encomendó este estudio al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo del sistema interamericano con amplio conocimiento en reformas de la justicia en América Latina. La cooperación se centró en la elaboración de dos productos que coadyuven al enfrentamiento de este problema en el país: i) un estudio técnico sobre la detención preventiva y la estructura del sistema de justicia penal que la opera, y ii) un protocolo de dirección de audiencias, acompañado de un proceso de capacitación a jueces y vocales que se desempeñan en la materia.

Estos documentos y las actividades que los acompañan tienen como objetivos:

1. Brindar al Órgano Judicial y a las instituciones del sector, asistencia técnica y capacitación para la mejora de las prácticas judiciales alrededor de las audiencias, y decisiones judiciales sobre medidas cautelares, especialmente la detención preventiva.

2. Sistematizar los datos disponibles, construir una línea base y analizar la situación actual en materia de uso de la detención preventiva en Bolivia.
3. Desarrollar estrategias viables para la reforma que puedan ser apropiadas por las instituciones del Estado Plurinacional de Bolivia e implementadas en el corto, mediano y largo plazo, con el fin de reducir sustancialmente el uso de la detención preventiva.
4. Difundir e implementar el estudio y protocolo de audiencias, y el seguimiento de sus impactos en el uso de la detención preventiva.

1.2 Justificación y perfil del estudio del CEJA

El CEJA tiene como una de sus principales misiones apoyar los procesos de reforma de los sistemas de justicia de la región latinoamericana. Por medio de estudios, proyectos y capacitaciones, su actuación se desarrolla en estrecha colaboración con los órganos gubernamentales, organizaciones internacionales y grupos de la sociedad civil de los países. Ese esfuerzo se despliega siempre conjugando la construcción del conocimiento con su aplicación a la realidad concreta y cotidiana de las instituciones locales.

Entre sus principales líneas de trabajo en materia penal, el CEJA ha abordado el tema de la prisión preventiva de manera constante y profunda, mediante análisis comparativos entre los sistemas de detención preventiva de la región y acompañando los impactos que resultaron de los cambios promovidos en los ámbitos legislativo, estructural y operacional. Todo lo anterior con el objetivo de entender la dinámica regional respecto a la cautela procesal y aportar insumos a cada uno de los países en busca de prácticas y estrategias innovadoras de actuación en el sistema penal.

En ese sentido, el CEJA tuvo especial preocupación en dar seguimiento a la transformación de los sistemas penales inquisitoriales hacia los modelos adversariales ocurrida entre los primeros años de la década de los 90 y de los 2000. En el contexto de la redemocratización política del continente, se buscaba garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y reformar las estructuras realizativas y organizativas del proceso para cumplir ese objetivo.

En ese momento, una de las principales preocupaciones en relación a la justicia penal era el uso desmedido de la prisión preventiva por falta de criterios claros sobre su aplicación o de limitación temporal para su duración. Esto llevó a que el porcentaje de personas sin condena privadas de libertad, en muchos de los países de la región, fuese mayor que la de presos condenados en clara oposición a los estándares internacionales para las sociedades democráticas.

A pesar de esta nueva reglamentación sobre el régimen de la prisión preventiva, el seguimiento que ha hecho el CEJA demuestra que muchos países de la región continuaron funcionando bajo la lógica de los sistemas inquisitivos. Principalmente, las reformas estructurales e institucionales que eran necesarias para dar lugar al nuevo modelo, no se realizaron de forma integral y/o tampoco se capacitó de forma continuada y suficiente a los actores que operarían el nuevo sistema y la aplicación de los nuevos principios vigentes. (Riego, 2010, p. 8).

Uno de los ámbitos que de manera más severa limita la vigencia de los principios que las reformas proclamaron, en materia de restricciones al uso de la prisión preventiva, es el de las prácticas de los sistemas de justicia penal. Las enormes limitaciones y, en algunos casos, la falta de un proceso de implementación sistemático, ha permitido que en muchos países la legislación de la reforma haya convivido con prácticas operativas propias del viejo sistema que, en la práctica, hacen que persista la forma en la que se resuelve la prisión preventiva en cada caso, más allá de lo declarado en las nuevas leyes.

Eso dio lugar a que en muchos países, la opinión pública reclamara cambios en las legislaciones y en la actuación de los operadores jurídicos. Esto se debe a los resultados supuestamente insatisfactorios del sistema penal reformado y el creciente sentimiento de inseguridad presente en las sociedades latinoamericanas en la última década. Los operadores jurídicos se orientaron hacia la adopción de una política “mano dura” en la que la prisión preventiva fue percibida como una rápida respuesta del sistema penal a las demandas de la población frente a la criminalidad.

Bolivia es ejemplo de este proceso de reforma y posterior contrarreforma. Aunque haya avanzado en los cambios legislativos necesarios para el funcionamiento del sistema adversarial, tuvo dificultades en implementarlo operacionalmente y en cambiar la mentalidad de los profesionales actuantes para cumplir los retos que se plantearon (Lorenzo, 2009 y Riego, 2010).

Con posterioridad a la promulgación del Código de Procedimiento Penal de 1999, el país transitó por un proceso bastante importante de contrarreformas, como se verá en el capítulo 3, haciendo que los avances hacia el nuevo modelo se vieran restringidos (CEJA, 2009).

Datos recopilados por el CEJA (2009), que serán retomados en el capítulo 2 de este estudio, demostraban que pese a los grandes esfuerzos, los impactos sobre el problema de la prisión preventiva empezaron a ser revertidos luego de algunos años. Así, se retornaba en el país a una situación muy semejante anterior a los

EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD DE LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI

País	Inicio de la Reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Último dato disponible
Bolivia	2000	70	77	74	46 ¹

cambios, como se puede ver a continuación:

Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2009, p. 51)¹.

Si bien se hizo seguimiento a lo ocurrido en términos de implementación de la reforma penal en Bolivia, identificando sus debilidades y puntos de necesaria intervención, los aspectos referidos como problemáticos no fueron tratados con la debida especificación y detalle.

Entre los obstáculos específicos para la efectiva implementación del sistema adversarial en Bolivia, identificados en las investigaciones promocionadas por CEJA (Lorenzo, 2009), están:

- La inadecuada comprensión de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal de 1999 sobre la aplicación de medidas cautelares.
- La falta de material fáctico para pedir una medida cautelar.
- La presunción de culpabilidad que operaba en las audiencias cautelares.

¹ La información indicada en el cuadro, refiere a que el último dato disponible es del año 2007.

- La falta de control de oficio por parte del juez sobre el cumplimiento de las medidas cautelares.
- La inadecuada valoración por parte de los operadores de documentos que acreditan los elementos de arraigo que desconfiguran el peligro de fuga.

Se han realizado estudios de diverso tipo, ya sea desde la perspectiva normativa, de la gestión administrativa o del perfil y las condiciones de los detenidos preventivos, como los de la Fundación Construir (2012) y (2014), y de CEJA (2009) y (2013), entre otros.

Para avanzar de forma práctica sobre estos aspectos, CEJA se propone especificar su objeto de intervención y focalizarse en la dinámica de las audiencias cautelares, entendiéndolas como uno de los principales espacios de actuación del sistema de justicia.

Los estudios de CEJA han demostrado que implementar de forma efectiva los principios del sistema adversarial –en especial su operación por la vía de audiencias orales donde la intermediación entre las partes ocurra de forma concreta, y no bajo la lógica de automatización y repetición sin respeto a las circunstancias del caso concreto– es de fundamental importancia para alcanzar los resultados que se plantearon al inicio de los procesos de reforma penal. En otras palabras:

Estimamos que la introducción de la oralidad en etapas previas es uno de los factores que tiene más impacto en la transformación de las viejas prácticas en materia de prisión preventiva, por lo que debe hacerse un esfuerzo por profundizar la implementación de audiencias en aquellos lugares donde esto no ocurre de manera sistemática para todo tipo de casos. Con todo, hay que tener presente que el solo hecho de establecer audiencias para discutir las medidas cautelares, no se traduce automáticamente en resultados en la materia. La experiencia de todos los países citados indica que, junto con la audiencia, el sistema debe hacerse cargo de dos desafíos paralelos: establecer el sistema de gestión en las instituciones que permitan el desarrollo efectivo de estas audiencias; y que exista una adecuada capacitación de los actores que intervienen en las audiencias, de manera que éstas efectivamente se desarrollen en forma consistente con su objetivo (CEJA, 2009, p. 71).

Las Jornadas de Evaluación y Análisis de la Implementación de la Reforma Procesal Penal realizadas en Bolivia el 2005, en las cuales participó CEJA, ya identificaban la necesidad de capacitar a los miembros del Sistema de Justicia en dirección de audiencias, entre otras.

En aquella oportunidad se registraron como principales deficiencias del nuevo sistema vigente: la escasa argumentación que las partes presentaban para fundamentar sus pedidos respecto a las medidas cautelares, la excesiva duración de las audiencias que llegaban a transformarse en “mini juicios”, la dirección formalista de la audiencia por parte del juez, y las decisiones con escasa valoración concreta de los fundamentos presentados en audiencia (Lorenzo, 2009).

De ahí que el Plan de Acción aprobado en aquella fecha propuso desarrollar una capacitación: (...) que permitiera el diseño de un formato de audiencia preliminar que, a la vez de respetar los principios de contradicción, inmediación y continuidad, agilizara los tiempos en los que se estaban llevando adelante las audiencias y permitiera generar una práctica organizativa adecuada a la oralidad, que evitara la cantidad de suspensiones de audiencias (Lorenzo, 2009, p. 108).

Siguiendo los lineamientos ya asumidos anteriormente, el CEJA presenta en este informe un panorama de la situación actual del funcionamiento de las audiencias cautelares en Bolivia, sobre la base de otros informes y en observaciones y entrevistas realizadas directamente en algunos juzgados del país.

Este documento busca concretar de forma práctica y objetiva las propuestas de cambios que informes anteriores han detectado como imprescindibles para la implementación efectiva del modelo penal adversarial. Se quiere trabajar las necesidades de conducción de las audiencias cautelares y los impactos que la actuación de los actores del sistema de justicia penal pueden traer para la realidad de la detención preventiva en Bolivia.

Esto se enmarca en un contexto regional, en el que se identifican retos a la hora de incorporar en la capacitación judicial, la reflexión sobre la relevancia institucional de las decisiones de los jueces sobre la prisión preventiva, principalmente en los casos de gran repercusión social. Así como la necesidad de estrechar los vínculos entre el sistema de justicia penal y la comunidad, con la finalidad de “transmitirle la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que está llamada a cautelar” (Riego, 2010, pág. 10).

CAPÍTULO 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN AMÉRICA LATINA

2.1 El impacto de la Reforma Procesal Penal en el régimen de la prisión preventiva

Como se mencionó en el capítulo anterior, los sistemas penales latinoamericanos comenzaron sus reformas hacia 1990 con el diseño e implementación de nuevos códigos procesales penales de corte acusatorio. Un objetivo central de estas reformas fue la racionalización de la detención preventiva, cuya aplicación casi automática se veía reflejada en la proporción de presos preventivos en relación con las personas condenadas.

Como se verá en adelante, uno de los principales aportes en esta materia vino de la mano de los estudios realizados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), entre los años 1981 y 1992.

La problemática se daba de forma similar en toda Latinoamérica. Los valores en algunos países alcanzaban niveles alarmantes, como el caso de la provincia de Buenos Aires (84%), El Salvador (72%) y Paraguay (95%).

Este panorama común debe ser entendido en el marco del funcionamiento de los sistemas inquisitivos: procesos escritos en los que el control y la publicidad estaban casi ausentes; una regulación legal por la cual, en cierto tipo de delitos la única posibilidad era la detención –inexcarcelabilidad–. Uso de la prisión preventiva como una herramienta para conseguir la confesión del imputado, principal medio de prueba; procesos de duración indefinida –con lo que la prisión a modo de pena anticipada operaba como la única respuesta del sistema– concentración de las funciones de investigar y juzgar en los jueces; la lógica de trabajo formalista de los sistemas escritos y la ausencia de una defensa penal efectiva.

Ante esta situación, a nivel normativo, los cambios emprendidos hacia la adopción de sistemas adversariales tuvieron como objetivo sentar las bases para el cumplimiento efectivo del debido proceso. En relación a la detención preventiva, se dio un cambio en el régimen de medidas cautelares que implicó la asunción de un nuevo paradigma: *la lógica cautelar*.

2.2 Un nuevo paradigma: la lógica cautelar

Como ha sido descrito, uno de los grandes problemas que presentaron los sistemas inquisitivos era el alto índice de detenidos preventivos. En la mayoría de los países latinoamericanos, más de la mitad de la población privada de libertad no tenía condena y podían pasar años en prisión sin que una sentencia firme y ejecutoriada declarase su culpabilidad. Por ello, uno de los objetivos a los que aspiraron las reformas fue dar vigencia material al principio de inocencia y racionalizar la aplicación de las medidas cautelares.

En ese sentido, gran parte de los esfuerzos reformistas se concentraron en evitar el uso indiscriminado de la prisión preventiva, de manera que fuese aplicada sólo cuando sirviese para neutralizar los riesgos de que el juicio o sus consecuencias pudiesen llegar a frustrarse. Es decir, que su dictado tuviese como finalidad garantizar la comparecencia del imputado al juicio, de manera que éste pueda realizarse y su eventual sentencia materializarse.

Esta nueva forma de entender la prisión preventiva, que superó la idea de sanción o pena anticipada, constituyó la adopción de un nuevo paradigma que se llamó “*lógica cautelar*” y que debería dotar de sentido la aplicación de toda medida de este tipo.

En consecuencia, la lógica cautelar implicó, por un lado, que la prisión preventiva se entendiese como una medida necesaria para *resguardar el éxito del proceso penal* y no para otros fines. A su vez, implicó el reconocimiento que la prisión preventiva no puede aplicarse a todos los casos por igual, pues existen distintas intensidades de riesgo procesal y para ello existen diferentes medidas cautelares que se mencionarán más adelante.

Este nuevo paradigma tuvo un impacto concreto en diversas dimensiones: normativa, práctica y académica.

2.2.1 Normativa

Se caracterizó por haber instalado un nuevo régimen legal sobre la prisión preventiva. La mayoría de los códigos reformados regularon supuestos de procedencia para su aplicación, a la vez que consolidaron nuevos principios para regir la interpretación de la Ley al momento de su dictado. En coherencia con ello, también establecieron límites al uso de las cautelares y regularon de manera sistemática un catálogo de medidas distintas a la prisión preventiva.

2.2.1.1 Supuestos de aplicación de la prisión preventiva

El primer impacto normativo de esta lógica cautelar estuvo dado por la regulación de dos supuestos o requisitos de procedencia: el supuesto material o *fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y el supuesto procesal o *periculum in mora* (peligro en la demora).

El *supuesto material* es un requisito procesal de toda medida cautelar, que consiste en una probabilidad seria de existencia de intereses o derechos que deben ser tutelados por el ordenamiento jurídico.

Se trata de una expectativa razonable y fundada que los hechos del caso justificarán la realización de un futuro juicio. Consistentemente con la lógica cautelar, esa expectativa razonable de llegar a juicio es lo que se deberá cautelar con la determinación de una medida (CEJA, 2009).

En la práctica penal, el supuesto material alude a la existencia de dos requisitos concretos: 1) probabilidad fundada sobre la existencia de un hecho delictivo; y 2) probabilidad fundada sobre la participación del imputado en dicho delito.

Estos requisitos fueron regulados con diferentes fórmulas legales, pero más allá de la literalidad de las palabras es importante entender el sentido al que apunta este presupuesto: exige al juez verificar la seriedad de los cargos y que existe un mínimo de antecedentes que permitan generar una “presunción grave” sobre la existencia del hecho delictivo y de la participación del imputado en éste. Dicho de otro modo, el caso en cuestión debe tener la información suficiente como para suponer que los hechos investigados serán efectivamente constitutivos de algún tipo penal y que la persona investigada podría ser condenada por algún grado de participación en él.

El segundo presupuesto regulado, es el supuesto procesal o más conocido como *necesidad de cautela*. Este requisito apunta a la existencia de un peligro procesal que debe ser protegido e implica que el juez debe ponderar el riesgo que el comportamiento del imputado constituya una amenaza para la adecuada realización del proceso y/o para la aplicación de la sentencia. Además de ello, deberá evaluar si con la aplicación de esa medida el riesgo identificado disminuirá (Duce & Riego, 2007).

Las únicas causales que coinciden con la lógica cautelar comprendidas en este supuesto son el peligro de fuga y el peligro de obstaculización de la investigación.

2.2.1.2 Principios de la prisión preventiva

Otro de los impactos que pudo apreciarse a nivel reglamentario, fue el establecimiento de principios en función de los cuales debería interpretarse la norma relativa a la materia. Valga mencionar que, si bien existen diferentes interpretaciones y formas de trabajar las limitaciones a la prisión preventiva, se ha tomado la decisión de desarrollar los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y provisionalidad, porque son los que tienen relación directa y exclusiva con esta medida.

Existen otros principios como el de legalidad, mínima intervención del derecho penal, culpabilidad, lesividad, garantía de debido proceso, de defensa material efectiva y de contradicción, entre otros, que si bien son ineludibles para la aplicación en las medidas cautelares, fluyen del sistema penal en general y por motivos de extensión se prescindirá de su tratamiento en este estudio.

Un primer principio, corolario de la presunción de inocencia y límite a la prisión preventiva, es el de excepcionalidad.

En términos sencillos, la *excepcionalidad* implica que la libertad debe ser la regla general para toda persona que se encuentra investigada por la posible participación en un hecho delictivo y que sólo excepcionalmente, y para los fines resguardados en los respectivos ordenamientos jurídicos, puede ser privada de su libertad. Es un resguardo a la presunción de inocencia en tanto ésta implica, conforme Maier (1996, p. 492), que:

La situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente (...). Se trata en verdad de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la Ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea inocente, sino más bien que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo.

De esto deriva, como lo expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Asimismo, lo entiende la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que sostiene que una consecuencia de la presunción de inocencia es que el derecho penal moderno impone como regla general que “toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad” (CIDH, 2013, p. 56).

Entre varias acepciones, el principio de excepcionalidad implicó la eliminación de los delitos inexcusables, como consecuencia, la prisión preventiva ya no podría tener una aplicación automática para ciertos delitos.

Por efecto de la *lógica cautelar*, se debía exigir al Ministerio Público que demuestre la fundada probabilidad que el imputado podría ser partícipe de un hecho punible y, sobre todo, que demostrase y justificase con base en antecedentes concretos, la necesidad de dictar la medida por la existencia de un riesgo o peligro procesal.

En segundo lugar, se regula el principio de *proporcionalidad*, que en la prisión preventiva es una materia que ha suscitado debate y diversas interpretaciones.

Por un lado, siguiendo a uno de los autores que desarrolla el tema (González, 2013), una primera interpretación que podemos situar dentro de una concepción o doctrina tradicional es aquella que se refiere a la relación entre la pena asociada al delito en cuestión y la prisión preventiva. Dentro de ésta existe una interpretación concreta que entiende que este principio se vincula con la “prohibición de exceso”, esto es, en palabras de González (2013, p. 13) “la imposibilidad de que el tiempo transcurrido en prisión preventiva supere al que eventualmente le pudiese corresponder en virtud de la pena que se aplique”.

Respecto a esta interpretación de la proporcionalidad, es importante mencionar una cita que Daniel Pastor realiza para respaldar su crítica al anterior concepto: “el criterio de proporcionalidad entre la pena que se espera y el encarcelamiento preventivo es, en verdad, una justificación para la aplicación anticipada de la pena” (González, 2013, p. 14).

En opinión de los autores, existe una segunda interpretación (si se quiere, dimensión), de la proporcionalidad que, ha sido capaz de superar esa idea limitada. Esta forma de entenderla se refiere a la relación que debe existir entre la magnitud del riesgo o peligro procesal que se aprecia en un caso concreto y la intensidad de la medida que se pretende aplicar.

Esta relación entre la medida cautelar y el fin perseguido debe fundarse en un vínculo lógico y coherente, “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” (CIDH, 2013, p. 67).

La aplicación concreta de este principio puede apreciarse claramente en el Manual de Litigación Penal (Lorenzo & MacLean, 2009, p. 67), que señala que el principio de proporcionalidad se traduce en:

- a. La prohibición de aplicar una medida cautelar de privación de libertad en aquellos casos en que no se espere, en el supuesto de una condena, una pena privativa de libertad;
- b. Cesación de la medida cautelar cuando el tiempo impuesto equivalga o supere el tiempo de pena esperado para el delito perseguido;
- c. Obligación de establecer, de acuerdo a los elementos concretos del caso presentado, la medida que resulta adecuada para impedir que el peligro procesal se efectivice. En este punto, la tarea de las partes en el debate dentro de la audiencia de solicitud de la medida, resulta de fundamental importancia en cuanto a la calidad de la información que proporcionen porque determinará la calidad de la decisión del juez.

Por último, un tercer principio que es de vital importancia para limitar la prisión preventiva es la *provisionalidad*. Básicamente se traduce en que la medida debe entenderse como temporal. Esto quiere decir que deberá regir siempre y cuando sea necesaria e indispensable para evitar el peligro procesal en virtud del cual se decretó. La *provisionalidad* obliga a que, una vez desaparecidas las causas que justificaron su dictado, la detención debe cesar.

Lorenzo nuevamente resume la interpretación práctica de este principio al indicar que “la desaparición del requisito de una medida cautelar originalmente legítima, determina a partir del momento de la desaparición, la ilegitimidad de la medida” (Lorenzo & MacLean, 2009, p. 67). Como se verá en el apartado siguiente, es importante tener presente que el principio de provisionalidad no implica sólo establecer un límite temporal en abstracto para la duración de la medida, se trata de determinar en el caso en concreto cuál es el tiempo que se necesita para resguardar al proceso penal de los riesgos identificados.

2.2.1.3 Límite de tiempo expreso al uso de la prisión preventiva

Otra de las expresiones específicas que tuvieron las reformas procesales en el ámbito normativo –y en cierta forma relacionada con el principio tratado– fue la recepción de *límites temporales concretos y explícitos a la prisión preventiva, cuestión que no sucedía antes de la reforma*.

Es importante señalar que este aspecto ha sido recogido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos órganos han establecido que:

“(a) cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado, resulta claro que la misma no podrá exceder dicho plazo; (b) siempre que la prisión preventiva se extienda más allá del periodo estipulado por la legislación interna, debe considerarse prima facie ilegal (en los términos del Art. 7.2 de la Convención), sin importar la naturaleza de la ofensa en cuestión y la complejidad del caso. En estas circunstancias, la carga de la prueba de justificar el retraso corresponde al Estado; y

(c) la fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la Convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues **habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido**. Además, deberá eliminarse toda tendencia en la práctica judicial a negar la libertad del acusado por vencimiento de términos con base en interpretaciones extensivas de los que pudieran ser las maniobras dilatorias de la defensa” (CIDH, 2013, p. 72).

Los autores coinciden con esta interpretación. Esto no quiere decir que cada vez que se solicite o se dicte una detención preventiva se debe otorgar por el plazo máximo. El límite debe ser interpretado armónicamente y en relación con los demás criterios y principios que rigen a la prisión preventiva.

Aplicando los principios de *necesidad, proporcionalidad y razonabilidad* debemos llegar a la conclusión que, dentro de ese tiempo legal máximo, la medida se debe solicitar y decretar por un plazo acorde a las necesidades concretas del caso, atendiendo a la magnitud del peligro procesal y otras circunstancias.

Dicho de otro modo, **una medida cautelar debe durar el tiempo que el caso necesite para impedir que los peligros procesales se materialicen**.

En la Tabla 1 se puede apreciar de manera comparativa, la introducción del límite máximo de la prisión preventiva a nivel normativo.

TABLA 1. REGULACIÓN DE LÍMITES MÁXIMOS DE DURACIÓN A LA PRISIÓN PREVENTIVA

País	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva
Nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina	Si el imputado hubiere cumplido en prisión preventiva la pena solicitada por el representante del Ministerio Público; si se hubiere agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por la sentencia no firme; o si el imputado hubiere permanecido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido solicitar la libertad condicional o la libertad asistida. (Art. 191).
Provincia de Buenos Aires	El máximo de la pena prevista para el delito tipificado (Art. 169).
Brasil	En el caso de la prisión temporal, 5 días como regla general y 30 para los tipos penales regulados en la Ley de Delitos Atroces (8072/90), ambos prorrogables por el mismo término (Art. 2 Ley 7960/89 y Art. 2 inc. 4 Ley 8272/90). No hay plazo regulado para la prisión preventiva.
Bolivia	Cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga; o cuando exceda los 12 meses sin que se haya dictado acusación, o de 24 meses sin que hubiera dictado sentencia, excepto en delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, infanticidio (Art. 239).
Chile	Cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (Art. 152).
Colombia	Si en 60 días a partir de la imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión; o si en 60 días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral (Art. 317).
Costa Rica	Cuando su duración exceda 12 meses (Art. 257).
Ecuador	No podrá exceder de 6 meses en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta 5 años; y no podrá exceder de 1 año en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a 5 años (Art. 541).

País	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva
El Salvador	Su duración no puede superar la condena que se espera considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional (Art. 335). No puede exceder el plazo de 12 meses para los delitos menos graves o 24 meses para los graves, so pena de incurrir en responsabilidad penal.
Guatemala	Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando incluso la posible aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada; y cuando su duración exceda de 1 año, pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar 3 meses más (Art. 268).
Honduras	Cuando el imputado haya estado recluso por un tiempo igual o superior al de la duración mínima de la pena prevista para el delito de que se trate; y cuando haya transcurrido el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, y su prórroga, en caso de que ésta haya sido acordada (Art. 188). Plazos máximos: regla general, hasta 1 año. Cuando la pena aplicable al delito sea superior a 6 años, la prisión preventiva podrá durar hasta 2 años. Excepcionalmente, la Corte Suprema de Justicia podrá ampliar hasta por 6 meses más los plazos. En ningún caso, la prisión preventiva podrá exceder de la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito (Art. 181).
Nicaragua	La prisión preventiva nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta por la sentencia impugnada y, de ser el caso, bajo responsabilidad el tribunal que conoce del recurso, de oficio o a petición de parte, deberá dictar auto ordenando la libertad inmediata del detenido (Art. 179).
Panamá	La detención provisional no será mayor a 1 año, ampliable a un máximo de 3 según el artículo 504 (Art. 237).
Paraguay	Su duración no puede exceder o equivaler al mínimo de la pena prevista, considerando incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión a prueba de la ejecución de la condena (Art. 252).
Perú	La prisión preventiva no durará más de 9 meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de 18 meses (Art. 272).
República Dominicana	Su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional, un máximo de 12 meses; y en caso de recurrirse la sentencia condenatoria, hasta 6 meses más (Art. 241 y 242).
Uruguay	Hasta que el imputado haya agotado en prisión preventiva un tiempo igual al de la pena impuesta por sentencia de condena, aún no ejecutoriada; el imputado haya sufrido en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena ejecutoriada, le habría permitido iniciar el trámite de la libertad anticipada; hayan transcurrido más de 2 años contados desde el momento efectivo de la privación de libertad y aún no se haya deducido acusación (Art. 235).
Venezuela	En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de 2 años (Art. 244).

Fuente: Elaboración propia con base en la tabla de informe de CEJA (2009) y a la revisión de los respectivos códigos procesales penales (2017).

Como se observa, la mayoría de los países ha regulado un límite máximo legal que algunas veces se definirá sobre la base de la duración de la pena asociada al delito, mientras que en otras se trata de un tiempo expreso determinado anticipadamente.

Dichos datos se encuentran actualizados al año 2017 y en la mayoría de los casos no se advirtieron variaciones significativas entre lo recopilado por el CEJA el año 2009 y la actualidad. Por una interpretación extensiva de los códigos y principios reseñados, se observa que la previsión de límites temporales legales no obsta a la necesidad de fijar, al momento de aplicar una medida cautelar, la duración concreta dentro de ese plazo máximo por el cual se justifica restringir la libertad de una persona sometida a proceso.

2.2.1.4 Medidas cautelares distintas de la detención preventiva

Por último, otro impacto concreto a nivel normativo fue el establecimiento de un catálogo de medidas diferentes y menos restrictivas de derechos que la prisión preventiva. Son la expresión práctica de principios como la excepcionalidad y proporcionalidad, y exigen tanto al juez como a las partes, siempre que sea posible, se prefiera el dictado de la medida menos gravosa.

Los principios que fueron reseñados no tendrían operatividad real si el sistema no diversifica las respuestas institucionales para cautelar los fines del proceso y la aplicación de la ley.

En este sentido, la importancia de establecer un amplio catálogo de medidas cautelares distintas a la detención preventiva, permite contar con un vasto conjunto de decisiones entre la libertad pura y simple, y la prisión.

Se trata de decisiones de menor intensidad en cuanto a afectación de derechos, que además de resguardar los fines del proceso, permiten respetar las garantías de los imputados, pudiendo ser proporcionales al riesgo procesal.

Como contrapartida, la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención preventiva debe mantenernos en alerta sobre su uso, pues si bien tienen el potencial de permitir que un imputado transite un proceso penal en su contra, en libertad implica una injerencia estatal en la vida de las personas.

Entre las medidas reguladas con mayor frecuencia podemos mencionar las siguientes: arresto domiciliario, arraigo, obligación de presentarse periódicamente ante el juez o autoridad que él designe, prohibición de acercarse a la víctima, concurrir determinados lugares, y fianza.

A continuación se muestra una tabla comparativa sobre su recepción en los códigos reformados:

TABLA 2. RECEPCIÓN LEGAL DE MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

País	Arresto domiciliario	Presentación periódica ante la autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Código Procesal Penal de la Nación Argentina	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Promesa de someterse al juicio • Vigilancia electrónica • Retención de documentos de viaje • Abandono de domicilio por VIF
Provincia de Buenos Aires	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado de una persona o institución • Promesa de someterse al procedimiento penal
Bolivia	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Prohibición de comunicación con personas determinadas
Brasil	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Prohibición de comunicación con personas determinadas • Suspensión en ejercicio de la función pública • Monitoreo electrónico
Chile	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia por autoridad • Prohibición de comunicación con personas determinadas • Prohibición de acercarse al ofendido • Prohibición de poseer, tener o portar armas • Obligación de abandonar un inmueble determinado
Colombia	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia electrónica • Vigilancia por autoridad • Obligación de observar buena conducta familiar • Prohibición de comunicación con personas determinadas o con la víctima
Costa Rica	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Abandono de domicilio por VIF • Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario • Vigilancia por autoridad • Prohibición de comunicación con personas determinadas o con la víctima
Ecuador	X	X	X		X	<ul style="list-style-type: none"> • Dispositivo de vigilancia electrónica

País	Arresto Domiciliario	Presentación Periódica ante la autoridad	Arraigo Nacional o Local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
El Salvador	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia por autoridad • Prohibición de comunicación con personas determinadas
Honduras	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia por la autoridad • Prohibición de comunicación con personas determinadas • Internamiento provisional en establecimiento psiquiátrico • Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario
Nicaragua	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Someterse al cuidado o vigilancia de otra persona • Prohibición de comunicación con personas determinadas • Abandono de domicilio en caso de VIF o delitos sexuales • Prohibición de despedir o de cualquier otra represalia en contra del denunciante de un delito de acoso sexual • Suspensión del ejercicio del cargo cuando el delito haya significado abuso de éste
Panamá	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Abandono inmediato del domicilio en caso de agresiones y la víctima conviva con el agresor • Suspensión ejercicio cargo público o privado • Obligación de no realizar actividad • Colocación de localizadores electrónicos • Obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona
Paraguay	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia por una persona o institución determinada • Prohibición de comunicación con personas determinadas
Perú	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada • Prohibición de comunicación con personas determinadas
República Dominicana	X	X	X		X	<ul style="list-style-type: none"> • Vigilancia de una persona o institución determinada • Colocación de localizadores electrónicos

País	Arresto Domiciliario	Presentación Periódica ante la autoridad	Arraigo Nacional o Local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Uruguay	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Deber de fijar domicilio • Cuidado y vigilancia de una persona • Retención de documentos de viaje • Abandono de domicilio por VIF • Vigilancia electrónica • Prohibición de comunicación con personas determinadas
Venezuela	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> • Cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada • Prohibición de comunicación con personas determinadas • Abandono de domicilio por agresiones a mujeres, niños o niñas, o delitos sexuales

Fuente: Elaboración propia con base en la tabla del informe del CEJA (2009) y a la revisión de los respectivos códigos procesales penales (2017).

Como se observa, pese a una profusa recepción normativa, ésta no implicó por sí sola la aplicación de esas medidas distintas y la detención continuó siendo, en la mayoría de los casos, la regla.

2.2.2 Práctica

La segunda dimensión de análisis en la que impacta la lógica cautelar introducida por las reformas procesales penales es la dimensión práctica. En ésta se contemplan distintos puntos de vista: el primero se refiere a las consecuencias concretas que produjo en el uso y aplicación de la detención preventiva, lo que puede ser apreciado en los datos relevados por cada país.

Una segunda perspectiva puede advertirse en las nuevas exigencias y metodologías de trabajo que los sistemas acusatorios demandaron para cada uno de los actores. Dichas demandas se aprecian con mayor nitidez en aquellos aspectos que tienen relación con la preparación y la actuación en las audiencias de medidas cautelares.

Y una última, pero no menos importante perspectiva, es aquella relacionada con la necesidad de contar con un sistema que, en la práctica, permita decretar y ejecutar el amplio catálogo de medidas distintas contempladas.

2.2.2.1 Uso y aplicación de la prisión preventiva

Como se mencionó, la primera aproximación al impacto práctico de la reforma procesal penal radica en observar comparativamente los datos de su aplicación. Dicho ejercicio fue realizado por un estudio del CEJA, en el cual podemos apreciar los porcentajes de detenidos preventivos sobre la población carcelaria total, antes y después de cada una de las reformas:

TABLA 3. EVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD DE PRESOS PREVENTIVOS EN LOS PAÍSES REFORMADOS

País	Antes de la reforma	Porcentaje	2 o 3 años después de la reforma	Porcentaje
Provincia de Buenos Aires	1997	84,2	2001	87,1
Bolivia	1999	64	2002	70
Chile	1999	51	2007	24,6
Colombia	2004	42,9	2007	32,2
Costa Rica	1995	28	2000	30
Ecuador	1999	69,4	2003	65,2
El Salvador	1998	72	2002	48,9
Guatemala	1993	N/D	1996	64,2
Honduras	1999	88	2005	63,5
Nicaragua	1999	30,8	2004	17
Paraguay	1996	95	2002	75
República Dominicana	2002	67,4	2006	57,5
Venezuela	1997	69	2000	57,5

Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2009).

Los datos muestran que, en los primeros años posteriores a las reformas, la tendencia general apuntó hacia la disminución del uso y aplicación de la detención preventiva. Podemos apreciar que el porcentaje de personas en detención preventiva disminuyó en 9 de los 13 países evaluados, siendo que en uno de ellos (Guatemala), no se contaba con información del momento previo.

Esto indica que casi un 70% de los países que implementaron reformas procesales penales, presentaron una disminución de la aplicación práctica de la detención preventiva. De los 4 países que conforman el 30% restante, uno de ellos es Guatemala que no se puede integrar en la comparación pues no contaba con datos previos a la reforma.

Mientras que Bolivia, Costa Rica y la Provincia de Buenos Aires presentaron un leve aumento en sus porcentajes que no llegó a más del 10%.

2.2.2.2 Nuevas exigencias y metodologías de trabajo del sistema

El segundo aspecto práctico es la relación con las nuevas exigencias que implica el sistema. El principal objetivo que tuvieron las reformas fue la instauración de un sistema acusatorio cuyo principio y eje de trabajo fundamental fue la oralidad plena. Estos dos aspectos resultaron ser los cambios que presentaban necesidades y exigían nuevas metodologías.

Una primera y palpable consecuencia práctica es que las discusiones sobre medidas cautelares deben darse en audiencia y llevarse a cabo de manera oral. El primer aspecto en el que impactó la reforma fue el desempeño en las audiencias orales.

Esto en sí constituye una nueva metodología de trabajo: en la audiencia se genera y depura información con la finalidad que el juez tome una decisión de la más alta calidad posible. Así, la oralidad exige una seria preparación de los actores, quienes deberán llegar a la audiencia con el caso estudiado, la información relevante, y debatir y hacer uso del contradictorio. Esto, además de desalentar la delegación de funciones, requiere habilidades de argumentación, fundamentación, síntesis, uso de énfasis y de otras herramientas de lenguaje no verbal.

Esta nueva metodología de trabajo puede apreciarse en la necesidad que tienen los litigantes de preparar previamente el caso. Para que en la audiencia se pueda narrar adecuadamente un hecho, identificar los puntos controversiales y debatir de forma adecuada y estratégica, las partes deben llegar con su teoría del caso preparada y muy bien estudiada.

Esta “teoría del caso” no es más que un planteamiento metodológico. De esta manera, permite asociar los hechos, las normas jurídicas y el material probatorio. Se trata de un punto de vista estratégico que permitirá al litigante plantear su versión de los hechos al juez y contradecir el punto de vista de la contraparte.

En definitiva, las reformas procesales penales y sus nuevos principios y estructuras, exigen nuevas metodologías de trabajo para cada uno de los actores del sistema. Como se observa en este estudio, dichas exigencias no fueron satisfechas del todo.

2.2.2.3 Ejecución de medidas cautelares distintas a la prisión

El último impacto que en la práctica tendrían las reformas está dado por el establecimiento de un amplio catálogo de medidas cautelares ya reseñado a propósito de la dimensión normativa. Como se verá al analizar la situación actual, estos cambios afectaron directamente al sistema de justicia penal, pues trajeron la exigencia de implementar y monitorear las medidas establecidas. Esto es la necesidad de organizar y estructurar la institucionalidad, las prácticas, los recursos financieros y humanos, en miras a que el dictado de medidas cautelares sea visto como una decisión efectiva.

Por ejemplo, desde una perspectiva, el sistema tendría que tener la capacidad de fiscalizar un arresto domiciliario o una prohibición de acercarse a la víctima a ciertos lugares, porque de lo contrario, la regulación se tornaría en una mera declaración formal a nivel legal y en la práctica las únicas alternativas seguirían siendo la libertad pura o la detención preventiva.

Por otro lado, la exigencia también alcanzaría a los litigantes. En efecto, las partes deberían razonar y confeccionar sus teorías del caso teniendo presente este catálogo de medidas disponibles. Esto se traduce en que sean capaces de diversificar sus solicitudes y ampliar sus tradicionales estrategias y argumentos para litigar. Como se distinguirá más adelante, los aspectos que constituyen la dimensión práctica fueron una de las deudas pendientes de los sistemas reformados.

2.2.3 Académica

Lo que se ha denominado como dimensión académica del impacto que tuvo la reforma procesal penal, en el tema que convoca este informe, se refiere al consenso que se fue alcanzando entre académicos y estudiosos de la materia.

Antes de la reforma, en diversos estudios se evidenció la gravedad de la situación experimentada por los presos sin condena. Comenzó así un proceso gradual de producción de material empírico y de doctrina, que puso en tela de juicio el uso abusivo e indiscriminado que se estaba haciendo del encarcelamiento preventivo.

Es posible sostener que el puntapié inicial de estos debates se dio en los años 80, con la primera edición (1983), del informe del ILANUD, “*El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*”, realizado por cuatro destacados juristas latinoamericanos: Luis Paulino Mora Mora, Eugenio Raúl Zaffaroni, Elías Carraza y Mario Houed Vega. Dicho estudio fue el primero en describir y constatar la situación de esta medida de coerción, dejando en evidencia la relevancia y los alcances de debatir sobre las malas prácticas y el uso excesivo de la detención preventiva.

El estado relevado en el informe sobre los presos sin condena en América Latina y el Caribe, era alarmante: un porcentaje muy alto de la población carcelaria se encontraba siendo investigada por un posible delito y aún no había sido declarada legalmente culpable.

Este escenario, en muchas ocasiones, podía prolongarse por varios años. Esta situación empezó a ser cuestionada por atentar contra el sistema internacional de los derechos humanos y, sobre todo, por constituir una violación del derecho de presunción de inocencia garantizado por el Artículo 8.2 de la Convención Americana.

Uno de los principales hallazgos del ILANUD consistió en verificar la importante incidencia que tenía el sistema penal en el fenómeno de los presos sin condena.

En esta misma línea, un informe posterior realizado por uno de los autores, resumió la relevancia de dicha situación al indicar que:

“el caso de los presos y presas sin condena era y continúa en gran medida siendo dramático e irónico, por cuanto un porcentaje importante de estas personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesídas o absueltas. Otro alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad, pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad” (Carranza, 2012, p. 38).

En virtud de sucesivas investigaciones, la detención preventiva se instaló en los objetivos de las agendas reformistas. La aprobación e implementación de reformas procesales penales en América Latina amplió el número de estudios, informes y académicos que comenzaron a trabajar el tema y a defender los presupuestos del paradigma de la lógica cautelar.

Aunque más remoto, entre los antecedentes académicos no se debe olvidar la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que tuvo gran influjo en las primeras reformas procesales penales en la región y fue producto de varios años de discusión de destacados juristas.

Sin decirlo expresamente, este Código Modelo ya empezaba a dejar atrás la lógica de “pena anticipada” que tenía el encarcelamiento preventivo, pues incluyó normas que se refieren a la proporcionalidad y excepciona-

lidad, así como a los dos requisitos básicos que se desarrollan bajo el nuevo paradigma de la *lógica cautelar*: el supuesto material y el supuesto procesal, incluyendo dentro de éste sólo los ya mencionados presupuestos de peligro de fuga y peligro de obstaculización. Además, se contemplaba la obligación de revisar de oficio la prisión preventiva y se limitaba expresamente su duración al disponer que no podrá exceder de un año.

De esta manera se observa que, en el ámbito académico, los movimientos reformistas tuvieron su reflejo y junto con criticar el uso indiscriminado y punitivo de la detención preventiva, se crearon y propusieron mecanismos para garantizar que esta medida cautelar cumpliera con fines procesales y respetara los principios de presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad.

2.2.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los órganos del Sistema Interamericano se pronunciaron, tanto sobre las garantías de los imputados –libertad personal y presunción de inocencia– como en relación a los principios ya desarrollados en la dimensión normativa, lo que adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos es de ineludible aplicación para los Estados signatarios. Un análisis de las primeras decisiones de la Corte y de la Comisión permite ver cómo comenzó a consolidarse la *lógica cautelar* en el Sistema Interamericano.

En primer lugar, a propósito de las detenciones ilegales, la Corte IDH tuvo la oportunidad de reforzar la preeminencia de los principios bajo tratamiento al delimitar la detención y el encarcelamiento, condenando la aplicación de causas y métodos “incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad” (Gangaram Panday vs. Surinam, 1994, p. 47).

Posteriormente, y en relación a la prisión preventiva, esa línea fue profundizada en Suárez Rosero vs. Ecuador (1997, p. 997, 38, 70, 72 y 77) y Tibi vs. Ecuador (2004, p. 106, 180 y 168), en los que la Corte se pronunció sobre los requisitos de necesidad y razonabilidad de la medida y sobre las garantías de juzgamiento en plazo razonable y presunción de inocencia.

De estos últimos derivaron las exigencias de legalidad, excepcionalidad y provisionalidad, pero también una interpretación que coincide con lo que implica el paradigma de *lógica cautelar*: “De lo dispuesto en el Artículo 8.2 de la Convención [presunción 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” (Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997, p.77).

Junto a este aspecto, y en relación al principio de excepcionalidad, a partir de sucesivas intervenciones de la CIDH, se consolidó como regla el derecho del imputado a transitar el proceso penal en situación de libertad (Demanda de la CIDH Venezuela - Ramírez, 2008), que supone el pleno respeto de la presunción de inocencia (Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 2009).

Esta situación está estrechamente ligada al requisito de fundamentación suficiente (Barreto Leiva vs. Venezuela, 2009), descartando la justificación con base en criterios de derecho penal material² y considerando que la aplicación de determinado tipo de medida cautelar no puede estar establecida a priori en función del tipo de delito, ni pueden haber exclusiones legales a la aplicación de medidas distintas para determinados tipos penales (López Álvarez vs. Honduras, 2006).

Sobre la proporcionalidad se menciona, entre otros, los casos Barreto Leiva vs. Venezuela (2009) y López Álvarez vs. Honduras (2006). El primero parte de la distinción entre la condición jurídica de quien se encuentra privado de libertad, preventivamente, y aquel que obtuvo condena.

² Informe No. 77/02, caso 11.506, Fondo, Waldermar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Paraguay, 2000.

Asumiendo que el primero goza de la presunción de inocencia y no debe estar en peores condiciones que el segundo: “el Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena” (Barreto Leiva vs. Venezuela, 2009, p.122).

De esto se deriva que no proceda la privación cautelar en casos en que no se aplique pena de prisión y, a su vez, ésta deba cesar si excede el plazo razonable. En el caso ante Honduras, se resolvió que “el principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, 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, un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan” (López Álvarez vs. Honduras, 2006, p.67).

En términos de provisionalidad, y en contra que existan delitos que constituyan una excepción a los límites temporales, se destaca lo expresado en el ya citado caso Suárez Rosero vs. Ecuador (1997), y en Acosta Calderón vs. Ecuador (2005), dos sentencias de la CIDH sobre tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En breves palabras, la Corte entiende que esas disposiciones, al restringir anticipadamente los derechos de una categoría de detenidos –por tipo de delito– en relación a los otros, les producen un “perjuicio indebido” y contravienen la obligación de los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la Convención (Art. 2).

Estos criterios fueron retomados en decisiones posteriores, a cuyo tratamiento particular se remite por razones de brevedad. Son los casos de: Palamara Iribarne vs. Chile (2005), Bulacio vs. Argentina (2003), Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004), García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (2005), Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay (2004), Servellón García y otros vs. Honduras (2006), Yvon Neptune vs. Haití (2008), que retoma la decisión en Velázquez Rodríguez vs. Honduras (1988) y Bayarri vs. Argentina (2008).

2.3 Razones para seguir trabajando el tema en Bolivia

Lo que se ha descrito debe analizarse en el marco general de los procesos de reforma que se dieron en la región y que establecieron los siguientes cambios: división de las funciones de investigar y juzgar, incluso con la creación de nuevas instituciones o fortalecimiento de las existentes; instauración de procesos orales reforzando la vigencia de los principios de oralidad, intermediación y contradicción y la centralidad del juicio oral; desformalización de las actuaciones, incorporación de la víctima con un rol protagónico y fortalecimiento de las defensas públicas.

Más allá de las aspiraciones de estos cambios, en la mayoría de los países aún es alto el número de personas privadas de su libertad que no cuenta con una condena efectiva. Retomando los datos de la tabla 3 del apartado anterior, sería interesante considerar cuál es la distribución actual de detenidos preventivos y condenados en los países de América del Sur y Central. A diferencia del anterior, que sólo tomaba en cuenta los datos de los sistemas reformados, se han incluido los datos relevados en el resto de los países latinoamericanos.

Para la base del cálculo en la actualidad, se ha tomado como muestra la relación entre la cantidad de detenidos preventivos en una sola fecha en el año (o el promedio anual), con el porcentaje de la población carcelaria total para ese día.

De acuerdo con la información disponible al momento de realizar este informe, se observa que en 8 de los 21 países, más de la mitad de la población carcelaria no cuenta con sentencia firme y 3 de ellos se acercan mucho a esos valores.

Esta situación se agrava si se considera el porcentaje de superpoblación carcelaria (fenómeno presente en todos los países), teniendo en cuenta que en muchos establecimientos no existe separación entre personas condenadas y privadas de libertad preventivamente, y que esto constituye una vulneración de otros derechos además de la libertad.

TABLA 4. COMPARACIÓN DE PERSONAS EN DETENIDOS PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

	País	Porcentaje de detenidos preventivos			Porcentaje de sobrepoblación carcelaria basada en la capacidad oficial *
		Antes de la entrada en vigencia de la reforma	2 o 3 años después de la reforma	En la actualidad **	
1.	Nicaragua	30.8	17.0	12.3	128.0
2.	Costa Rica	28.0	30	17.2	
3.	Guyana Francesa	s/d	s/d	25.9	148.0
4.	Belice	s/d	s/d	30.1	87.3
5.	Colombia	42.9	32.2	32.2	152.1
6.	El Salvador	72.0	48.9	33.3	310.4 31
7.	Chile	51.0	24.6	34.2	110.9
8.	Guyana	s/d	s/d	35.6	118.5
9.	Brasil	n/c	n/c	37.7	163.9
10.	México	87.84	41.77	39.6	111.6
11.	Perú	69.5	58.9	43.5	228.8
12.	Guatemala	N/D	64.2	48.5	296.2
13.	Ecuador	69.4	65.2	48.8	114.4
14.	Argentina	n/c	n/c	50.1	106.2
15.	Surinam	s/d	s/d	50.0	75.2
16.	Honduras	88.0	63.5	54.0	195.7
17.	Panamá	62.8	60.8	62.6	116.3
18.	Venezuela	69.0	57.5	63.4	269.8
19.	Bolivia	64.0	70.0	69.0	253.9
20.	Uruguay	69.4	n/c	69.4	108.7
21.	Paraguay	95.0	75.0	77.9	178.6

Fuente: Elaboración propia con base en los datos publicados por World Prison Brief (Institute for Criminal Policy Research, 2017).

* Los datos corresponden a las últimas cifras disponibles, el porcentaje de Nicaragua fue medido en el año 2010; Costa Rica y Chile en 2013; Belice, Surinam, Colombia, Ecuador y Venezuela en 2014; El Salvador, Guyana, Guatemala, Argentina, Honduras, Panamá, Uruguay y Paraguay al 2015; Bolivia al 2016; Brasil, Guyana Francesa, México y Perú al 2017.

** Los datos no incluyen personas detenidas en comisarías y son los últimos disponibles al momento de hacer el estudio. Las cifras de Surinam corresponden al año 2011, Nicaragua al 2012, Guyana al 2013, Costa Rica, Ecuador y Panamá al 2014; Belice, Argentina, Honduras, Venezuela, Uruguay y Paraguay al 2015; Guyana Francesa, México y Bolivia al 2016 y Colombia, El Salvador, Chile, Brasil, Perú y Guatemala al 2017.

Aunque en términos generales se pueda decir que se extendió la tendencia a disminuir los niveles de detenidos preventivos (Nicaragua, Colombia, El Salvador, Chile, México, Guatemala, Ecuador, Honduras, Venezuela y Paraguay), algunos países mantuvieron porcentajes elevados y en otros aumentaron.

Esto lleva a pensar que, aunque se ha avanzado hacia el objetivo de racionalizar la aplicación de la prisión preventiva, aún no ha sido posible lograr la plena vigencia de los mencionados principios de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad.

Aunque una parte del incremento en la cantidad de detenidos puede deberse al aumento de la capacidad de persecución de los sistemas reformados, lo cierto es que la lógica cautelar no llegó a consolidarse en la práctica, aunque haya calado hondo en lo normativo, en lo académico y en el ámbito internacional de los derechos humanos como fue reseñado. Se cree que hay tres aspectos que incidieron en la continuidad del paradigma inquisitivo:

A. Excesiva confianza en la capacidad transformadora del cambio normativo descuidando la incidencia de las prácticas: encuentra su mayor expresión en el “fetichismo normativista” (Binder, 2002), concepto utilizado para referirse a las reformas que se agotaban en la sanción de nuevas leyes sin generar las condiciones necesarias para su efectiva aplicación. La experiencia ha demostrado que la administración de justicia no cambia con la simple adopción de nuevos Códigos.

B. No se consideró la implementación del nuevo sistema: consecuencia de lo anterior, mientras que las primeras reformas se enfocaron principalmente en oralizar la etapa del juicio y en la división de funciones de investigar y juzgar, descuidaron la creación de órganos técnicos que acompañarán esos cambios. Recién en la segunda ola de reformas, a partir del año 2000, se prestó atención a las necesidades de planificación interna, de coordinación interinstitucional y a las ventajas de la gradualidad en la entrada en vigencia de los nuevos códigos. Quedó en evidencia la necesidad trabajar desde un diagnóstico de situación para proceder al diseño de objetivos, indicadores y mecanismos que permitieran medir su funcionamiento, supervisar y hacer correcciones.

C. Incapacidad de manejar las expectativas de la ciudadanía: en sus inicios, los procesos de reformas penales estuvieron vinculados a las transiciones democráticas de los países. Frente a una justicia penal deslegitimada, los nuevos códigos proponían el aumento de derechos y garantías de los imputados, pero también la promesa de mejorar el funcionamiento del sistema y sus resultados, generando una correlativa expectativa en términos de seguridad ciudadana. Como se trató en el capítulo 1, como consecuencia de esa expectativa, los reclamos de la ciudadanía por mayor seguridad se tradujeron en demandas por “endurecimiento” de las leyes, bajo el entendimiento de que los aumentos de delitos se debían a las fallas de los nuevos sistemas.

De la breve reseña de estos aspectos se puede trazar una interrelación entre ellos y considerarlos como punto de partida para pensar en los ajustes que requieren los sistemas reformados. A partir de este aspecto, es posible desagregar cinco factores que dificultan la racionalización del uso de la prisión preventiva, sobre los que se debe trabajar:

2.3.3.1 Falta de legitimación del sistema

Mientras que el escenario de partida de las reformas estuvo dado por la existencia de regímenes lentos, secretos y que profundizaron discrecionalidades, las reformas contribuyeron a hacer visible el proceso judicial, acortar plazos y posibilitar un control más amplio de las decisiones.

No obstante estos importantes logros, en muchos casos no fueron capaces de cumplir con las expectativas que se habían generado en términos de aplicación de justicia y seguridad ciudadana. A diferencia de un sistema inquisitivo, el adversarial expuso las prácticas y los resultados a la ciudadanía y lo hizo más posible de críticas.

En casos en que los procesos continuaron con demora, la prisión preventiva volvió a posicionarse como la única respuesta visible del sistema; por otra parte, en aquellos en que fue posible obtener una salida distinta al juicio, la incapacidad de rescatar los aspectos positivos de estas respuestas llevó a que fueran percibidas por la ciudadanía como situaciones de impunidad.

La falta de habilidad para comunicar los logros y beneficios del sistema incidieron en la legitimidad del mismo y llevaron a que los nuevos procedimientos fueran cuestionados a poco tiempo de su implementación.

2.3.3.2 Posteriores modificaciones legales – contrarreformas

En el ámbito normativo, como respuesta a las demandas insatisfechas, hubieron reformas que alejaron los sistemas de los lineamientos inspirados en la lógica cautelar como el retorno a los delitos inexcusables (Colombia, Ecuador y Paraguay), principalmente en temas de mayor relevancia social o considerados de mayor gravedad.

En similar sentido, la no cesación de la prisión preventiva pese al cumplimiento del plazo legal para ciertos tipos penales (Ecuador, Bolivia y Uruguay), a la prohibición de sustitución de prisión preventiva (El Salvador, Guatemala, Honduras), y la ampliación de causales de procedencia bajo criterios sustancialistas sobre la base de la gravedad del hecho, pena atribuida, reiteración de la actividad delictiva, peligro para la sociedad o causales autónomas como la reincidencia (Chile, Colombia, Venezuela y Bolivia).

En varios de estos casos, la contradicción con los principios limitativos de la prisión preventiva y la lógica cautelar ha sido señalada oportunamente por la CIDH, como se reseñó en el apartado anterior. Se trata en definitiva de disposiciones que distorsionan la aplicación, retomando el sentido de pena anticipada y causales de procedencia, que responden más a la necesidad de legitimidad del sistema que a la garantía de la realización exitosa del proceso.

2.3.3.3 Persistencia del método escrito y trabajo con base en expedientes

En lo que hace a la lógica de trabajo, la reforma no alcanzó a desplazar el expediente que en muchos sistemas permaneció teniendo centralidad en la toma de decisiones, desvirtuando el uso de los legajos o carpetas de investigación. Entendiendo que la capacitación es un componente fundamental en ese factor, lo cierto es que se programaron audiencias orales sin dotar a las instituciones de estructuras y herramientas que permitieran pasar de la lógica del trámite a la del litigio, en definitiva instalar un trabajo con base en la oralidad y no una continuidad del escriturismo en su versión hablada.

2.3.3.4 Déficit de información de calidad para la toma de decisiones

Relacionada con lo anterior, la toma de decisiones sobre medidas cautelares personales estuvo muy ligada a la calidad de la información disponible. El déficit de información concreta referida al hecho y a los antecedentes que las partes llevan a la audiencia, derivó en muchos casos en un trabajo con base en presunciones genéricas o prejuicios en desmedro de argumentaciones referidas al caso. En las audiencias no se contó con elementos que generan y aseguran una discusión en clave de lógica cautelar.

2.3.3.5 Condiciones para la aplicación de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva

Por último, se observa que no se tomaron los recaudos necesarios para que existan mecanismos de supervisión que alienten a los operadores a utilizar medidas cautelares de menor intensidad. Sin garantías de control las medidas quedaron deslegitimadas por la imposibilidad de asegurar su cumplimiento y los operadores no encontraron incentivos para su uso. Sumado a esto, el cambio no fue acompañado desde la cultura jurídica; en muchos sistemas las medidas cautelares fueron incorporadas desde el paradigma inquisitivo: su regulación

como “alternativas” o “sustitutivas” no hizo más que reforzar en el imaginario judicial, el carácter prevalente de la detención.

Ante este panorama se ha intentado identificar cuáles son los temas pendientes a nivel regional que los sistemas reformados tienen que atender y se considera necesario destacar que esto debe hacerse desde la experiencia de quienes ya han transitado estos caminos. Se ha visto que las problemáticas fueron similares en los países reformados, no obstante por el objetivo de este trabajo el énfasis estará puesto en Bolivia.

Es así que, siguiendo a González (2016), es posible identificar una agenda de trabajo que permita acercarse más al objetivo de racionalizar el uso de la prisión preventiva y contar con procedimientos en los que se dé pleno cumplimiento a los principios limitadores y a las garantías de los imputados.

i. Consolidación del trabajo en audiencia. En muchos sistemas reformados no se instauró el método por audiencias durante todo el proceso o incluso –si estuvo regulado– fue sin las condiciones para su realización: sigue siendo una tarea pendiente oralizar las etapas previas al juicio, lograr que las decisiones sean tomadas en audiencia y que no se teatralice una decisión ya tomada a partir de lecturas previas.

Al mismo tiempo, mejorar la litigación para que se dé el contradictorio y las partes lleven al juez información de calidad relacionada con el caso, para lo cual es indispensable fortalecer también a la defensa pública.

Los países que han logrado circunscribir la discusión de las medidas cautelares personales a un debate oral han dado buenos resultados en términos de racionalización de la prisión preventiva. Se puede mencionar los casos de Mar del Plata (Argentina), Guanacaste (Costa Rica), Quetzaltenango (Guatemala), Cuenca (Ecuador), Chile y Colombia.

En el caso de Bolivia, y como se verá con mayor detalle en este estudio, existe un gran porcentaje de audiencias suspendidas, lo que en primer lugar implica un retardo injustificado de las decisiones por la necesidad de reprogramarlas. Pero, a su vez, incluso en algunas de las audiencias instaladas, se observa que el debate sobre cautelares se limita a la imputación formal presentada por escrito y a los memoriales adjuntados previamente por las partes, y no a información producida en la audiencia.

ii. Institucionalizar la generación de información y la supervisión de medidas cautelares. Es necesario acompañar el dictado de las medidas cautelares con mecanismos institucionales que tengan la capacidad de cumplir con los dos desafíos: generar información previa para la toma de decisión y realizar el monitoreo posterior de su cumplimiento.

Mediante estos programas es posible mejorar la calidad de los debates en audiencias cautelares y con esto la decisión judicial; circunscribir el uso de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario, reducir la superpoblación carcelaria, asegurar la comparecencia de las personas y disminuir la discriminación de las procesadas por el sistema penal.

Podemos mencionar la experiencia de las actuales Unidades Estatales de Supervisión a Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso –UMECAS– de **México** en Morelos (2011), Baja California (2012), Tabasco (2012), Puebla (2013), Zacatecas (2013), Nuevo León (2013), Hidalgo (2013), Oaxaca (2013), Sinaloa (2013) y Chihuahua (en proceso de implementación), Michoacán, Guerrero y Querétaro. Las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) en **Argentina**: Entre Ríos (2014), Santiago del Estero (2013) y **Puerto Rico** (2004). Mediante ellos se lograron alcanzar niveles aproximados a un 90% de cumplimiento de las medidas cautelares, con lo que ha sido posible promover la aplicación de otras de menor intensidad que la detención.

En el caso de Bolivia se observa que existen varios obstáculos para conseguir la información que los juzgados requieren a fin de sostener que no se configuren los peligros procesales (Defensoría del Pueblo Estado Plurinacional de Bolivia, 2016). Son causa de esto los niveles de informalidad en términos de trabajo y vivienda, pero también la inversión de la carga de la prueba que pesa sobre la defensa, que paradójicamente no cuenta con los recursos institucionales para recabar la información.

En cuanto al cumplimiento de las medidas cautelares distintas a la privación de la libertad, la ausencia de un control centralizado sobre su cumplimiento incide negativamente en las posibilidades de aplicación, al no haber garantías de cumplimiento los operadores no quieren arriesgarse, sobre todo teniendo en cuenta las presiones externas a las que se sienten sujetos.

iii. Repensar los sistemas de respaldo a las decisiones judiciales. Aunque la independencia judicial se ha instalado en todos los órdenes normativos como una de las garantías del proceso, en muchos casos los operadores no encuentran resguardo ante las presiones sociales y políticas.

Los reclamos de la población de endurecimiento del sistema penal y uso de prisión preventiva, derivan en muchos casos en una aplicación irracional por parte de los jueces, con decisiones que se alejan del dictado excepcional y restrictivo (CIDH, 2013).

El respaldo a las decisiones de los magistrados es fundamental si se toma en cuenta el papel que tiene su función interpretadora para reforzar la lógica cautelar, principalmente en relación a los sistemas en los que se han producido contrarreformas. Para esto es necesario, junto con el resguardo de imparcialidad e independencia judicial, avanzar en la sensibilización de los operadores sobre su responsabilidad en cuanto al impacto que tienen sus decisiones.

En Bolivia, aunque se ha promovido la capacitación y sensibilización sobre la aplicación de la prisión preventiva en los operadores judiciales, la falta de incentivos para desempeñar un cargo (remuneración, estabilidad y carrera profesional), y de pertenencia institucional, ha hecho que muchos de los actores capacitados hayan pasado a otras funciones. A su vez, la percepción de la función judicial es que se encuentra debilitada frente a la presión de la ciudadanía y al papel predominante que tienen los fiscales.

iv. Manejar las expectativas y demandas sociales. Es preciso trabajar en las formas de comunicar a la sociedad la relación entre la eficacia de la persecución penal y la eficiencia en el uso de medidas cautelares para que el respeto por las garantías no sea percibido en desmedro de la aplicación de la ley o como generador de impunidad, en definitiva generar el cambio de cultura que requiere toda reforma.

Como se aborda en el capítulo siguiente, parte de las reformas posteriores al CPP tuvieron su origen en los reclamos de la ciudadanía por mayor seguridad y endurecimiento del sistema penal, ocurridos incluso a pocos años de su entrada en vigencia y cuando el nuevo procedimiento todavía se encontraba en su primera fase de implementación.

El desafío está en trabajar en la comunicación de las actuaciones y decisiones a la ciudadanía, de forma que permita mostrar los “logros” del sistema. Ante la perspectiva que se abre en Bolivia con el tratamiento del Proyecto de Código del Sistema Penal, es necesario trabajar en este aspecto para que el retorno hacia la lógica cautelar no se vea frustrado.

A modo de cierre, queremos resaltar que la prisión preventiva presenta todavía desafíos y una agenda pendiente que es necesario encarar desde la experiencia de los sistemas reformados y de las necesidades de implementación que se han evidenciado en el camino.

En un primer momento, el análisis de la lógica cautelar desde las dimensiones escogidas, posibilitó una aproximación a los impactos que las reformas tuvieron en el régimen de medidas cautelares personales. Como punto de partida, el estudio de la situación actual permite establecerse para continuar trabajando desde la experiencia y los conocimientos ya adquiridos.

Toda reforma, enseña Binder (2012), 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 se asume, una vez identificadas tales prácticas, es crear las herramientas necesarias para lograr su adopción por parte de los actores del sistema.

Por ello, además de los cambios normativos, legislativos y de interpretación del Sistema Interamericano, se ha intentado destacar la importancia que tiene la gestión judicial en la organización del trabajo y en el cambio de prácticas de los actores, en clave de habilidades y destrezas que fortalezcan un sistema oral. Esto último es fundamental, porque sin el compromiso de las instituciones y, en particular, de fiscales, defensores, abogados particulares y jueces, toda reforma que intente instaurar un proceso adversarial corre el riesgo de reasumir las prácticas inquisitivas que intentó desterrar.

CAPÍTULO 3. LA REGULACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA

3.1 Descripción de los cambios legales desde la reforma del CPP de 1999

El sistema penal inquisitivo rigió de manera formal en Bolivia hasta 1999, cuando se aprobó la Ley N° 1970 que introdujo el Código de Procedimiento Penal (CPP) con base en un modelo adversarial de justicia. Con un período de *vacatio legis* para la preparación de las normas complementarias y la planificación de las políticas institucionales necesarias a su implementación, el Código entró en vigencia el 2001.

Los principales lineamientos aplicables al tema de la detención preventiva (CEJA, 2009), son: el cumplimiento de las garantías constitucionales sobre el debido proceso; la eficiencia de la investigación criminal³; la oralidad como principio rector del proceso penal⁴; el control sobre la retardación de la justicia⁵, y la simplificación del proceso³.

Dichos lineamientos tuvieron la potencialidad de cambiar la situación de la detención preventiva en Bolivia, como se pudo verificar en su primer año de implementación, cuando en conjunto con la Ley de Jubileo de Indulto Penal de 2000, se alcanzó a reducir el índice de presos sin condena y de privados de libertad en 31,60% (Fundación Construir, 2014).

Aun así, el 2003 empezó en el país un proceso de contrarreformas resultado de la falta de transformaciones organizacionales concretas que dieron lugar al cuestionamiento de las bases garantistas del sistema y su supuesta relación con el aumento de la criminalidad (Fundación Construir et al., 2012) y (Fundación Construir, 2014).

La Ley N°2494 de 2003, que estableció el Sistema de Seguridad Ciudadana, tuvo importantes impactos en relación al régimen de medidas cautelares ya que aumentó las penas para diversos delitos, imposibilitando por consecuencia que se aplicaran salidas alternativas o se excluyera la solicitud de detención preventiva⁴.

Además, se introdujo la reincidencia como elemento caracterizador del peligro procesal, constituida sea por sentencia ejecutoriada en Bolivia o en el extranjero, cumplida a menos de 5 años, o bien por sentencia privativa de libertad dictada en primera instancia. También por medio de esta ley se facultó al juez a aplicar medidas cautelares más gravosas de las pedidas por la acusación y la aplicación de más de una medida distinta de la detención preventiva al imputado.

A su vez, en el 2010, la Ley N°004 de Lucha Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fondos, además de haber instituido la retroactividad de la ley y la imprescriptibilidad en el caso de delitos de corrupción⁵, definió la imposibilidad de suspensión condicional de la pena y perdón judicial para esos delitos, aumentando la cantidad de causas llevadas a juicio.

La Ley N°007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, también del 2010, y actuando directamente en el tema de las medidas cautelares, extiende a la víctima –aunque no se haya constituido en querellante– la posibilidad de solicitar la detención preventiva del imputado (Art. 233 CPP), agrega el “peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante” como circunstancia caracterizadora del peligro de fuga; y amplía el concepto de reincidencia que podrá caracterizar la obstaculización del imputado al proceso, relacionándolo con la existencia de “actividad delictiva reiterada o anterior”, “haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso”, o “habérsele aplicado alguna salida alternativa por delito doloso”⁶.

3 “De una parte, estableciendo una serie de herramientas de uso posible para que las partes tengan posibilidades distintas de llegar a juicio en todos los casos. Así, se regulan el criterio de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, la conciliación, el procedimiento abreviado, como salidas alternativas al juicio, en aquellos casos en que la persecución las considere más idóneas para hallar una solución al conflicto. De otra parte, el CPP procura simplificar también las formalidades para el cumplimiento de la actividad procesal, de modo tal que dichas formas estén en función del fondo a resolverse y no viceversa. A modo de ejemplo, establece la posibilidad de renunciar o abreviar los plazos por las partes (Art. 131), flexibilidad en cuanto a las formas de notificaciones (Art. 161), posibilidades de convalidación de defectos procesales relativos (Art. 170). Adicionalmente, con la finalidad de brindar una respuesta pronta y efectiva al ciudadano, el CPP ha establecido como potestad del Ministerio Público, tanto el rechazo de casos (cuando no constituyan hechos delictivos, no existan indicios que la persona denunciada haya participado o no exista posibilidad de obtener elementos probatorios), como el sobreseimiento (en aquellos casos donde se dé alguna de las circunstancias del rechazo pero haya existido una imputación formal)” (CEJA, 2009).

4 La detención preventiva no cabe como medida cautelar en los delitos con penas máximas inferiores a 3 años.

5 Lo que más tarde se reafirma en el Artículo 123 de la Constitución Política del Estado Boliviano de 2009, pero por interpretación de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0770 de 2012, fue declarado inconstitucional.

6 Otros dos indicios de peligro de fuga contemplados por la Ley N°007, pero declarados inconstitucionales por la Disposición Primera de la Sentencia Constitucional Plurina-

La misma ley amplió los plazos para la cesación de la detención preventiva, fijándolos en 18 meses cuando no hubiera sido dictada una sentencia y 36 en el caso de haber sentencia, siempre que la demora no hubiese sido provocada por el imputado, caso en el que procedería cesación. Además, incluyó posibles influencias ilegales e ilegítimas en “magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Constitucional, jueces y otras cámaras judiciales” como situaciones que podrían caracterizar la obstaculización del proceso.

Respecto a los delitos flagrantes, la referida ley introdujo un título específico sobre el procedimiento inmediato a que se someten (Arts. 393 bis y siguientes), donde se define que el juez no podrá denegar la solicitud de detención preventiva realizada por el fiscal, salvo en los casos de improcedencia de la detención dictados en el Art. 232⁷ del mismo Código.

Importa destacar que otras normas materiales posteriores al CPP de 1999, cuyos objetivos fueron esencialmente la creación de tipos penales y el incremento de las penas aplicables, también han contribuido con el escenario de encarcelamiento masivo en Bolivia y la mantención de los altos porcentajes de detención preventiva⁸, como son (Fundación Construir et al., 2012):

- Ley N°045 Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación (2010)
- Ley N°054 de Protección Legal de Niñas, Niños y Adolescentes (2010)
- Ley N°065 de Pensiones (2010)
- Ley N°100 de Desarrollo y Seguridad Fronteriza (2011)
- Ley N°170 Contra el Financiamiento del Terrorismo y Separatismo (2011)
- Ley N°254 Código Procesal Constitucional (2012)
- Ley N°262 del Régimen de Congelamiento de Fondos y Otros Activos de Personas Vinculadas con Acciones y Financiamiento de Terrorismo (2012)
- Ley N°263 Sobre Trata y Tráfico de Personas (2012)
- Ley N°264 Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (2012)

Por otro lado, en el plano normativo, hubieron iniciativas concretas del Estado para enfrentar los problemas del sistema de justicia penal, tanto como iniciativa del Órgano Legislativo como del Ejecutivo⁹.

En primer lugar, se destaca la sanción de la Ley N°586 de Descongestionamiento y Efectivización del Sistema Procesal Penal (2014), que modificó nuevamente el CPP de 1999, ahora acortando los plazos a 12 y 24 meses para el cese de la detención preventiva y disponiendo las situaciones de su procedencia, aunque incluyendo excepciones a su aplicación¹⁰.

Asimismo, los Decretos Presidenciales N°1145/2012, N°1723/2013, N°2131/2014, N°2437/2015 y N°3030/2016 de amnistía e indulto, destinados tanto a personas con sentencias de condena ejecutoriadas como a procesados con detención preventiva. Por las tres primeras disposiciones, estos últimos podían recuperar su libertad mediante indultos si obtenían una sentencia por un proceso abreviado o desistían del recurso interpuesto a la sentencia, en su caso.

cional 0056/2014 fueron “la actitud que el imputado adopta voluntariamente respecto a la importancia del daño resarcible”, y “el pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales”.

7 Son casos de improcedencia de la detención preventiva: los delitos de acción privada, aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad, y aquellos sancionados con pena privativa de libertad con máximo legal de 3 años.

8 La Ley N°348 de 2013, “Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia”, aunque tenga otros propósitos que no solamente criminalizar la violencia contra las mujeres, también es indicada por los operadores del sistema de justicia penal de Bolivia, entrevistados en este proyecto, como una de las responsables por el aumento de detenciones preventivas y hacinamiento carcelario.

9 Sumado a esto, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), organizó el Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal, ejecutado entre 2014 y 2015 en los nueve distritos del país, con el “desafío de disminuir la mora procesal y el índice de detención preventiva, acelerando el trámite de los procesos mediante la conformación de equipos de descongestión” (TSJ, 2015, p.2) (TSJ, 2015a, p.2). Complementan esta norma los lineamientos del Tribunal Supremo del Órgano Judicial (Instructivo N° 05, 2015), que contienen directivas aplicables al control jurisdiccional y la resolución de causas con detenidos preventivos.

10 Aunque se hayan cumplido los plazos límites para el pedido de cesación que dispone el Art. 239.3, esto no se aplica a los imputados por delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niño, niña, adolescente, e infanticidio.

El Decreto Presidencial N°2437 amplió la vigencia del anterior y otorgó el beneficio de amnistía a los detenidos cuyos plazos de privación de libertad hubieran superado el mínimo legal de la pena del delito más grave, o cuya pena más grave tuviera un monto inferior o igual a 5 años.

Por Decreto Presidencial N°3030 se reiteró el criterio del Decreto Presidencial N°2437 y agregó a los motivos para la concesión de la amnistía razones humanitarias, embarazo, discapacidad grave y enfermedad terminal.

Por último, es necesario mencionar que desde febrero de 2017 está en discusión en la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Proyecto de Ley N° 122 con la propuesta de un nuevo Código del Sistema Penal Boliviano. Dicho proyecto reformula todo el sistema de justicia penal y, en lo que se refiere a las medidas cautelares propone, entre otros cambios, que éstas no podrán ser impuestas de oficio por el juez y que la prisión preventiva solo tendrá lugar en los casos de crímenes y delitos¹¹ de acción pública, o que tengan prevista una pena privativa de libertad en el mínimo legal igual o superior a 3 años, siempre y cuando las otras medidas cautelares no sean suficientes para asegurar los fines procesales.

3.2 Análisis crítico de la regulación normativa sobre medidas cautelares

3.2.1 Aclaración previa

Antes de comenzar con el análisis de la información recogida durante la observación de las audiencias de medidas cautelares y la que surgió de las entrevistas realizadas a los distintos operadores del sistema de justicia, resulta primordial para este estudio efectuar un análisis crítico de la regulación vigente.

Para ello, y como punto de partida, hay que recordar que los cambios legales por sí solos no son suficientes para generar una transformación del sistema de justicia pues de lo que se trata es de un cambio cultural. En este sentido, se ha dicho que todo texto normativo diseña una práctica que debe ser extraída en una actividad –hermenéutica– más amplia que la que nos sugiere la pauta de interpretación de la ley.

Esa práctica siempre y necesariamente combate con otra de signo contrario. Una desplazará a la otra en un complejo mecanismo que debe ser apoyado y monitoreado del modo más preciso ya que los factores que llevarán a que se imponga, una u otra, son de diversa índole (Binder, 2005). En esta línea de pensamiento, en un estudio de Fundación Construir (2014, p.21) se señala:

“Es importante comprender que el análisis que trasciende al uso de la prisión preventiva en Bolivia no se limita al aspecto normativo, sino que guarda también relación e impacta de forma directa con problemas estructurales dentro de la administración de justicia penal; la política criminal adoptada por el Estado boliviano y la situación crítica del sistema carcelario, entre otras variantes de discusión que necesariamente deben abordarse para encontrar el ‘norte’ en el camino de efectivizar la persecución penal, dar respuesta a la demanda ciudadana de justicia y reducir las tasas de presos sin condena”.

En consecuencia, el proceso penal no puede ser visto solamente como un conjunto de normas ya que en el funcionamiento real interactúan otros sistemas normativos informales, o tradiciones culturales que tienen tanta o más influencia que las formales (Binder, 2013). De esta manera, el verdadero problema no consiste en que se sancionen y aprendan nuevas normas, sino en que se abandonen las ideas arraigadas (Baytelman, 2001). De allí la importancia de comunicar adecuadamente la nueva práctica a los operadores, de modo que sepan con claridad qué se espera de ellos ya que, frente al cambio, pueden rechazarlo, neutralizarlo o adaptarlo a la vieja lógica (Nußbaum, 1968).

¹¹ Por el Proyecto de Ley (Art. 22), las infracciones penales se clasificarían en crímenes, delitos y faltas, dependiendo del grado de afectación que provocan a los bienes jurídicos protegidos, según lo que el orden constitucional prevé para su protección.

Resulta fundamental entonces, realizar una capacitación constante y adecuada de los actores judiciales con el objeto de evitar que se desvirtúe el sentido que esta nueva práctica quiere incorporar. Por ese motivo, es imperioso llevar adelante un monitoreo continuo del sistema, no sólo por parte de la sociedad civil –que sin lugar a dudas en el Estado Plurinacional de Bolivia cumple a estos fines una tarea fundamental– sino también desde los organismos públicos para poder verificar su funcionamiento y efectuar los ajustes correspondientes.

En materia de medidas cautelares, especialmente con relación a la detención preventiva, es imprescindible ejecutar dichas acciones pues como se ha desarrollado en capítulos anteriores, la experiencia vivida desde 1999, cuando se sancionó el Código de Procedimiento Penal que incorporaba normas claras respecto a la temática, hasta la fecha, da cuenta de un abuso respecto del encierro procesal que no es fruto exclusivo de las constantes reformas regresivas en la materia, sino también de las prácticas de los operadores. A modo de ejemplo, se pudo observar en el relevamiento realizado, que era la defensa y no el fiscal quien debía acreditar que no existían peligros para el proceso y que los jueces requerían prueba de todos los extremos a los que la normativa hace referencia para ordenar la libertad.

Teniendo en consideración lo hasta aquí expuesto, y previo a darle un marco teórico al estudio, corresponde iniciar el análisis de los distintos artículos del Código de Procedimiento Penal con el objeto de verificar si efectivamente se adecuan a los criterios propios de las medidas cautelares.

3.2.2 Algunos aspectos teóricos acerca de la detención preventiva

Otro eje sobre el que se debe trabajar antes de analizar las normas que regulan la detención preventiva, es el referido a los fundamentos teóricos que se han brindado para justificar el uso de la medida cautelar más gravosa que tienen los ordenamientos procesales. Este estudio es importante para poder enmarcar correctamente las causales de su procedencia y establecer si cumplen o no con el objeto para la que fue concebida.

Tradicionalmente, la doctrina clasificó los fundamentos y circunstancias que toman los códigos procesales para autorizar su dictado en dos criterios: los sustancialistas y los procesalistas.

En el primero de ellos existe una asimilación deliberada de la detención preventiva a la pena ya que se le atribuyen las mismas funciones, de forma tal que se la entiende como un fin en sí mismo. De este modo, se le imprime el carácter de sanción previa, que toma a la imputación como un hecho probado y la mera acusación como una sentencia. En este esquema, se la utiliza como justicia inmediata y se distorsiona la visión que la sociedad tiene del instituto. Esto se advierte cuando al encierro cautelar se lo presenta como un éxito de la investigación y se deja en un segundo plano al proceso penal en sí mismo. Así la libertad durante el proceso penal es una excepción y se la traduce como sinónimo de impunidad, mientras que la detención preventiva es utilizada como un instrumento de política de persecución penal “eficaz” (INECIP, 2012, p.13).

El encarcelamiento busca, en estos supuestos, tutelar el común sentido ético que se vería repugnado si una persona sobre la que pesan ciertos indicios de culpabilidad, continúa circulando libremente ante los ojos de la sociedad y la víctima (Cafferata, 1988, p.12). “Con él se pretende satisfacer la opinión pública en infracciones graves, o cuando los hechos han provocado gran escándalo; y se justifica en aquellos casos en que se conmociona especialmente la confianza de la sociedad en el respeto de la ley, creándose un sentimiento colectivo de inseguridad, falta de protección y de impotencia en la prevención delictiva”. Justamente, se entiende que su fin busca amenguar o hacer desaparecer esa inquietud colectiva (Cafferata, 1988).

El criterio *sustancialista* se encuentra presente cuando la legislación regula la procedencia de este instituto a través del monto de la pena en expectativa, el tipo de delito imputado, la extensión del daño causado, los medios empleados, si el delito no prevé pena de ejecución condicional, las circunstancias o características personales y la repercusión social del hecho. También lo son la posible declaración de reincidencia, la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones anteriores (INECIP, 2012).

Por otro lado, el criterio *procesalista* responde a la necesidad de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (Cafferata, 2004). Es decir, no está pensado como sanción para el imputado sino que es un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso. “Esto significa, en términos prácticos, que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o condena” (Duce et al, 2008, p.25).

Ahora bien, como se trata de una medida cautelar, tal como fue reseñado en el capítulo 2 de este estudio, para que proceda se deben dar conjuntamente dos presupuestos: a) la verosimilitud en el derecho y b) el peligro en la demora.

En relación a la *verosimilitud del derecho* (*fumus bonis iure*), o exigencia de mérito sustantivo, es necesario que concurren elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha que el imputado es el autor –o partícipe– del hecho investigado (alto grado de probabilidad) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Se requiere entonces de una imputación válida y fundada en la prueba que aportó el acusador.

Respecto al segundo de los presupuestos habilitantes, el *peligro en la demora*, se deben dar ciertas circunstancias o características que demuestren que existe un estado de probabilidad prevaleciente que el imputado atentará contra los fines del proceso (Martínez, 2015).

Desde la doctrina, hace bastante tiempo se explica que existen sólo dos motivos válidos: el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga. De tal forma, sólo en aquellos casos en los que la libertad del inculpinado pueda obstruir la averiguación de la verdad –falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos– o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (fuga), se autoriza la medida de coerción más gravosa (Martínez, 2009).

La aplicación de otros criterios distintos a los señalados, atañe la interpretación analógica de la ley procesal, situación expresamente prohibida cuando se trata de reglas que restringen su libertad (Maier, 1999).

En esta misma dirección, un estudio de los procesos de reforma en la región daba cuenta que:

“En general, si se revisan las primeras versiones de los códigos reformados, se notará que la mayoría de estos presentaban dos causales en común: el peligro de fuga y el peligro para la investigación o su obstaculización. Ambas causales consistentes con esta lógica cautelar y, en general, consideradas como causales compatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso de la causal de peligro de fuga, el objetivo a proteger era la expectativa por parte del sistema procesal de juzgar al imputado, por lo que, de este fugarse, el proceso penal solo podría continuar hasta el juicio oral. Incluso en aquellos países en donde puede juzgarse en rebeldía, la sentencia no podrá ser ejecutada. Esto no solo supone problemas para el derecho a la defensa, sino que también produce un alto impacto en la imagen del sistema y su legitimidad al no poder ejecutarse las sentencias. En el caso del peligro para la investigación o su obstaculización, la idea es similar. El proceso penal peligró porque la investigación de los hechos se verá alterada por acciones del imputado que mermarán su efectividad y por ende las expectativas de la sociedad de lograr hacerlo responsable se verán afectadas” (Duce et al., 2008, p.26).

Esta construcción teórica tenía como fundamento limitar el uso excesivo de la prisión preventiva. Sin embargo, la práctica en América Latina da cuenta que no se logró esa finalidad y que el encarcelamiento sigue siendo la primera herramienta a la que se recurre en el proceso. De hecho, a raíz del pedido de un grupo de organizaciones de la sociedad civil, en el año 2012 la CIDH realizó un estudio acerca de lo que sucede en los distintos países de la región con la mayor injerencia que sufre la libertad de las personas durante el proceso penal.

En el Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas (2013, p.3), se sostiene que la aplicación arbitraria e ilegal del encierro cautelar es un problema crónico, grave y extendido: “el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras”.

Esta situación podría llevar a preguntar si ha fracasado el modelo procesalista y, en consecuencia, si es necesario buscar una nueva forma de justificar la detención preventiva.

El análisis de las normas procesales de la región que han sido objeto de contra reformas de carácter punitivista, como las ocurridas en Bolivia, permiten concluir que el problema radica en la forma en la que se construyen los riesgos y no en contemplar que la prisión preventiva deba dictarse cuando existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Es decir, que esa medida no sea excepcional responde a que se utilizan criterios de corte sustancialista (v.gr. la reincidencia), para justificar los peligros procesales. Esto se ha denominado “sustancialismo encubierto” (INECIP, 2012, p.16).

Sobre la base de estas consideraciones teóricas, y teniendo en miras especialmente esta última observación, se analizarán las previsiones del Código de Procedimiento Penal de Bolivia.

3.2.3 Crítica a las normas del Código de Procedimiento Penal

El objeto de este apartado es realizar un análisis crítico del articulado del Código de Procedimiento Penal, para luego ver cómo sus normas operan en la realidad. Asimismo, teniendo en la mira que se ha presentado en la Asamblea Legislativa Plurinacional un proyecto de Código del Sistema Penal, que contempla una modificación sustancial sobre la temática, en los supuestos en los que corresponda se compararán las previsiones de ambos con el objeto de enriquecer este estudio.

El examen de las normas del Código de Procedimiento Penal debe partir del Art.221, que establece que la libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y este Código, sólo podrán ser restringidos cuando sea indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del proceso y la aplicación de la ley.

De esta manera, el ordenamiento adopta claramente un sistema procesalista y reconoce que sólo podrán dictarse medidas cautelares cuando se hallen presentes el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación. El proyecto de Código del Sistema Penal, actualmente en tratamiento legislativo, agrega frente a la realidad existente que *debe ser absolutamente imprescindible su dictado*. La inclusión de este adverbio es importante si lo que se busca es instalar una nueva práctica y controlar que el acusador efectivamente demuestre esa situación.

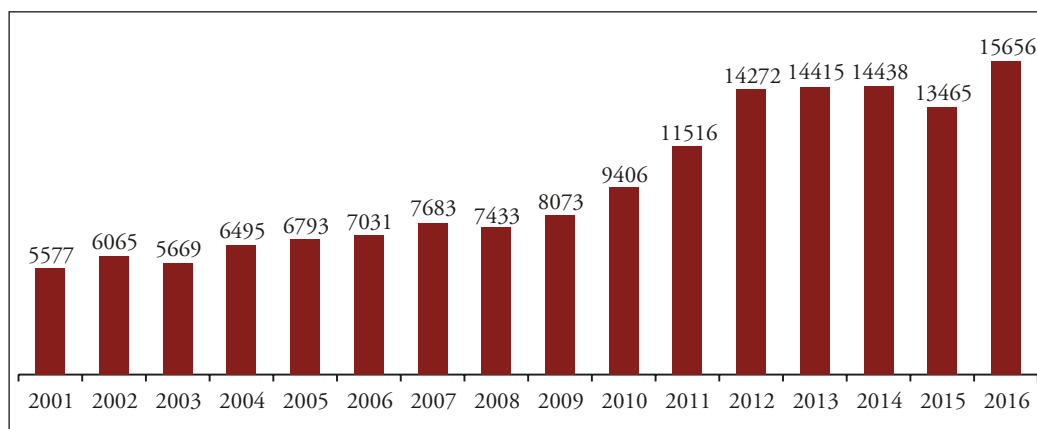
Sin perjuicio del problema indicado con anterioridad respecto de cómo se completan esos riesgos, es fundamental la decisión adoptada por el legislador pues, aun conteniendo indicadores sustantivistas, la práctica de los operadores podría neutralizarlos. A modo de ejemplo, el ex Defensor General Alterno de la provincia de Chubut, República Argentina, Alfredo Pérez Galimberti, explicaba que aunque el ordenamiento procesal provincial hacía mención a la característica del hecho y la pena expectativa, los jueces no utilizaban dichos parámetros para decidir acerca de la prisión preventiva (Martínez y Valle, 2016). De allí, como se adelantó, la importancia de trabajar en la capacitación de los actores con la mira en el análisis constitucional de los institutos.

El mencionado artículo continúa señalando que las normas que autorizan medidas restrictivas de derechos, se aplicarán e interpretarán de conformidad con el Art. 7 del Código. La intención del legislador al traer esa previsión es la de reiterar la excepcionalidad de aquellas, circunstancia que nuevamente se expresa en el Art. 322 que establece que las medidas cautelares de carácter personal, se aplicarán con criterio restrictivo y se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados. La constante referencia a esa circunstancia (*la excepcionalidad*), no debe ser considerada como una cláusula redundante sino, por el contrario, como una meta a la que se debe aspirar en el marco de un sistema procesal que antes del año 1999 tenía porcentajes de encierro cautelar del 80% (año 1995), (Fundación Construir, 2012, p.18) y que había llegado, entre los años 1972 y 1992, al 90% (Duce et al., 2008).

Asimismo, frente a este panorama el legislador también incorporó una cláusula similar al *in dubio pro reo*, referida exclusivamente a medidas cautelares, en la última parte del Art. 7. De esta manera, se prevé que cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá adecuarse a lo que sea más favorable a éste.

Estas son soluciones normativas frente a problemas de la práctica que, como se mencionó, deben ser monitoreadas para ver si se han logrado imponer. Un análisis evolutivo de la reforma procesal penal en el país da cuenta que (producto de indultos y contrarreformas señaladas con anterioridad), en el año 1999 el porcentaje había descendido al 64%, en el 2002 había llegado hasta el 70%, en el 2004 había crecido hasta el 77%, en el 2006 había retrocedido hasta el 74% (Duce et al., 2008, p.51), en el 2013 había llegado hasta el 84% para, finalmente, en junio de 2016 descender hasta el 68% (Fundación Construir, 2017, p.11). Estos datos dejan en evidencia que se trata, sin lugar a dudas, de una materia pendiente y sobre la que corresponde seguir avanzando.

En el informe de 2017, la Fundación Construir realizó una estimación de cómo habían impactado las contrarreformas ya enunciadas en el incremento de la población penitenciaria que, aunque no indica si se trata exclusivamente de presos preventivos, deja en evidencia lo hasta aquí señalado.



*Fuente: Fundación Construir.

A su vez, el Art. 221 también expresa que esas medidas serán autorizadas por resolución judicial fundamentada, según reglamenta este Código, y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación. De esta manera, pone en cabeza de los jueces la potestad de restringir la libertad y los obliga a resolver fundadamente acerca de esos extremos.

En este punto es importante resaltar que la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales suele ser un tema sobre el que no se ha logrado comprender cuál es el real sentido y alcance de esa garantía para los inter-

vinientes. Básicamente, la idea es que las partes y la ciudadanía en general, conozcan las razones por las que un juez tomó determinada decisión y que ellas no queden en el desconocimiento.

En los sistemas escritos, los ritos propios del expediente determinaron que las decisiones que se tomen en las causas respondan a formatos preestablecidos (“planchas”), que no terminan respondiendo a las pretensiones de las partes. Por el contrario, recogen un sinnúmero de citas de fallos o de doctrina que tornan a la decisión ininteligible para el ciudadano lego (García y Martínez, 2014).

Esta manera de motivar los fallos se trasladó, en algunos sistemas reformados, a la forma de justificar las sentencias en las audiencias en etapas anteriores al juicio. Es decir, los jueces creyeron que para que sus sentencias sean motivadas, debían oralizar las razones que antes realizaban por escrito. Incluso, como se pudo ver en el relevamiento efectuado, al momento de dictar su fallo, reiteraban lo que momentos antes habían enunciado las partes.

Otro extremo importante que contiene este párrafo de la norma es el referido a que su duración será válida mientras se encuentren presentes las razones por las que se dictó la medida. Esta circunstancia también es reconocida en la propuesta legislativa, quizás de manera más clara y efectiva, ya que se establece que será por el tiempo imprescindible (Art. 435 del Código del Sistema Penal Boliviano).

Los códigos inquisitivos y mixtos, incluso aquellos de primera generación de la reforma, por lo general no tenían previsiones como la mencionada. De esta manera, una vez dictada la medida, se volvía a debatir su pertinencia tras el vencimiento del plazo máximo legal establecido. Esto significaba una laxitud por parte de la autoridad judicial que disponía tal intromisión ya que la actividad más importante estaba destinada a lograr la detención preventiva.

Para evitar esta situación, los códigos de la segunda generación de la reforma previeron la obligación del fiscal de determinar por qué plazo solicitaba ese encierro cautelar. Incluso, en el *Informe sobre el Estado de la Prisión Preventiva en las Américas*, la CIDH (2013) recomendó a los Estados que adopten en las legislaciones buenas prácticas como la señalada (Recomendaciones C.7). Esto permite que, vencido el plazo solicitado por el acusador, se vuelva a debatir su pertinencia y se verifique la subsistencia de las razones de su dictado.

Lamentablemente, el Código de Procedimiento Penal no ha previsto una cláusula como la señalada, de modo tal que este segundo párrafo del Art. 221, sin lugar a dudas se transforma en una herramienta fundamental para la actividad de la defensa. Esta situación ha sido corregida en el proyecto en trámite parlamentario al obligar al fiscal a determinar el tiempo por el que requiere la medida cautelar y para terminar la investigación (Art. 442 del Código del Sistema Penal Boliviano).

La norma en estudio finaliza estableciendo que no se podrá restringir la libertad del imputado para garantizar el resarcimiento del daño civil, el pago de costas o multas. El mismo criterio sigue el Código del Sistema Penal (Art. 435). En consecuencia, claramente elimina la posibilidad de la prisión por deudas.

Esta circunstancia no es menor si se tiene en cuenta que el modelo que este ordenamiento vino a reemplazar, generaba grandes niveles de discriminación y consolidó la creencia que el sistema penal era la mejor vía para cobrarlas. Hasta el año 1995, ningún diagnóstico del sistema penal era real, ya que las cárceles estaban ocupadas por personas que no habían podido pagar sus deudas, incluso había presos preventivos indefinidos por no haber podido pagar los honorarios a sus propios abogados (Lorenzo, 2008).

Esta previsión aparece, en definitiva, como un nuevo estándar de excepcionalidad de la detención preventiva (una nueva práctica), frente a una realidad que dejaba en evidencia que la utilización de dicha institución no respondía a los parámetros fijados constitucionalmente, sino que buscaba tutelar otros intereses (los pa-

trimoniales), a través de la medida cautelar más gravosa, transformando al encarcelamiento procesal en una herramienta extorsiva.

Veamos entonces cómo estos principios generales se aplican a las medidas cautelares de carácter personal. El capítulo contiene distintas situaciones que responden a cuestiones o criterios diferentes. Por un lado, se refiere a la presentación espontánea del imputado (Art. 223) y su citación (Art. 224). Luego regula el arresto (Art. 225), la aprehensión por la fiscalía (Art. 226) o por la policía (Art. 227), para luego comenzar con el análisis de su libertad, de la detención preventiva y sus alternativas.

En relación a las previsiones del Art. 223, que regula la presentación espontánea de la persona contra quien se haya iniciado un proceso, establece la posibilidad de dirigirse ante el fiscal para prestar declaración, solicitarle que se mantenga su libertad o que se manifieste sobre la aplicación de una medida cautelar. En caso que éste no se exprese, autoriza al imputado a presentarse ante el juez para que resuelva acerca de estas dos últimas cuestiones.

Nos enfrentamos aquí ante lo que los códigos más antiguos (inquisitivos o mixtos) denominaban exención o eximición de prisión, que pretendían evitar que se prive de la libertad a una persona durante el proceso cuando ésta la recuperaría poco después a través de la excarcelación (Cafferata, 1992).

La lógica de esta medida era garantizar que, en principio, quien tenía la potestad de decretar la detención preventiva expidiera –antes del momento procesal en el que se disponía, generalmente unida al procesamiento– acerca si podía continuar el proceso en libertad. A modo de ejemplo, encontramos el Art. 316 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley 23.984) que todavía sigue vigente en razón que el nuevo ordenamiento (Ley 27.063) se encuentra suspendido.

Este tipo de situaciones desvirtúan el carácter excepcional de la prisión cautelar desde el momento en que es la persona quien se encuentra amparada por el derecho a transitar el proceso en libertad, la que debe “garantizarse” ese estatus presentándose al sistema de justicia.

También obliga a que el fiscal tenga que tomar una decisión, quizás apresurada, acerca de si tiene interés en que la persona sea detenida o, lo que es peor aún, guarde silencio acerca de tal extremo. Esta última situación trae a escena a la autoridad judicial, quien tiene que resolver acerca de la libertad del imputado y para ello debería escuchar también al Ministerio Público, que hasta el momento había preferido no tomar una decisión.

Pero, ¿qué ocurre si el acusador se mantiene en esa postura? La norma no establece que corresponda la libertad del imputado. Por el contrario, una lectura sistemática del ordenamiento (cfr. Art. 235 ter, inciso 4), autorizaría una limitación a su libertad, por parte del juez, sin que exista pedido formal.

En el marco de los sistemas reformados, la necesidad que sea el acusador quien deba brindar los motivos por los que solicita la cautela (cualquiera de ellas), del imputado, en una audiencia oral ordena el papel que tiene cada uno de los actores en el proceso.

A estas críticas hay que sumarle que, para el legislador, la presentación espontánea por sí sola no desvirtúa los peligros procesales que motivan la aplicación de medidas cautelares. De esta manera, si la norma podía tener algún sentido para la defensa, ese último párrafo deja por tierra cualquier “ventaja” para el imputado.

Esta norma es fruto de la contrarreforma regresiva pues, antes de la Ley N°007 de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, en la práctica forense cuando el denunciado se presentaba espontáneamente, continuaba gozando de su libertad por haber demostrado una actitud de colaboración (Defensoría del Pueblo, 2016, p.16).

También corresponde realizar algunas apreciaciones respecto de lo contenido en los Arts. 226, 227 y 228, por lo menos en aquellos aspectos que son útiles a los fines de esta investigación.

La primera de las normas citadas, la aprehensión por la fiscalía, permite que el fiscal pueda ordenar esa medida cuando tenga indicios suficientes que la persona es autor o partícipe de un delito de acción pública, la pena sea igual o superior a dos años y que existan riesgos de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Estos extremos, con excepción de la pena, son los que autorizarían la detención preventiva, pero el problema radica en la autoridad que dispone la aprehensión. Por lo general, quien posee la potestad de hacerlo es el órgano jurisdiccional. De hecho, los ordenamientos disponen que el representante del Ministerio Público se presente ante el juzgador para solicitarla.

Y esa situación no se salva con la obligación que, en el plazo de 24 horas, el imputado sea puesto a disposición del juez para que determine la aplicación de una medida cautelar o decrete su libertad. A pesar de esta crítica, la propuesta legislativa mantiene esa posibilidad.

En realidad, la única posibilidad para que una persona sea detenida sin que exista una orden judicial, sería que haya sido sorprendida en flagrancia. Esta es una de las opciones que autoriza el Art. 227 para que la policía proceda a la aprehensión del imputado.

El ordenamiento también autoriza, en la previsión mencionada, a dar cumplimiento de la orden judicial, a la del fiscal y cuando se haya fugado estando legalmente detenida. Este último supuesto debería ser interpretado restrictivamente, permitiendo la actividad policial sólo cuando se fugase inmediatamente después de ser arrestada. Autorizar otra posibilidad implicaría equiparar la función jurisdiccional con la de seguridad que ejercen los agentes del orden. Esta situación ha sido reconocida en el Art. 436 del Código del Sistema Penal Boliviano.

Por último, el Art. 228 establece que ni el fiscal ni la policía podrían disponer la libertad de la persona detenida, sino que esa actividad le corresponde al juzgador.

El juego armónico de estos tres artículos da cuenta de la confusión en las actividades que tienen los distintos sujetos procesales. Por eso resulta importante aclarar las funciones que cada uno de ellos debe desarrollar en el marco del proceso penal.

Como se ha mencionado, la policía sólo podría proceder a la aprehensión de una persona, por iniciativa propia, en casos de flagrancia, pero en ningún caso podría disponer de su libertad. Al respecto conviene recordar que se trata de una institución que depende del Órgano Ejecutivo. En este contexto, tiene la obligación de intervenir frente a la comisión de un delito para lograr su cese y de allí que tenga la facultad de aprehender a una persona que está perpetrando el mismo. La naturaleza de sus funciones hace que deba poner a la persona aprehendida a disposición del fiscal y no tenga poder de decisión respecto de cómo transitará el proceso (preso o en libertad).

El fiscal, por su parte, no podría disponer la detención de una persona sino que debería solicitar al juez su detención en el entendido que es el órgano jurisdiccional, la única autoridad con capacidad para hacerlo. Ahora bien, cuando la policía le informa que se arrestó a un sujeto en flagrancia, aquel funcionario debería tomar una decisión: solicitar o no una medida cautelar. Si estima necesario hacerlo, deberá requerirla –dentro de las 24 horas– en el marco de una audiencia. Si, por el contrario, entiende que no existen riesgos procesales, supeditar la libertad a la autorización judicial implica, en la práctica, una afectación de ese derecho fundamental ya que deberá transitar más horas privada de libertad a pesar que no vaya existir un pedido concreto para cautelarla. Por ello se estima que, en estos supuestos, la autorización del fiscal sería suficiente para que el ciudadano recupere su libertad y esta decisión no entra en colisión con la función jurisdiccional.

Por último, cuando es el juez el que a pedido del acusador ordena que un ciudadano sea aprehendido, entonces debe ser él quien disponga su encierro cautelar o su libertad.

Corresponde ingresar ahora en el tema principal de este informe que es el referido a la detención preventiva. Para un análisis más claro, se realizará un estudio de las distintas normas conforme el orden en que se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Penal.

El legislador ha optado por comenzar regulando los casos en los que será improcedente la detención preventiva, antes de establecer en cuáles podría serlo. La técnica legislativa utilizada seguramente respondió a la necesidad de introducir una nueva práctica frente al uso abusivo de dicha medida cautelar, dejando en evidencia y antes de especificar los requisitos legales necesarios para su dictado, cuáles de los supuestos no será posible utilizar.

Los casos incorporados en el Art. 232 resultan lógicos pues se trata de casos de delitos de acción privada (num. 1), que no se encuentran sancionados con pena privativa de la libertad (num. 2), o cuyo máximo legal no supere los tres años. En ellos solamente se podría restringir la libertad del imputado con algunas de las medidas sustitutivas a la detención preventiva reguladas en el Art. 240.

Por otro lado, bajo un criterio de humanidad, el ordenamiento establece que para los casos de mujeres embarazadas y madres en etapa de lactancia de hijos menores de un año, se debe echar mano a otras medidas cautelares, y que sólo se podrá recurrir a la detención preventiva cuando no exista posibilidad de aplicar otra medida diferente.

En ese sentido se ha dicho que “la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo”, tomando en consideración que “el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo (Di Corleto y Monclús Masó, 2009). Asimismo, se afirmó que “el alumbramiento durante el encierro y los niveles de ansiedad y estrés, tienen directa incidencia en mayor o menor salud física y emocional del niño”. Es decir, la norma no sólo busca proteger a la mujer embarazada, sino también a la persona por nacer (Manzanares et al., 2009).

Estas mismas consideraciones resultan de aplicación para el segundo supuesto, al que hace referencia la norma (hijos menores de un año). En este sentido, se ha dicho que cuando los niños se encuentran alojados con su madre en el lugar de detención, viven, aprenden e internalizan las pautas de la institución de encierro. Además, la realidad que les toca vivir indica que ellos deben padecer los inconvenientes propios del sistema respecto de la atención médica, higiene e infraestructura, como también, ven reducidas sus posibilidades de esparcimiento (Turano, 2009, p.68).

Habría que analizar si el límite que señala la norma (niños de 1 año), es adecuado, o si conviene elevarlo. En ese sentido, no hay que perder de vista que el destinatario de la protección es el niño, que tiene un derecho a no ser separado de sus padres (9.1 CDN). Por ello, y tomando en cuenta la importancia que ese contacto tiene para su formación en los primeros años de vida, la real vigencia del interés superior del niño (3.1 CDN), determina la necesidad que se eleve ese exiguo límite que indica la norma. Así, por ejemplo, en la República Argentina se autoriza el arresto domiciliario de la madre con hijos menores de 5 años (Ley 26.472).

Ahora bien, la CIDH en el *Informe sobre el Estado de la Prisión Preventiva en las Américas* (2013), ha señalado que los Estados deberían:

“Estudiar la posibilidad de aumentar el número de las figuras delictivas respecto de las cuales no cabe la posibilidad de aplicar la prisión preventiva, y de no establecer mayores restricciones a los mecanismos y posibilidades procesales de excarcelación de los detenidos en espera de juicio. De forma tal que el empleo de esta medida sea realmente excepcional y de naturaleza cautelar” (Recomendación C.5, p. 125).

Asimismo, afirmó que:

“La prisión preventiva no deberá ser usada en casos de infracciones penales menores cuando existe una mera sospecha acerca de la responsabilidad penal del acusado, cuando exista la posibilidad de emplear otras medidas cautelares distintas para asegurar la comparecencia del acusado al juicio, por motivos de ‘alarma social’, o con base en conceptos jurídicos vagos o indeterminados, o en atención a la expectativa de la pena” (Recomendación C.12, p. 126).

Esta previsión, en términos generales, responde a este criterio esbozado por el organismo internacional. El Código del Sistema Penal establece la improcedencia de la detención preventiva en supuestos de delitos de acción privada y faltas (Art. 441).

En este punto, hay que tener en cuenta que el proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano, hace una clasificación de las conductas punibles en tres: crímenes, delitos y faltas. A su vez establece que únicamente se podrá dictar la detención preventiva en caso de crímenes y delitos de acción pública cuyo mínimo de pena privativa de libertad sea igual o superior a 3 años (Art. 438, inc. 10).

Una interpretación sistemática de las normas que regulan la materia permite concluir que la propuesta mantiene los mismos estándares que el sistema vigente.

Por otro lado, el Código del Sistema Penal vigente, establece en su Art. 233 los requisitos para el dictado de la detención preventiva.

El primero de los puntos que merece ser analizado es qué papel tiene cada uno de los actores en la discusión acerca de la imposición del encarcelamiento preventivo. Un examen de los distintos artículos deja en evidencia una contradicción acerca de las funciones de cada uno de ellos, situación que se presenta debido a que, al momento de introducir las modificaciones de la contrarreforma, no se ha efectuado un estudio detallado de todas las normas que entran en juego.

Conforme la previsión mencionada, realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado a pedido fundamentado del fiscal o de la víctima. De esta manera, la posibilidad efectiva del juzgador de privar preventivamente de la libertad a una persona está supeditada al pedido de un acusador.

En este aspecto, la CIDH (2013) ha sido clara. En el punto C.7 del Informe, hace mención que, al solicitar la prisión preventiva, el fiscal deberá acreditar la existencia de mérito sustantivo de riesgos procesales y la duración de la medida; mientras que el punto C.8 determina que la autoridad judicial deberá adoptar las decisiones en las que se ordena la aplicación de prisión preventiva a una persona luego de un análisis exhaustivo, y no meramente formal, de cada caso de acuerdo con los estándares internacionales aplicables. De esta manera, divide expresamente las funciones requirentes de las decisorias.

El proyecto de Código del Sistema Penal prescribe que el juez no podrá imponer una medida cautelar de oficio (Art. 435). Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Existe otro aspecto interesante para estudiar con relación a ese punto: la posibilidad que la víctima solicite esa medida cautelar. Si bien su incorporación puede generar algún tipo de rechazo, máxime cuando no requiere que se haya constituido en querellante, lo cierto es que esta situación responde al reconocimiento de su derecho a participar en el proceso y a que su opinión sea oída. De esta manera, aun cuando sería preferible que para esos fines se constituya como acusador particular, se está dando contenido a los derechos fundamentales asignados al ofendido (acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva).

Esta circunstancia determina que cada actor ocupe el lugar que le corresponde en el proceso y no existe posibilidad de subrogarse en sus lugares. Al tener que solicitar una medida cautelar, es necesario que el acusador funde adecuadamente su pedido, aportando aquellos elementos que permitan sostener un peligro para el proceso. Esta información será controlada y contradicha por la defensa y el juzgador decidirá, a la luz de la discusión, que se produzca en el marco de la audiencia oral, tal como fuera expuesto precedentemente (Martínez y Valle, 2016).

Entre los requisitos que la norma determina que el fiscal (o la víctima), debe acreditar al solicitar la medida cautelar, es la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible. Esto es, como ya se ha dicho, el presupuesto material o la verosimilitud en el derecho.

En el marco de los sistemas reformados, en la audiencia oral, el acusador al momento de formular la imputación, debe realizar un relato pormenorizado y circunstanciado del hecho y especificar qué papel habría cumplido el imputado.

Por otro lado, deberá demostrar que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad. A esta segunda condición el proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano agrega que se deberá demostrar que esa medida resulta indispensable para evitar esos peligros (Art. 440 inc. 3). En este punto, el ordenamiento deja claro que los riesgos no se presumen sino que deben estar fundados en prueba efectiva y la redacción propuesta no hace más que reafirmarlo.

La vigencia del principio de inocencia restringe la imposición del encarcelamiento cautelar sobre la base de presunciones (Díaz, 2005), sino la exigencia quedaría vacía de contenido (Bovino, 1997). De esta manera, los jueces sólo podrán disponer cuando se hayan comprobado razones suficientes para justificar la presunción contraria al principio de permanencia en libertad (Ledesma, 2005). Esto significa que el fiscal debe demostrar, objetiva y fehacientemente, la existencia de riesgos procesales para que los jueces lo impongan. Sin embargo, la práctica da cuenta que, como la decisión está fundada en actos previos en los que construyó un estado de sospecha, se trata de un principio de inocencia aparente (González, 2013).

Esta es la posición que ha sostenido el Tribunal Constitucional Plurinacional al señalar que:

“(…)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 a la garantía de la presunción de inocencia, habida cuenta que la imputación formal no constituye base para determinar la culpabilidad o la inocencia del sujeto; por lo tanto, a más que la aplicación de medidas cautelares de carácter personal surja de la acreditación de una presunta participación o autoría, dicho concepto (probable autoría o participación), debe emerger de una valoración armónica e integral de elementos de juicio que sean objetivos y concretos, y no 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” (SCP 0795/2014 del 25 de abril de 2014).

El relevamiento efectuado deja en evidencia, como se verá en el próximo capítulo, que en la práctica y a pesar de la claridad de la norma, los fiscales fundan sus solicitudes en presunciones y debe ser la defensa la que acredite que el imputado no se fugará o entorpecerá la investigación.

Hay una circunstancia que no puede ser obviada a esta altura del análisis respecto de los requisitos de procedencia de la detención preventiva y es la referida a la Ley N°248 de Violencia contra la Mujer, del 09 de marzo de 2013. En ese sentido, el Art. 86 inc. 13 establece que, una vez presentada la denuncia, la autoridad judicial dictará inmediatamente las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Penal, privilegiando la protección y seguridad de la mujer durante la investigación, hasta la realización de la acusación formal.

Si bien la norma no hace referencia exclusivamente a la prisión cautelar, sino a las medidas en general, lo cierto es que este tipo de decisiones legislativas (con un claro fin tuitivo que no puede ser desconocido), invierten la regla ya que no impone una cautela porque se tienen fundamentos para ello, sino que la aplica para ver si los consigue. Por ello, una lectura que pueda sopesar los intereses en juego determinaría que esa norma será aplicada en esas condiciones cuando la injerencia sea menor e importe una prohibición de acercamiento, de comunicarse con determinadas personas o de concurrir a ciertos lugares, pero no podría serlo cuando lo que se pretende es el encarcelamiento.

Como los ordenamientos modernos, el Código de Procedimiento Penal trae pautas orientadoras para determinar cuando existe peligro de fuga (Art. 234) y cuando existe riesgo para la investigación (Art. 235). Es en este punto donde aquellas advertencias mencionadas en el apartado 2 de este capítulo se hacen realidad. Por ese motivo, se analizarán por separado aquellas que responden a criterios procesalistas de aquellos que, en realidad, son netamente sustantivistas.

El ordenamiento señala que por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener legítimamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia. Nuevamente, el legislador ha determinado que ese riesgo no se presume, sino que deben existir elementos para poder entender que el imputado no se presentará cuando sea llamado.

Tal como se señalará, las distintas contrarreformas que se han dado en los últimos años permitieron el ingreso de elementos que no responden a una lógica de medida cautelar, sino que son de carácter sustantivo. Los primeros cuatro numerales contienen aquellos supuestos que, por lo general, se han regulado en los ordenamientos procesales; incluso, en su informe, la CIDH (2013), propone como recomendaciones para los Estados.

Hay que reconocer en este momento y antes de comenzar, que en el mismo informe también se autorizan ciertos criterios sustantivistas (tipo de delito y severidad de la pena), como justificantes del peligro de fuga.

La norma, por su parte, determina que para decidir acerca de su concurrencia, se realizará una evaluación integral de las circunstancias existentes, y establece una serie de pautas que deberán ser tomadas en cuenta especialmente. Su redacción original llevó a que los operadores la interpretaran como una lista cerrada de posibilidades y por ello la reforma operada buscó, como se verá, dejar abierta la lista de posibilidades (Lorenzo, 2008).

Esta opinión no sólo la brindaban los operadores del sistema, sino también algunos organismos públicos. En este sentido, la Defensoría del Pueblo (2016), sostenía que se trataba de una norma cerrada que daba muy poca apertura a la interpretación. Esta posición resulta equivocada como se irá viendo.

Pues bien, en primer lugar, y descrita de manera negativa, el ordenamiento hace mención a que se podrá valorar como riesgo de fuga la situación que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, familia, negocios o trabajos en el país. Esto es lo que, en algunos países, se denomina “arraigo” en la comunidad. Es decir, en su sentido corriente, el relativo al establecimiento permanente de una persona en un lugar vinculándose a personas y cosas.

Conviene hacer aquí una pequeña aclaración teniendo en cuenta algunas de las prácticas que se observaron en las audiencias. El artículo analizado no establece que la defensa deba acreditar cada una de las circunstancias mencionadas sino, antes bien, se trata de un análisis global –y no taxativo– que permita concluir que la persona tiene incentivos que permiten sostener que no se fugará. La norma señala la evaluación integral de aquéllas. De esta manera, por ejemplo, el hecho que se trate de una persona sin familia no es un elemento que se deba valorar en contra del imputado.

Asimismo, en el segundo de los incisos, el código señala que también deberá considerar las facilidades que tenga el imputado para abandonar el país o permanecer oculto. Al respecto, es importante tomar en consideración que circunstancias tales como tener un medio de transporte aéreo o algún domicilio en el extranjero no sería suficiente, por sí solo, para ordenar la detención preventiva del imputado. Es necesario que se justifique, expresamente, por qué se estima que eludirá el accionar de la justicia.

Resulta más fácil fundamentar el tercero de los numerales que establece que también servirá como presupuesto para justificar el riesgo de elusión, la evidencia que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga. Sin embargo, será necesario que se pongan en evidencia elementos concretos de tal situación.

A su vez, también determina que se podrá tomar como pauta para completar el riesgo de fuga, el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse a él. El examen de este inciso debe dividirse en dos. Cuando el imputado ha sido declarado rebelde en el proceso en el que está siendo investigado, ese es un indicio importante en su contra. Sin embargo, una vez que la persona fue hallada, es necesario que sea escuchada antes que se dicte su detención preventiva, a fin de que pueda explicar las razones por las que no se presentó cuando fue citado.

Ahora bien, no parece responder a la misma lógica la posibilidad de fundamentar ese peligro con base en lo que hubiera hecho el imputado en un proceso anterior. Nada dice, respecto del caso actual, lo que hubiese hecho en otro momento. La actitud tomada en el pasado pudo haber respondido a innumerables razones que no necesariamente tienen una correspondencia en el asunto que se está tramitando.

Hasta aquí se han desarrollado los fundamentos de las circunstancias que responden a criterios procesalistas. Corresponde interiorizarse en el estudio de aquellos elementos sustantivistas que se utilizarán para dar contenido al peligro de fuga.

La norma procesal reconoce la posibilidad de completar la posibilidad de fuga sobre la base de la actitud que el imputado adopta voluntariamente, respecto a la importancia del daño resarcible. En este punto, se ata la libertad del imputado a la capacidad económica que pueda tener, de modo tal que esta previsión parece estar en contradicción con la del Art. 221.

La exigencia legal colisiona, a su vez, con el principio de inocencia. Por este motivo, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la sentencia 0056/2014 del 3 de enero de 2014, declaró la inconstitucionalidad de ese supuesto legal, sosteniendo que:

“Analizando la norma citada, se extrae que ella induce aludiendo a la voluntad –utilizar el término “voluntariamente”– a que la persona imputada tenga que necesariamente asumir una actitud por

adelantado respecto a un supuesto daño causado por la presunta comisión del delito acusado, 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 (...).”

Asimismo, agregó que:

“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”.

Claramente de corte sustantivista es la regulación del numeral 6 que establece que el haber sido imputado por la comisión de otro hecho delictivo doloso o haber recibido condena privativa de libertad, en primera instancia, es un elemento suficiente para poder justificar un riesgo procesal que autorice la detención preventiva. En la misma línea se inscribe el numeral 8 cuando expresa que la existencia de actividad delictiva reiterada o anterior, también es útil a tales fines. Aquí se puede separar tres situaciones distintas.

La primera de ellas se refiere a la existencia de una imputación anterior por un delito doloso. Es decir, la persona a la que se le quiere dictar una medida cautelar ya ha estado sometida a otro proceso penal, pero no pesa sobre ella una condena. En este punto, la posibilidad de privar preventivamente de la libertad a un sujeto en esas condiciones, deja en evidencia que ese encierro no sólo no responde a la naturaleza cautelar del instituto, sino que además pone en jaque el principio de inocencia desde el momento en que se quiere hacer valer una situación distinta y sobre la que no se ha determinado su culpabilidad (incluso pudo ser absuelto) a tales fines. Esto significa que se estaría determinando el peligro de fuga con base en una conducta que aún no ha sido acreditada (INECIP, 2012), debido a que no se ha llevado a cabo el juicio oral.

Este mismo tipo de ideas han sido tomadas por otros códigos de la región, v.gr. el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley 27.063), cuando autoriza la prisión preventiva por riesgo de fuga sobre la base de detenciones previas. En esta dirección se ha dicho que:

“Piénsese en el caso de una detención previa en la que la persona haya resultado sobreesaída –lamentablemente, es muy común en la práctica policial el detener reiteradas veces a las mismas personas, con las que tienen cierta animosidad. Sería arbitrario que eso se tome en consideración. Pero más allá que la detención anterior haya sido legítima o no, lo que se pone en tela de juicio es que en ningún caso tiene incidencia con el procedimiento actual. Es, sin lugar a dudas, una construcción muy forzada. Nuevamente, estaríamos frente a un criterio peligrorista, que se encuentra vedado por estándares constitucionales e internacionales. Por eso es que no nos queda más que pensar que se trata de incurrir en un derecho penal de autor, soslayando, en clara violación a los derechos fundamentales del imputado, que nuestro derecho se funda, por el contrario, en un derecho penal de acto” (Martínez y Valle, 2016, p.299).

La segunda de las situaciones hace referencia a la existencia de una condena no firme. Aquí nuevamente hay que desdoblarse el análisis. Si la sentencia es dictada en el marco del mismo proceso en el que se solicita la

prisión preventiva, es posible justificarla desde uno de los requisitos para el dictado de una medida cautelar. Se entiende que al haberse encontrado culpable al imputado, el grado de verosimilitud del derecho ha crecido y, por lo tanto, éste sería un elemento que debería ser tomado en cuenta. Ahora bien, si aquella es dictada en el marco de otro caso, existiría una doble valoración de ese acto (primero para lograr la condena y luego para conseguir la detención preventiva), situación que resulta inadmisibles en el marco de un Estado de Derecho.

La tercera situación está referida a la existencia de actividad delictiva reiterada o anterior. En este punto la legislación no es clara. Si uno se remite únicamente a que se puede hablar de actividad delictiva reiterada una vez que exista una condena que así lo establezca, nos estaríamos refiriendo exclusivamente a reiterantes o reincidentes.

No se debe perder de vista que, más adelante, el ordenamiento establece que existe un peligro de reincidencia, de modo tal que sería contradictorio regular la misma situación bajo dos supuestos distintos. Si la interpretación de la norma debe entenderse como que el imputado tuvo procesos anteriores que no necesariamente requieren condena, aunque puedan tenerla, la situación quedaría abarcada en los supuestos anteriores, de modo tal que también es innecesaria.

De cualquier manera, sea cual fuere el alcance que se le quiera dar, este tampoco sería un criterio válido para el dictado de esa medida cautelar ya que se trata de cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado y la situación actual y concreta del caso. En consecuencia, tenerlas en consideración no es otra cosa que controvertir, nuevamente, la prohibición de doble valoración.

Como efecto, las tres circunstancias enunciadas no resultan aptas para asumir que eludiré el accionar de la justicia en caso de ser liberado. “Ello así, habida cuenta que no evidencian la existencia de un riesgo procesal, sino que pretenden ‘utilizar al proceso penal, y más precisamente al encarcelamiento preventivo, como un medio de control social a fin de evitar o neutralizar la eventual actividad delictiva del imputado si es liberado’, cuestión que debe resultar ajena al instituto de la prisión. Además, conviene recordar que ya los organismos internacionales encargados de interpretar la CADH han descartado la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como ‘la peligrosidad del imputado’, ‘el peligro de reincidencia’ o ‘gravedad del delito’ ” (Martínez y Valle, 2016, p.300).

En definitiva, “(...) parece claro que aquellas disposiciones que se exceden de las causales que se ha definido como cautelares (peligro de fuga y para la investigación), pareciera que no se acomodan a los mandatos constitucionales en la materia, que entre otras imposiciones requiere que la ‘presunción de inocencia’ sea entendida también como presunción de ‘no peligrosidad’, por lo que confrontaría con el mandato supra legal aplicar prisiones preventivas con el objetivo de ‘neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva, posibilidad que es fundamento de las medidas de seguridad (...)” (Duce et.al., 2008).

Algunas de estas críticas que se han efectuado en los párrafos anteriores también se aplican al supuesto del numeral 7, que determina el peligro de fuga para los casos en los que se aplicó una salida alternativa por un delito doloso. En este supuesto, lo que encubre esta posibilidad es que, como el imputado no ha “escarmentado” y ha vuelto al sistema judicial, debe transitar el proceso privado de su libertad. Aquí nuevamente se pone en crisis el principio de inocencia, el encierro cautelar se justifica en la existencia de una salida que apunta a solucionar el conflicto social existente en el marco de otro caso.

Menos sentido se encuentra en que el riesgo de fuga se pueda acreditar por el hecho de pertenecer a asociaciones delictivas u organizaciones criminales. Se trata de un criterio peligrosista, el hecho de pertenecer a alguno de estos grupos no es un elemento determinante para sostener que el imputado eludiré el accionar de la justicia. No existe, en principio, un punto de unión entre esos dos extremos. El Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la inconstitucionalidad de esa norma en la sentencia 0056/2014 ya citada al señalar que:

“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 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 o autora de un delito, en este 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 del Sistema 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 (...)”.

Otra pauta sustantivista se encuentra en el numeral 10 cuando establece que se podrá entender que el imputado intentará fugarse cuando exista peligro efectivo para la sociedad o para la víctima o el denunciante.

Esta causal, declarada constitucionalmente válida en la ya citada Sentencia 0056/2014, despierta distintas reflexiones. La primera de ellas proviene de las prácticas ya que se pudo observar, al hacer el relevamiento de audiencias, que los fiscales justificaban este extremo con base en el propio hecho objeto del proceso. Esta interpretación no se condice con lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional sostuvo para –de manera equivocada– desechar el pedido de inconstitucionalidad de esa norma en cuanto a que “(...) 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 les sindicaba como culpables del ilícito concreto que se juzga, ni provoca que en la tramitación del proceso sean culpables del presunto delito cometido”.

Asimismo, en ciertas ocasiones esta previsión y la anterior han sido interpretadas de manera conjunta para darle un contenido más concreto. Sin embargo, es necesario afirmar que criterios como “peligros para la sociedad” o “peligros para la víctima” para limitar la libertad de las personas son, en realidad, una nueva forma de aludir a lo que antes se conocía como “alarma social”, “repercusión social” o “peligrosidad del imputado”, y que se encuentran abandonados desde el momento en que resultan violatorios del principio de inocencia. Este tipo de presupuestos tuvieron su origen durante el régimen nacional socialista en Alemania (Peters, 1966, p.354).

Se ha señalado que, tanto la causal de alarma social como la reiteración de la conducta delictiva, sobre la que se realizarán algunas apreciaciones más adelante, no responden a la idea de resguardar el éxito del proceso penal. Esto es, asegurar su ocurrencia y una respuesta de calidad por parte del sistema.

“Cuando se justifica la prisión preventiva por la alarma social, realmente no existe un peligro para el desarrollo de la actividad investigativa o el juzgamiento por el Órgano Judicial. Más bien esta causal atiende a la legitimidad del sistema frente a los ojos de la ciudadanía y tiene una directa relación con el fenómeno de la seguridad ciudadana, que en todo el continente ha introducido mayores demandas de seguridad y dureza contra la delincuencia, pero no garantiza de forma alguna el desarrollo del juicio oral. La reiteración de la conducta criminal también se acerca a los postulados de la seguridad ciudadana, mas no tiene utilidad alguna que se relacione con el desarrollo exitoso del proceso penal” (Duce et al., 2008, p.31).

En este sentido, el Informe de la CIDH (2013) señaló que:

“La Comisión Interamericana entiende que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención, prevé como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial (...).

Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho. No sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva” (párrafo 144).

En consonancia con lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha afirmado que el Art. 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), exige que la privación de libertad del individuo –y el mecanismo para llevarla a cabo– estén previstos legalmente y que ésta no se realice de manera arbitraria. Esto último exige que la finalidad del encierro cautelar sea compatible con la CADH, lo que se traduce en que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que 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.

En este sentido, la Corte IDH ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto (Caso Norín Catrیمان vs. Chile, sentencia del 29 de mayo de 2014).

De esta manera, este tipo de criterios no pueden prosperar y resulta necesario neutralizar estas circunstancias al momento de litigar la imposición de esa injerencia.

Esta larga lista de supuestos que serán útiles a los fines de acreditar el peligro procesal termina, como se adelantó, con una cláusula general que determina que también podrá utilizarse a tales fines cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener legalmente que el imputado se encuentra en riesgo de fuga.

Esta situación, según la Defensoría del Pueblo (2016), es tan amplia que ningún operador de justicia podría interpretarlo con meridiana uniformidad. La discusión que presenta este organismo, como se indicó, se refiere a la interpretación que cabe asignarle a la previsión (taxativa o enunciativa).

Otra de las condiciones para autorizar el encarcelamiento cautelar desde una óptica procesalista es el peligro de obstaculización que se encuentra regulado en el artículo 235 que es definido como toda circunstancia que permita sostener, fundamentalmente, que el imputado con su comportamiento entorpecerá la averiguación de la verdad.

Antes de analizar qué hipótesis permitirían concluir en la existencia de ese riesgo, es necesario resaltar que existe una corriente que sostiene que no es posible decretar la detención preventiva de un sujeto con base en esta circunstancia.

Tanto Bovino (1997), como Binder (1999), entienden que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar esa posible acción del imputado, de modo tal que es difícil de creer que la persona perseguida penalmente pueda producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato.

Este poder, que se pone en manos de la organización estatal, desequilibra la igualdad que debe primar entre las partes. Por ello, “(...) si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad”.

Hecha esta advertencia, comencemos con el estudio concreto de las causales previstas. En este caso, ella responde a criterios procesalistas ya que toma en cuenta que el imputado altere elementos de prueba (num. 1), influya

negativamente en coimputados, testigos o peritos para que informen falsamente, o se comporten de manera reticente (num. 2), que influya ilegítimamente en jueces, fiscales o empleados del sistema de justicia (num. 3), o que induzca a otros a realizarlos (num. 4). Al igual que en el caso de peligro de fuga, la enunciación termina con una previsión genérica respecto a cualquier otra circunstancia debidamente acreditada que permita sostener, fundadamente, que la persona perseguida penalmente obstaculizará el descubrimiento de la verdad.

La mayor dificultad que presenta este supuesto es la forma en la que se construye: ¿Qué elementos se necesitan para probar que el imputado, por ejemplo, amenazó a los testigos? Es necesario conseguir una sentencia condenatoria por el delito de amenazas?, ¿Será suficiente con una denuncia penal?

Si las circunstancias deben estar debidamente acreditadas, como lo requiere la propia norma, entonces pareciera que debe existir cierto grado de certeza acerca de esos extremos. Lo cierto es que, en muchos casos, se presume este riesgo; circunstancia que, como se dijo, es inadmisibles en el marco de un Estado de Derecho.

El grave proceso de contrarreforma sufrido en Bolivia llevó a que se incorporara un nuevo “riesgo procesal”: peligro de reincidencia. El Art. 235 bis determina que también se podrán aplicar medidas cautelares, incluida la detención preventiva, cuando el imputado haya sido condenado en Bolivia o en el extranjero por sentencia ejecutoriada, si no hubieran transcurrido desde el cumplimiento de la condena un plazo de cinco años.

La lectura de la norma da cuenta que esta previsión, no responde a la idea de garantizar los fines del proceso. Por el contrario, como se observa a simple vista, se basa en el reproche que se le hace al imputado por haber sido sentenciado con anterioridad. “Si bien el peligro de reincidencia no tiene fines procesales propiamente dichos, sino más bien un fin de prevención, se consideró importante incluir un nuevo artículo con este contenido (...) a fin de cumplir con un reclamo que venía creciendo desde la sociedad, luego de casi tres años de la entrada en vigencia del régimen cautelar” (Lorenzo, 2008, p.129).

Esta incorporación de corte netamente sustantivista, introduce una presunción *iure et de iure* que facilita la tarea del acusador y deja a la defensa sin poder argumentar absolutamente nada. De esta manera, ante la presencia del indicador, no se admite prueba en contrario y se aplica en forma automática la detención preventiva (existe la reincidencia = corresponde la detención preventiva). De este modo, cabría preguntarse si “¿esa presunción no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia?” (Pastor, 1993, p. 55 y 56).

Por último, para terminar de descalificar ese peligro, en el citado Informe de la Comisión IDH, se deja en evidencia la imposibilidad de establecer un supuesto, como el que se está estudiando, en razón a que en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia.

No puede dejar de señalarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha reconocido, contradiciendo lo hasta aquí señalado, que la detención preventiva pueda dictarse por el peligro de reincidencia, aunque indicó que el único medio probatorio válido a tales extremos es la sentencia condenatoria o el certificado de antecedentes (SCP 0795/2014). Este tipo de decisiones jurisdiccionales son las que dejan en evidencia aquella advertencia de Pastor (1993) y otorgan un carácter punitivo a la máxima injerencia regulada en el ordenamiento.

Hay una última apreciación que realizar respecto a los peligros procesales. El proyecto del Código del Sistema Penal Boliviano establece, específicamente, que sólo se podrá privar de libertad a una persona cuando exista riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. No obstante, no regula un listado de circunstancias en las que se podría interpretar tales extremos.

Si bien la práctica ha dejado en evidencia ciertas falencias en la interpretación de ellas, una capacitación bien dirigida y monitoreada puede lograr que se modifique la situación imperante y que aquellas se tomen como pautas orientadoras. La ausencia de esta disposición puede generar que la construcción de los riesgos se realice con base en situaciones de cualquier tipo; lo que generaría el fracaso del nuevo estándar que se quiere conseguir.

El ordenamiento procesal no trae ninguna referencia sobre cómo se llevará adelante la audiencia de prisión cautelar, sino que directamente se refiere a la resolución que tome el juez (Art. 235) y su forma (Art. 236). Esta omisión, sin lugar a dudas, ha tenido repercusión en la manera en la que se desarrolla el acto que termina con la decisión acerca de si el imputado transitará el proceso en libertad o si, por el contrario, será privado de ella.

La ausencia de un mecanismo ha llevado a que, como se observó en el relevamiento, exista una confusión de roles y no quedaran claramente establecidos los distintos momentos de la audiencia, ni qué debían hacer los distintos actores en cada uno de ellos. Esta circunstancia determinó que se teatralizara lo que antes se desarrollaba por escrito en la causa, como se desarrollará en el próximo capítulo.

Por ello, resulta importante efectuar, para fines de este estudio, una breve descripción acerca del mecanismo que debería utilizarse. En este punto corresponde reafirmar, en consonancia con las recomendaciones de la Comisión IDH, que el requerimiento de una medida de coerción se formulará y decidirá en audiencia. Esto permitirá que las partes puedan presentar ante el juez sus posiciones, la información que les permita sostenerlas, y que el juzgador tome la decisión en ese mismo momento con todos los elementos aportados.

La audiencia tendría que comenzar con el relato del fiscal acerca del mérito sustantivo que el caso tiene; esto es, la acusación concreta al imputado (lo que algunos modelos han llamado *formalización de la investigación*). De tal forma, se circunscribirá el suceso histórico que se le reprocha para que pueda comenzar a ejercer su defensa material y formal.

“Frente a la hipótesis acusatoria acerca de la verosimilitud de la responsabilidad del imputado en un hecho punible, éste debe tener la oportunidad de brindar una visión distinta y probarla” (Pastor, 2006, p. 141). Esto implica, a su vez, que el fiscal cuenta con indicios vehementes de la perpetración del delito (Alliaud, 2016).

Posteriormente, el segundo momento de esta audiencia sería específicamente para determinar que existe peligro en la demora. Por ello, el fiscal debe presentar aquellas probanzas referidas a que la libertad del imputado pone en riesgo los fines del proceso. Es en esa oportunidad que el acusador público debe explicar por qué razón solicita el encarcelamiento procesal del imputado, por qué las demás medidas de coerción no resultan suficientes para contrarrestar los peligros, dónde será alojado y cuál será la extensión de esa medida.

Allí se produce el enfrentamiento dialéctico con la defensa que puede refutar los distintos argumentos. Es importante que la asistencia letrada no tenga un discurso contradictorio. “Sería totalmente incoherente una defensa que concurre a la audiencia negando la existencia del peligro procesal, para luego solicitar una medida sustitutiva a la detención preventiva. Y esto resulta una cuestión fundamental que los litigantes, desde la defensa, deben tener claramente establecida: siempre que el defensor solicite la aplicación de una medida sustitutiva, está asumiendo la existencia de un riesgo procesal y discutiendo su proporcionalidad” (Lorenzo, 2014, p. 69).

Finalmente, terminado el debate entre las partes, es el juez quien resuelve personalmente la controversia dando los argumentos acerca de la procedencia o improcedencia de la medida.

La oralidad, aplicada correctamente, demuestra que los criterios sustancialistas no tienen –o no deberían tener– ninguna cabida, pues la argumentación del fiscal respecto a que existe peligro de fuga por el monto de pena, el delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un ar-

gumento sólido; dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada (Martínez, 2015, p. 316).

Pues bien, este desatino que se observa en la legislación vigente quiere ser subsanado en el proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano cuando se regula específicamente un procedimiento en el Art. 442. Se aclara la necesidad que se lleve adelante una audiencia oral dentro de las 24 horas, si la persona se encuentra detenida, y dentro de las 72 horas cuando lo soliciten el fiscal o el querellante.

Asimismo, la propuesta determina que, en ese marco, se fundamenten con claridad y suficiencia los motivos en los que sustentan su petición y, cuando solicite la prisión preventiva, el fiscal deberá además especificar el plazo de duración de la medida (también deberá hacerlo el querellante), y el plazo requerido para la conclusión de la investigación preparatoria.

Evidentemente, en la elaboración de este proyecto se han tomado en consideración las prácticas equivocadas que se están produciendo en la actualidad y se han previsto correctivos, pues la norma determina específicamente que la carga de la prueba corresponderá al fiscal o a la víctima (el imputado nunca tendrá la obligación de desvirtuar los riesgos) –y que no se podrán utilizar presunciones de fuga ni de obstaculización en la fundamentación de la decisión. Estos son dos problemas que ya se han analizado, y sobre los que se volverá en el capítulo siguiente, pero sin lugar a dudas esta decisión ha tomado los distintos relevamientos que muestran las principales falencias del sistema.

A raíz de otra de las prácticas que se pudieron observar, el proyecto establece una sanción para el caso de ausencias de las partes. En el caso que se trate del fiscal o el querellante, la propuesta legislativa regula que ese accionar implique la renuncia a su solicitud y la imposibilidad de no volver a plantearla en otra oportunidad. En el supuesto en el que sea el imputado quien, de manera injustificada, no se presente, corresponderá un mandamiento de aprehensión a la solicitud del acusador. Cuando el que falte sea el abogado de la defensa, se nombrará un defensor público y la audiencia seguirá su curso.

Las consecuencias que la propuesta trae parecen tener cierta lógica frente a la cantidad de audiencias que se suspenden constantemente. No obstante, habría que ser sumamente cuidadoso en la referida al imputado. En este sentido, no es menor la situación denunciada por la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia. En el Informe sobre “Presos sin condena” (2016, p.8) se indica que “(...) la desesperación de los internos preventivos, primero por su seguridad y contar con un espacio dónde dormir y, con el paso de los días, obtener su libertad (provisional), los compele a realizar una serie de pagos: desde su traslado a las audiencias para la cesación de la detención o el pago a los fiscales y jueces para que fijen la fecha de la audiencia (...)”. En este contexto, debe considerarse su ausencia a ese acto procesal justificada por lo menos cuando se encuentra detenido.

Una vez que se ha explicado de qué manera se debería desarrollar la audiencia en la que se discute la medida cautelar, corresponde analizar las normas que se refieren a la decisión judicial.

El Art. 235 ter del ordenamiento procesal determina que el juzgador, atendiendo los argumentos y valorando los elementos probatorios ofrecidos por las partes, resolverá acerca de la procedencia o improcedencia de la medida. Asimismo, el juez tiene la potestad de aplicar una menos gravosa que la solicitada (num. 3), o una más grave, incluida la detención preventiva (num. 4).

A lo largo de este capítulo se ha argumentado acerca de la imposibilidad de los jueces de aplicar medidas cautelares de oficio. Esta imposibilidad tiene su fundamento, por un lado, en la necesidad de garantizar la imparcialidad de quien debe decidir. Esto es, “(...) la condición de tercero desinteresado del juzgador, es decir, de no ser parte ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusado ni del acusador o de la víctima, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con éstos (es el “tercero en discordia”).

Hasta el momento de elaborar la sentencia (...), se manifestará en la actitud de mantener durante todo el proceso, la misma neutralidad respecto de la hipótesis acusatoria que en relación a la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna). O sea que el juez será imparcial cuando tenga ecuanimidad (imparcialidad de juicio), cuando sea indiferente (no determinado por sí a una cosa más que a otra), neutral (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni de otro)” (Cafferata, 2008, p.37 y 38).

A su vez, los sistemas en los que se dicta de oficio también, se ponen en jaque el derecho de defensa pues es a través del principio de contradicción que se circunscribe el objeto a resolver y los elementos que respaldan las distintas posturas. En concreto, genera que la parte que requirió la medida cautelar deba demostrar cada uno de los elementos exigidos, y la defensa refute ese abordaje o proponga un examen diferente del caso.

En definitiva, esta prohibición, “(...) a la par de una manifestación radical del principio acusatorio, implica la formulación más extrema del principio de jurisdiccionalidad en materia de medidas de coerción, que supone que la imponga un juez que sólo actúa a petición de parte y que además, no está comprometido con el éxito de la investigación, no teniendo a cargo la dirección de la pesquisa” (Solimine, 2015, p.175)

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para señalar que la norma del inciso 4, claramente colisiona con los derechos y garantías de los ciudadanos. Ahora bien, ¿puede decirse lo mismo de la cláusula del numeral 3? ¿No se ponen en jaque los mismos derechos si el acusador requiere la detención preventiva y el juez impone una medida distinta?

Sin lugar a dudas, en este ejemplo la afectación de derechos es menor, pero podrían ocurrir situaciones en las que, por ejemplo, el juez imponga una fianza económica y el imputado no cuente con medios para afrontarla. Si ese extremo no fue debatido, ¿cómo hace la defensa para contradecirlo? ¿Es la impugnación de esa decisión la solución al problema?

Otra situación sobre la que corresponde reflexionar, en torno a las cuestiones en trámite, se refiere a la auto contradicción de la norma. En el párrafo general claramente se enuncia que el juez resolverá la cuestión atendiendo los argumentos y valorando los elementos probatorios ofrecidos por el acusador para luego sostener, en los incisos 3 y 4, que están autorizados a dictarlas de oficio. Por la forma en que quedó redactada, la previsión resulta lógicamente equivocada desde el momento en que se afirma y se niega un mismo elemento. Esta situación deja al arbitrio del operador la interpretación que quiera darle, lo que termina conspirando contra el propio perseguido penalmente.

El ordenamiento procesal también dispone circunstancias en las que la detención preventiva debe cesar. El Art. 239 regula en su primer numeral que, cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron, sea sustituida por otra medida. En este punto se está reafirmando el carácter cautelar del encarcelamiento pues, si los peligros procesales se encuentran neutralizados, ya no será necesario mantenerlo. Incluso autoriza a que, si es posible resguardarlos de una manera diferente, entonces podrá ser sustituido por otra medida menos gravosa para el imputado.

En la redacción original, el segundo inciso de la norma determinaba, con base en el principio de proporcionalidad, que el encarcelamiento preventivo cesará cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga. El parámetro utilizado por el legislador tiene su correlato en lo que la Comisión IDH (2007), sostuvo años más tarde, en el caso “Peirano Basso vs. Uruguay” del 14 de mayo de 2007. En dicha ocasión, el organismo interamericano expresó que:

“Al realizar el pronóstico de pena para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de

inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio. La consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso” (Comisión IDH, 2007, p.91)

Ahora bien, la reforma legislativa estableció que cesará cuando exceda el mínimo legal del delito más grave que se juzga. Si bien la reformulación parece menor, no se debe perder de vista que, en el Informe citado, se dio un paso más allá al considerar que “(...) como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración ‘en abstracto’ de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del “mínimo” legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia, y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial”. De esta manera, esa transformación no se encontraba adecuada a los postulados del organismo.

El tercero de los supuestos de cese de la prisión cautelar también sufrió distintos cambios. Originalmente, la ley estableció que se produciría cuando su duración exceda de 12 meses sin que se haya dictado sentencia, o de 24 meses sin que ésta hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada. La redacción intermedia, claramente más gravosa que la primera, previó que se produciría cuando excediera de 18 meses sin que se haya formulado acusación, y 36 meses sin que se haya dictado sentencia.

De esta manera, si bien el cese seguía atado al plazo del proceso, se habían relajado sustancialmente. La Ley de Descongestión volvió a reducir los términos y si bien no retornó a la versión primigenia, disminuyó a 12 meses para el caso de la acusación y a 24 para el dictado de la sentencia. Para este último supuesto, sin embargo, estableció ciertas excepciones en casos de delitos graves (delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente e infanticidio).

El proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano, por su parte, reduce esos tiempos a 9 meses para el caso de la formulación de la acusación y a 15 meses para el supuesto de dictado de la sentencia.

Con un claro criterio de humanidad, la norma establece un cuarto numeral para supuestos en que la persona padezca una enfermedad terminal. No obstante, es necesario señalar que este tipo de regulaciones puede generar ciertos conflictos de interpretación respecto a qué se entiende por “estado terminal” y quién es el encargado de acreditar ese término.

La redacción vigente presenta dos mecanismos diferentes para que se decrete el cese de la medida. En los casos de los numerales 1 y 4 se establece que el juez deberá citar a una audiencia para su resolución en un plazo máximo de 5 días. Es decir, establece un mecanismo similar al regulado para su imposición que sigue los presupuestos de los sistemas acusatorios-adversariales.

Para los supuestos de los apartados 2 y 3, el código determina un sistema de vistas por escrito para que las partes opinen dentro del plazo de tres días y el juez resolverá, aun cuando las partes hayan guardado silencio, sin necesidad de una audiencia dentro de los cinco días.

Esta elección del legislador rompe con la lógica del sistema y con la importancia de la oralidad para el control de la detención preventiva.

Asimismo, debe resaltarse que, en esos casos, podrá decretar el cese del encarcelamiento siempre que la demora no haya sido atribuible a actos dilatorios del imputado. Ahora bien, ¿cuándo se considera que el imputado ha realizado maniobras dilatorias? Este es un punto muy sensible porque muchas veces los operadores de justicia consideran que el imputado actúa de esa manera proponiendo pruebas o agotando la vía recursiva, cuando en realidad lo que está ejerciendo es un derecho que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos le concede para hacer frente al proceso.

Para los tres últimos supuestos, la norma procesal autoriza a los jueces, sin hacer mención alguna a que exista un pedido de acusador, a imponer alguna de las medidas sustitutivas reguladas en el Art. 240. Entonces, ¿puede el juez subrogarse en el papel del acusador e imponer de oficio una sustitutiva?

De esta manera, desde la óptica de la defensa, nos encontramos con la imposibilidad real de discutir cuál de ellas se deberá aplicar al caso. Como se observa, nuevamente la norma genera una confusión de las tareas que el juzgador y el acusador tienen en el marco del proceso. En este punto, sin embargo, un trabajo de capacitación y concientización puede generar que se produzca un contradictorio sobre esa cuestión de modo tal que esta deficiencia legislativa sea corregida en la práctica.

La norma no prevé, lamentablemente, la imposibilidad de volver a imponer la detención preventiva cuando se hubieran agotado los plazos. Esta es otra medida que resulta fundamental para evitar los abusos con el objeto de evitar que, una vez dispuesto el cese por esa razón, se vuelva a dictar el encarcelamiento bajo la excusa que siguen presentes los peligros para el proceso.

Para cerrar los aspectos normativos, se abordará en este apartado la existencia de otras medidas cautelares distintas a la detención preventiva. Tradicionalmente, la doctrina se refiere a la prisión preventiva como subsidiaria de las medidas cautelares. Por lo tanto, la normativa requiere, en primer término, que existan otras diferentes a ella para que el operador pueda recurrir a aplicarlas en su lugar.

Sin embargo, al revisar los códigos se encuentra que se establece de “prisión o detención preventiva” y “alternativas o sustitutivas a la prisión o detención preventiva”. Esta cuestión semántica no es menor pues, en realidad, lo que esconde es la tradición inquisitorial que considera al encarcelamiento como la primera medida a la que se debe recurrir, y si ella no es necesaria, entonces habrá que analizar las demás (Martínez, 2015).

El Código de Procedimiento Penal estudiado no es la excepción y enuncia una serie de ellas en el Art. 240. De esta manera, el ordenamiento establece: cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez podrá disponer la aplicación de una o más medidas sustitutivas.

La enunciación comienza por la más gravosa, la detención domiciliaria, para luego enumerar la obligación de presentarse periódicamente, la prohibición de salir del país, localidad o ámbito territorial; la prohibición de concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas y, finalmente, la fianza juratoria, personal o económica.

Si la intención del legislador es lograr la disminución del encarcelamiento cautelar instaurando una nueva práctica (medidas distintas), la redacción utilizada no ayuda a que se internalice esa gradualidad.

La detención preventiva se encuentra en una norma; las otras medidas, por otro lado, no están ordenadas según la intensidad de la cautela. Asimismo, por la forma en la que se encuentra regulado el artículo, pareciera que será el juez de oficio quien las imponga. Toda esta confusión conspira con el uso real de las demás medidas.

Como se adelantó en el capítulo 2, la inclusión de esta nómina de posibilidades no resulta suficiente, por sí sola, para disminuir el número de presos preventivos. De hecho, los procesos de reforma ocurridos en la re-

gión que han incluido normas similares a las aquí estudiadas, dan cuenta que prever otras medidas cautelares no significa que la prisión preventiva se aplique en menos casos. Poco sirve predecir un catálogo si el fiscal concurre a las audiencias a requerir directamente la detención preventiva.

Para evitar este problema, junto al catálogo gradual y unificado de medidas cautelares, incluida en último término la detención preventiva, se debe establecer la obligación que la acusación explique las razones por las cuales no resulta apropiada ni suficiente la aplicación de cada una de ellas. Es decir, efectuar un análisis de la menos lesiva a la más gravosa, lo que implica un estudio diferenciado y pormenorizado de aquellas y de la situación particular. Poco sirve diversificar las respuestas si el Ministerio Público solicita directamente la detención preventiva sin explicar, en forma previa, las razones por las que las otras no son idóneas para evitar la fuga o el entorpecimiento.

Esta exigencia permitirá instalar en los operadores judiciales el deber de evaluar si los riesgos procesales pueden ser neutralizados a través de diferentes medidas y desalentar la utilización del encierro cautelar como primera opción. También garantizará el ejercicio adecuado del derecho de defensa, pues ese análisis escalonado y gradual (de la menos lesiva a la más gravosa), permitirá a la defensa alegar y centralizar la discusión en alguna cuestión en concreto. Así se comenzará a dar un papel más preponderante a las medidas cautelares no privativas de la libertad que hoy en día son utilizadas en forma subsidiaria a la prisión procesal (Martínez, 2015).

En este entendimiento se pronuncia la Comisión IDH en el *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, en su recomendación C.7, al establecer que “(...) en los casos en los que solicite la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, el fiscal deberá sustentar el por qué no sería viable la aplicación de otra medida menos gravosa.”

El proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano ha reconocido esas falencias y regula, en el Art. 438, un catálogo unificado y según la intensidad de intervención en los derechos de los ciudadanos. Asimismo, pone en cabeza del fiscal o del querellante la petición. De aprobarse esa iniciativa, se está brindando una herramienta real para la disminución del encierro cautelar.

Sin embargo, resulta imperioso el seguimiento a fin de evitar que en lugar de disminuirse el uso de la detención preventiva, se apliquen medidas cautelares a personas que, con anterioridad, transitaban el proceso sin ningún tipo de coerción.

Un último aspecto que es necesario considerar en esta sección, aunque no se trate estrictamente de la regulación normativa ni se circunscriba sólo a las medidas cautelares, es la transversalización de la perspectiva de género por parte de los operadores judiciales al momento de administrar justicia.

Brevemente, destacamos que la incorporación de esta perspectiva no se agota en la consideración del tipo de atención que se dispensa a las mujeres, como usuarias del sistema, aunque desde luego éste es uno de los aspectos clave. Más bien, la perspectiva de género, inscripta en el marco de los derechos humanos, nos interpela como herramienta a reconocer las relaciones desiguales y opresivas entre los géneros y al interior de ellos, para luego tomar medidas y acciones que tiendan a revertirlas y, de esta forma, construir relaciones igualitarias y respetuosas de los derechos de las personas.

Desde este enfoque, como la perspectiva de género nos permite cuestionar los estereotipos de masculinidad y femineidad y evitar que se continúen reproduciendo las desigualdades, viene a funcionar como herramienta emancipadora tanto para hombres como para mujeres, como se ve de forma especial, pero no exclusivamente para aquellas.

Al mismo tiempo, implica una protección especial para las personas cuya orientación sexual, identidad y/o expresión de género y diversidad corporal, se alejan del paradigma tradicional de sexo – género (el colectivo comúnmente denominado LGTBI: Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales).

Hecha esta aclaración, cabe destacar que al momento de la realización de este estudio se presentó en Bolivia un *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género* elaborado por el Comité de Género del Órgano Judicial de Bolivia, aprobado el 16 de noviembre de 2016 por Acuerdo de Sala Plena N° 126, fue a partir de su presentación pública y difusión en el mes de marzo (Tribunal Supremo de Justicia, 2017) que se pudo acceder al texto completo.

Se trata de una herramienta novedosa porque brinda un marco teórico respecto a incorporar la perspectiva de género en la administración de justicia, en el marco de la política de los derechos humanos. A su vez, ofrece lineamientos prácticos mínimos para el juzgamiento, destacando quiénes deben hacerlo con perspectiva de género, quiénes son los destinatarios y de qué forma debe hacerse.

Por otra parte, propone herramientas de argumentación que se encuadran en el enfoque de género, planteando una metodología argumentativa centrada en los derechos humanos antes que en la literalidad de las normas. Por último, desarrolla in extenso cuáles son las herramientas para aplicar la perspectiva en sentencias sobre violencia en razón de género (Comité de Género, Órgano Judicial de Bolivia, 2017).

Si bien por la proximidad con la realización del estudio no ha sido posible medir el impacto de este protocolo, es de esperar que en adelante los jueces bolivianos, en primer lugar, pero también los operadores de justicia en general, hagan uso de esta herramienta para generar un cambio institucional que consolide la política de igualdad género asumida por el Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional.

CAPÍTULO 4. DIAGNÓSTICO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA

4.1 Descripción de la metodología adoptada

4.1.1 Caracterización metodológica del proyecto

El CEJA asumió el compromiso de analizar el estado de situación de la detención preventiva en el país, así como también de efectuar recomendaciones, elaborar un manual y brindar un curso de conducción de audiencias para jueces y vocales, de modo de generar un impacto positivo en la aplicación de las medidas cautelares.

Dado lo complejo y diverso del problema abordado, se requirió hacer confluír multiplicidad de fuentes y métodos de investigación que nos permitieran abordar la variedad de causas y posibles soluciones al fenómeno investigado (Holtzhausen, 2001).

Este esfuerzo de combinar diversos puntos de referencias es lo que Denzin (1970) denominó como *triangulación*, la cual en este estudio es además múltiple, ya que intersecta tanto la triangulación metodológica como las fuentes de datos levantadas que provienen, como se verá más adelante en detalle, de bibliografía, observación y entrevistas a diferentes perfiles de actores.

Así, se llevó a cabo una investigación que, en términos de su proceso y objetivos, se dividió en cinco fases. Una fase inicial de exploración y diseño del proyecto en su conjunto y estudio a realizar; una segunda fase de levantamiento de información; una tercera de sistematización y análisis de la información recabada; una cuarta fase de elaboración de los productos comprometidos; y una fase final de validación y publicación de resultados.

En este sentido se puede ver que el proyecto compromete más de un tipo de investigación, teniendo la primera instancia de levantamiento de información y sistematización un carácter descriptivo (Rivas, 1995), dando cuenta del panorama actual del uso de la detención preventiva en Bolivia.

Luego, un carácter relacional (Hernández et al., 2010), que permitió establecer los factores más relevantes del fenómeno estudiado y con ello hacer las recomendaciones estratégicas que en este informe se presentan, redactar un manual de conducción de audiencias y realizar un curso de capacitación orientado a la realidad del sistema judicial boliviano, delineándose así una investigación de intención aplicada (Sabino, 1993). El estudio es, por su delimitación temporal, transeccional (Hernández et al. 2010), y de carácter mixto al integrar tanto datos cuantitativos como cualitativos.

Dos aspectos relevantes a tomar en cuenta en el diseño de una investigación, y de trascendencia si reviste una estructura compleja y multidimensional como el presente estudio, es el concepto de validez, interna y externa (Latiesa, 1996).

De forma abreviada, consiste en que el instrumento y metodología diseñados midan, efectivamente, lo que se pretende. Es decir, que permitan abordar coherentemente los objetivos planteados (Hernández et al., 2010) y (Rusque, 2003). A nivel externo, presenta lo generalizable que son los datos y conclusiones (Hernández et al., 2010), y por consiguiente, reviste importancia respecto a su aplicabilidad e impacto.

En este marco, si bien el estudio tiene una fase de investigación aplicada, referida específicamente a las recomendaciones, al protocolo y al curso de capacitación, no se plantea como una investigación generalizable en todos sus datos, sino se centra en la calidad y profundidad de éstos. En este sentido, el informe no permite extrapolar los resultados a toda la realidad de la detención preventiva de Bolivia, pero sí profundizar en las realidades institucionales y de trabajo práctico donde esta medida cautelar es cotidianamente utilizada, generando propuestas estratégicas viables a implementar por parte del Órgano Judicial.

El estudio se pone a disposición de todas las instituciones del sector justicia para generar diálogos sobre la problemática de la detención preventiva en el país y coordinar soluciones.

4.1.2 Diseño del estudio

La concreción del trabajo del CEJA se organizó en torno a dos objetivos generales integrados por otros específicos. En primer lugar, desarrollar un estudio sobre el uso actual de la detención preventiva y proponer estrategias viables para las instituciones bolivianas, sometidas a validación por parte de los destinatarios del estudio.

En segundo lugar, brindar al Órgano Judicial apoyo técnico y capacitación para mejorar las prácticas en el desarrollo de audiencias de medidas cautelares. A partir de esto, se operacionalizaron los conceptos centrales a relevar, dividiendo los objetivos generales en dimensiones analíticas: normativa, práctica, institucional y de gestión; enseñanza y factores externos, sociales y culturales. Estas categorías permitieron la organización, análisis y presentación de los resultados en el presente informe.

4.1.3 Levantamiento de información

Para realizar este estudio fue necesario diseñar una metodología especializada con técnicas propias de levantamiento, sistematización y análisis, que se explican en detalle a continuación.

4.1.3.1 Recopilación de información bibliográfica

La revisión de material bibliográfico tanto primario como secundario (Latorre et al., 2003), fue uno de los primeros pasos del estudio que lo acompañó en su análisis hasta el desenlace. Con esto se buscó tener un panorama amplio y rico, tanto del estado de la situación de la detención preventiva en Bolivia como de otros países, a la vez que se consideraron diversos factores sociales y políticos que han delineado el proceso de la reforma penal boliviana.

- *Primaria.* Se caracteriza por presentarse en estado bruto, como lo serían la normativa, sus reformas, los protocolos de dirección de audiencias, etc.
- *Secundaria.* Se refiere a los documentos que son, en sí, producto de una investigación como los diversos informes judiciales, de estudios de caso sobre diferentes medidas con respecto a la detención preventiva en el mundo, informes de recomendaciones internacionales respecto a la administración y uso de la medidas cautelares, etc.

4.1.3.2 Técnicas de levantamiento de campo

Además de la revisión documental, se desarrolló el trabajo en terreno con el objetivo de tener una idea profunda y práctica de lo que ocurre y lo que se dice acerca del problema de los altos índices de detención preventiva.

Se usaron dos técnicas, específicas, con el propósito de abordar tanto la dimensión discursiva en diferentes niveles, como la experiencial y práctica, que son la entrevista cualitativa de tipo semiestructurada y la observación pasiva de audiencias de medidas cautelares.

- *Entrevistas cualitativas semi estructuradas.* Esta técnica se aplicó con pautas guía para la realización de las entrevistas que permitieron un control y estándar mínimo de preguntas y temáticas a abordar, pero sin suprimir la capacidad de emergencia de nuevas problemáticas relevantes para este mismo estudio (Hernández et al., 2010).

Fue utilizado para levantar información de tres perfiles distintos con el propósito de abordar diferentes aspectos considerados relevantes para los objetivos de esta investigación. Estos perfiles son explicados con mayor detalle en el siguiente apartado sobre la construcción de los instrumentos.

Todas las entrevistas fueron pactadas y explicadas en su inicio para lo cual se entregaron consentimientos informados que se pueden ver en el anexo de instrumentos.

- *Observación cualitativa pasiva de audiencias de medidas cautelares.* Es una forma de observación caracterizada por la pasividad y externalidad del observador presencial (Hernández et al. 2010). En este sentido, fueron enviados observadores a ver el desarrollo de las audiencias cautelares y su entorno, con base en una pauta estructurada, pero abierta donde se identificaban buenas y malas prácticas relacionadas con las discusiones y decisiones sobre la aplicación de medidas cautelares.

Pero éstas no se estructuraron con base en la representatividad de la cantidad de observaciones, sino que con un abordaje cualitativo que privilegia la profundidad y complejidad del dato obtenido, evaluando contextos materiales y sociales, y con espacios abiertos en su instrumento.

4.1.3.3 Muestreo

Por la naturaleza del estudio fue de tipo polietápico (Rodríguez, 2005), y usando estrategias diversas según la fase y tipo de dato que fue buscado. Para el caso del uso de estadística, esta no fue muestreada, se abordó por completo lo que se pudo obtener, tanto de las cuatro ciudades relevadas como a nivel nacional, sobre la base de estadística descriptiva para dar una idea general del fenómeno. No obstante, se hizo un acercamiento en cuatro ciudades seleccionadas por muestreo no probabilístico teórico o intencionado (Rodríguez, 2001), que son La Paz, El Alto, Cochabamba y Sucre.

Para las entrevistas, la selección se hizo por muestreo intencionado en los altos perfiles institucionales y los mandos medios, para los operadores fue un muestreo por conveniencia (Rodríguez, 2001).

Para la selección de las audiencias observadas también se planteó un muestreo polietápico (Rodríguez, 2005), primero intencionado, centrado y dividido equitativamente entre las cuatro ciudades relevadas, luego aleatorio en el caso de los juzgados y, por conveniencia, en el caso de las audiencias dada la realidad de su ejecución en el país, donde existe una alta tasa de suspensión y no siempre existe una agenda de audiencias disponible para el público (Fundación Construir, 2015).

Con la intención de resguardar la fidelidad de los datos levantados, se propuso que las visitas no fueran notificadas y agendadas de antemano por los jueces, no obstante la realidad institucional hizo que esto no fuera viable. Sin embargo, se intentó que la presencia de observadores no afectara en la medida de lo posible la naturalidad y cotidianidad de las audiencias presenciadas.

4.1.3.4 Construcción de instrumentos

Como el estudio incluía información de campo, fue necesario introducir otras técnicas de levantamiento de datos que permitieran conocer el testimonio práctico y oral del fenómeno en sí. Por ello se organizó una visita de terreno a Bolivia con el fin de realizar dos actividades en particular: observar audiencias de medidas cautelares en su práctica común y cotidiana; y entrevistar a diversos actores considerados como relevantes para la investigación.

Además de los aspectos logísticos de viaje, también significó esfuerzos metodológicos de construir instrumentos válidos y confiables (Hernández et al., 2010), (Hidalgo, 2005), (Latiesa, 1996), (Rusque, 2003), para recabar la información necesaria, tanto de observación de audiencias, como de las entrevistas a los diversos perfiles de actores relevados.

En términos generales, las pautas de conducción de audiencias significaron un desafío al no tener conocimiento empírico previo de la realización de éstas en el país; por este motivo se dedicó una mañana al análisis del terreno a fin de poner a prueba la pauta y hacerle modificaciones finales.

Es así como el instrumento inicialmente diseñado distó bastante del utilizado en la práctica, ya que se había estructurado como un modelo ideal de audiencia, pensando en diferentes momentos del proceso donde tres participantes –por lo menos– intervenían de manera dialógica y argumentada. Al no observarse este ordenamiento, sino más bien una estructuración en función de las partes intervinientes sobre los momentos de la audiencia, la pauta debió ser reestructurada para ser un mejor depositario de lo que allí se estaba observando.

En cuanto a las entrevistas, se construyeron pensando en tres perfiles de entrevistados a priori. Estos son:

- *Altos Mandos.* Se consideró necesario integrar la visión de altas autoridades, quienes pudieran tener un discurso quizás más institucional, político e integral del sistema, y recobrar así sus apreciaciones sobre los procesos administrativos, de gestión y de políticas institucionales.
- *Mandos medios.* En un punto intermedio de engranaje se ubican ciertos actores o gestores que no ostentan necesariamente cargo de máxima dirección, pero que tampoco son operadores, sino que más bien son bisagra entre los procesos políticos nacionales, las directrices institucionales y la bajada a la práctica cotidiana de éstas.
- *Expertos.* Para dar una versión externa del funcionamiento y de los factores determinantes en el fenómeno de la detención preventiva, así como también para indagar en los procesos de formación del capital humano judicial.
- *Operadores.* Con el fin de llegar a los mismos practicantes y ejecutores de base del sistema, y conocer sus apreciaciones sobre el funcionamiento, el problema de la detención.
- *Detenidos.* Durante el desarrollo del trabajo de campo, a partir de una posibilidad imprevista, se permitió entrevistar a dos personas en detención preventiva, para lo cual fue elaborada una pauta especializada para ellos en el mismo terreno.

4.1.3.5 Trabajo de campo y cronograma

El trabajo de campo se desarrolló del lunes 13 al martes 22 de febrero de 2017, pasando por cuatro ciudades –La Paz, El Alto, Sucre y Cochabamba– donde fueron realizadas las entrevistas y la observación de audiencias de forma paralela, además de coordinarse algunas reuniones institucionales de acercamiento y gestión.

El equipo de trabajo de terreno estuvo conformado por el coordinador y cuatro investigadores del CEJA, con el apoyo del Tribunal Supremo de Justicia, quienes programaron y agendaron las entrevistas y visitas a los tribunales para el equipo investigador en las diferentes ciudades.

Entrevistas (realización y sistematización). De las 35 entrevistas programadas se lograron concretar la mayoría, pero con ciertas dificultades en El Alto, no obstante, durante el terreno se logró incluir otras entrevistas de relevancia que no habían sido proyectadas en un inicio, como es el caso de los detenidos.

Se concretaron finalmente un total de 38 entrevistas, de las cuales 19 corresponden al perfil de operadores, 4 a mandos medios institucionales, 8 entrevistados de alto mando institucional, 3 especialistas en la materia y 4 usuarios del sistema que corresponden a imputados en detención preventiva.

Audiencias. De las audiencias presupuestadas para observar en el diseño, correspondían a un ideal de 8 por ciudad; siendo el total de 32, se logró observar un total de 31 en la práctica. No obstante, dada la diversidad de realidades en las distintas ciudades y juzgados, donde algunos programan su agenda y otros no, la proporción entre las 4 ciudades relevadas no se logró concretar, viéndose el doble en La Paz y Cochabamba respecto a El Alto y Sucre.

Ciudad	Audiencias programadas	Audiencias MC programadas	Audiencias observadas	Audiencias realizadas*	Audiencias suspendidas*	Audiencias reagentadas*	Cambia tipo de audiencia*
La Paz	67	22	14	8	6	1	0
El Alto	14	6	6	1	6	1	0
Sucre	9	4	7**	7**	3***	0	1
Cochabamba	21	20	10	9	2	1	1
TOTAL	111	52	31	17	11	3	2

*Sobre el total de observadas.

** 5 de juzgados de instrucción y 2 apelaciones.

*** 2 de juzgados de instrucción y 1 apelación.

4.1.3.6 Análisis de estadísticas.

Se buscó una aproximación cuantitativa, descriptiva y general (Hernández et al., 2010), del panorama, sobre el uso de las medidas cautelares en la justicia boliviana, así como una mirada más particular de la detención preventiva. Es por la naturaleza del dato, el más representativo, debido a que lo que se quiere es un desarrollo de propuestas integrales.

Es importante mencionar que este análisis está circunscrito a la cantidad de información estadística existente y disponible que fue extraída de los anuarios del Consejo de la Magistratura. Se planteó un rango de estudio de 2012 al 2016¹² considerándose un periodo de relevancia teórica con base en los acontecimientos acaecidos en la normativa boliviana respecto a la detención preventiva, y que presentaría una muestra balanceada para todas las instituciones consultadas.

En ese marco, se logró construir líneas de evolución en el tiempo de algunos datos concernientes a las medidas cautelares como ingresos, egresos y pendientes, desagregados en tipos de ingresos y de finalización, así como también a nivel departamental y nacional.

Con relación a la detención preventiva, propiamente, sólo se obtuvieron datos de las ciudades capitales y el total nacional en cuanto a las medidas cautelares personales decretadas, distinguiéndose entre detención preventiva, detención domiciliaria y otras medidas sustitutivas, en el 2012 y luego del 2013 a 2015, encontrándose las categorías de presentación periódica ante el juez o tribunal, prohibición de concurrir a determinados lugares, prohibición de comunicarse con personas determinadas, prohibición de salir del país (orden de arraigo) y fianza juratoria personal o económica. Todos desagregados a su vez por el tipo de ingreso, por término y pendientes.

¹² No se ha publicado aún el anuario estadístico correspondiente al año 2016, por tanto, hasta el momento solo tendríamos series completas del 2012 al 2015.

También se analizaron otros datos más generales del funcionamiento del sistema de justicia como la cantidad de juzgados por ciudad, las causas resueltas por juzgado y los trámites por juzgados, así como también datos de los Jueces y Tribunales de Sentencia sobre Violencia contra la Mujer, desagregados por provincias, y de los Jueces y Tribunales de Sentencia de Anticorrupción.

4.1.3.7 Sistematización de la información y análisis

La sistematización y análisis de los datos fueron realizados por el equipo de trabajo mediante el estudio de contenido temático (Bardin, 1996), (Andréu, 1998), de las diversas fuentes; comparativo y relacional entre ellas, con el fin de triangular (Denzin, 1970), la información levantada y dar mayor confiabilidad (Latiesa, 1996), y robustez a sus resultados.

Este proceso tuvo como objetivo la estructuración de la información recolectada y su organización en códigos con sentido y legibles que permitan entender los factores incidentes en el problema y sus posibles soluciones, considerando el contexto particular en que éste se sitúa (Hernández et al., 2010).

La formulación de las propuestas a implementar se hizo mediante una evaluación ex ante, a modo de evaluar previamente de su implementación el beneficio, costo, impacto, así como aspectos prácticos como la factibilidad y la pertinencia (Matos, 2005).

4.2 Análisis empírico en Sucre, La Paz, El Alto y Cochabamba

4.2.1 Condiciones de realización de la audiencia de medida cautelar

Para el análisis de la información recogida fue necesario examinar una serie de factores que resultan fundamentales para que las audiencias de medidas cautelares se desarrollen de manera adecuada. Se trata de cuestiones de distinta índole que responden a circunstancias disímiles, pero que pueden quedar circunscriptas en la idea de “condiciones para su realización”.

4.2.1.1 Infraestructura

El primero de los temas que corresponde abordar está referido a las condiciones de infraestructura que presentan los tribunales donde se llevan adelante las audiencias. En este sentido, no se puede desconocer que la realidad existente en las cuatro jurisdicciones relevadas, son diferentes y esto repercute en la manera en que dichos actos se desarrollan.

Al momento del relevamiento efectuado en febrero de 2017 en La Paz y El Alto¹³, por ejemplo, no existen salas de audiencias. Los edificios de los tribunales concebidos y construidos para albergar expedientes, se transforman en verdaderos laberintos que se multiplican según la cantidad de juzgados que existan. Asimismo, los jueces ocupan el espacio más alejado de los ciudadanos.

La transformación de esas viejas estructuras, con el advenimiento de los sistemas orales, ha generado que los despachos de los jueces se conviertan en las salas donde se desarrollan las audiencias. Fueron reacondicionadas para contar con espacio para la fiscalía, la víctima junto con su representante y la defensa.

De los relevamientos realizados se pudo observar que, en algunos supuestos, el espacio donde se desarrolla el acto es de difícil acceso y requiere que un empleado del juzgado sea quien lleve a las partes hasta el lugar. Una de las personas del tribunal, el pasante en la ciudad de La Paz, se encarga de hacer el llamado a las partes para que ingresen a la audiencia pasando junto a los escritorios de los empleados y entre los expedientes.

¹³ Sin embargo, en el mes de abril se informó que desde hace muy poco tiempo en El Alto existe un edificio nuevo que sí tendría salas de audiencias y si bien contaría con un sistema de grabación, este no funciona, de modo tal que siguen utilizando dispositivos (básicamente teléfonos celulares) propios.

De esta manera, el ingreso no es accesible para cualquier persona que quiera presenciar la audiencia y se transforma en una barrera para la publicidad de los actos del sistema judicial.

La modificación de los viejos juzgados conlleva a que no haya espacio destinado para que las partes esperen fuera de la sala. El juzgado requiere espacios para la víctima, los testigos y para el desarrollo de las audiencias; las únicas personas que estaban en los juzgados eran los propios empleados y los testigos citados para declarar –por regla en horas distintas y– generalmente, ocupando una silla frente al funcionario.

El cambio de paradigma sin una infraestructura adecuada, hace que los intervinientes –citados todos a la misma hora– deban esperar de pie el llamado del juzgador, en los pasillos de circulación común. Esto determina, por ejemplo, que el imputado se cruce con la víctima y los testigos.

Asimismo, se ha constatado que no existe un “polo judicial” en todas las ciudades, lo que también se convierte en un problema cuando se debe acudir a distintas audiencias en edificios diferentes. Por ejemplo, en El Alto, los juzgados están distribuidos en tres localizaciones distintas:¹⁴ en el edificio principal se encuentran los Juzgados de Instrucción Penal del 1ro al 5to; separados por una avenida, en el edificio El Ceibo, los Juzgados 6to y 7mo y 1ro de violencia contra la mujer y anticorrupción.

El juzgado 2do anticorrupción y de violencia contra la mujer se encuentra en un edificio al lado del edificio principal. La ubicación de los juzgados está indicada en cada edificio mediante carteles, con el propósito que los ciudadanos llamados al proceso penal puedan hallarlos de manera rápida, lo que no siempre ocurre y que puede generar consecuencias negativas (v.gr., la suspensión o la demora en el inicio de la audiencia).

Los juzgados son los que confeccionan sus propias agendas (aspecto sobre el que se volverá más adelante). Para indicar la hora de cada una de las audiencias, pegan una hoja en la puerta o al interior de la oficina con la programación para el día o la semana. Sin embargo, se ha podido corroborar que no todos las tienen exhibidas, ni se encuentran actualizadas.

Asimismo, en las observaciones se constató que no en todos los casos los servidores del despacho estuvieron dispuestos a dar informaciones sobre las audiencias programadas al público. A su vez, no existen criterios comunes para la fijación de audiencias (más allá de las disposiciones legales para los casos de flagrancia), lo que genera, por ejemplo, que cuando se suspenden, las partes no tengan una estimación de cuándo serán reprogramadas.

A ello hay que sumar que no existe un espacio común destinado a comunicar las agendas. De este modo, los litigantes –y los ciudadanos en general– deben visitar todos los juzgados hasta encontrar en qué lugar se desarrolla la audiencia en la que tienen que participar. Este es otro obstáculo para la difusión de los actos y para el acceso de las personas al sistema de justicia.

Por su parte, y aun cuando presentan problemas similares, en Sucre los despachos son más espaciosos, lo que permite una mejor distribución de los recursos. Sólo la ciudad de Cochabamba cuenta con salas de audiencias, una compartida cada dos juzgados, lo que determina la necesidad que existan acuerdos entre los jueces para no superponer las audiencias citadas. La cuestión es problemática cuando la actividad administrativa se encuentra descentralizada.

4.2.1.2 División de tareas

Esta última situación da lugar a otro aspecto que resulta sustancial para su desarrollo: la división de tareas administrativas de las jurisdiccionales. Los tribunales bolivianos no han logrado dar este paso y mantienen la organización propia de los sistemas inquisitivos.

Cada juez tiene a su cargo un número de empleados. Por lo general, además del juez, trabaja un secretario, dos auxiliares y pasantes de la Universidad y/o de la Escuela de Jueces. Por ello, producto de la sobrecarga

¹⁴ Conforme se explicara en la nota 22, en la actualidad existía un único edificio que concentra todos los juzgados.

de trabajo y la rigidez del sistema, el juez se convierte en un “gerente” de la administración de su juzgado (Binder, 1997, p.223).

De esta manera, el juzgador debe ocuparse de una serie de actividades que exceden aquellas para las que ha sido designado (tomar decisiones para resolver conflictos sociales), y que en la realidad terminan ocupándole la mayor parte del día. Esta situación no es compatible con la obligación que tiene el juez de resolver los asuntos en el marco de las audiencias, de modo tal que debe recurrir a la delegación de sus funciones para hacerle frente a ello.

Ante esta realidad, el proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano ha diseñado un modelo en el que los jueces cumplen toda su actividad a través de las audiencias orales y esto produce una modificación de la forma de organizar el trabajo interno, ya que la labor administrativa dentro de los órganos jurisdiccionales (colegios de jueces), es llevada adelante por una oficina (Oficina Gestora de Audiencias), que tiene la tarea de organizar las audiencias, convocar a las partes, grabar los audios/videos, realizar las comunicaciones, etc.

En este sentido, el artículo 345 prevé que *“la Oficina Gestora de Audiencias es una organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional con la finalidad de optimizar la gestión judicial y favorecer el acceso a la justicia y la solución oportuna del conflicto. Se sustenta en la clara separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas y se rige por los principios de desformalización, celeridad, eficiencia, eficacia, racionalidad, transparencia, coordinación, vocación de servicio público responsable y, mejora y actualización permanente”*.

Se logra entonces la separación de tareas, a diferencia de lo que ocurre en el sistema actual en el que se encuentran entremezcladas y muchas veces alteradas por la mencionada delegación de funciones jurisdiccionales en empleados y funcionarios.

Las entrevistas con los operadores dan cuenta que no existe consenso respecto de la existencia de directrices administrativas en el Órgano Judicial, aunque alguno de los entrevistados manifestó que si bien existirían algunas, no eran incorporadas. Esta situación refuerza esta confusión de actividades en claro detrimento de los derechos de los ciudadanos.

La ausencia de una administración técnica y profesional del personal y el tipo de trabajo que deben desarrollar, lleva a múltiples ineficiencias como, por ejemplo, la imposibilidad de especializarlos, las dificultades para estandarizar el trabajo, las complejidades para instaurar sistemas adecuados de evaluación y estímulo, la existencia de jerarquías confusas muchas veces irreales, etc. (Vargas, 2004).

En el relevamiento se pudo observar que existen ciertas tareas que no requieren calificación jurídica. Algunas son desarrolladas por los propios empleados de los juzgados que, por lo general, tienen otras expectativas respecto a su labor.

En todas las ciudades el registro depende de cada juzgado, pero no existen dispositivos necesarios para un adecuado manejo. En los juzgados visitados se pudo observar que la tarea se llevaba adelante con un grabador o celular personal. Incluso, se observó cómo los empleados prendían y apagaban ese dispositivo, según los periodos de la audiencia.

En la actualidad existen ciertos programas de computación simples que permitirían llevar adelante la tarea sin ningún inconveniente. La experiencia de Quetzaltenango en Guatemala, puede ser una buena muestra al respecto (Juárez, 2006).

Tampoco existe un organismo que se encargue de realizar las transcripciones de esos actos. Se ocupan de esa tarea los pasantes o auxiliares del secretario.

Estas funciones administrativas se replican en cada una de las estructuras judiciales existentes, lo que determina que haya un gran número de personas realizando, cada una en su juzgado, las mismas tareas en el mismo momento. Si bien se reconoció la necesidad de contar con protocolos de actuación y de generar criterios de acción comunes, las reuniones organizadas para llevarlas adelante resultaron esporádicas. Esto determina, en definitiva, que cada juzgado maneja su propia organización. Aún se mantiene la delegación de funciones del juez a los empleados, producto de esas funciones mezcladas.

A pesar de ello, algunos entrevistados señalaron que han comenzado a buscar herramientas para que la labor administrativa comience a profesionalizarse. Existe un nuevo sistema de registro de los procesos en el que se deben subir todos los actuados y las decisiones judiciales.

En Sucre, a su vez los entrevistados manifestaron que se plantearon una meta por cumplir: cada año se deben resolver más casos que el anterior. Es el área de transparencia del Consejo de la Magistratura quien envía el instructivo sobre las metas que se deben lograr.

Estos primeros pasos, muy rudimentarios por ahora, podrían resultar útiles como punto de partida del nuevo paradigma. Sin embargo, es importante resaltar que no hay que caer en técnicas de eficiencia con la finalidad de organizar de mejor manera la delegación de funciones.

En el contexto de los sistemas regidos por el expediente, el registrar todo lo que se produce obliga a que los jueces ocupen gran cantidad de su tiempo firmando todo lo que debe ingresar a la causa. Así, “(...) teniendo en cuenta que quien incorpora, produce y tiene contacto directo con la prueba y las partes (el empleado que tramita la causa), no es la misma persona que luego deberá tomar la decisión (el juez). Se genera entonces la necesidad de asentar absolutamente todo en forma rigurosa y a través de formas sacramentales, con la finalidad de crear una falsa convicción en el juzgador de que tiene a su alcance la totalidad de los elementos necesarios”¹⁵.

De esta manera, “(...) quienes deberían resolver pasan a depender de la maquinaria que los rodea que, a su vez, reproduce una rutina de trabajo. Estos dos elementos (rutina de trabajo y delegación) son afectaciones a la independencia judicial con la que estamos acostumbrados a convivir”¹⁶.

Uno de los objetivos de la instalación de audiencias fue, justamente, lograr que los jueces no delegaran funciones a los empleados y fueran ellos quienes tomaran las decisiones. Sin embargo, como se manifestó, en las ciudades visitadas se observó que en algunos casos la tarea de escribir las decisiones judiciales seguía bajo responsabilidad de los empleados del juzgado. Se reconoció en alguna de las entrevistas en La Paz que los pasantes proyectaban resoluciones (por ejemplo, de salidas alternativas por criterios de oportunidad), y que podían estudiar y tramitar los casos cuya temática resulte de su interés.

El proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano ha tomado nota de esta situación y ha previsto 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).

Esta nueva práctica que se pretende incorporar busca terminar con esta afectación a los derechos de las personas que son llamadas al proceso penal. Sin embargo, no se debe desatender la experiencia vivida en el país cuando se produjo el traspaso del sistema inquisitivo al acusatorio, ya que esa forma de ejercer la judicatura se mantuvo a pesar del cambio de paradigma en el plano normativo.

4.2.1.3 Capacitación

Otro de los aspectos, fundamental para la instalación de la audiencia, está referido a la necesidad de capacitar a los actores. “Tradicionalmente, la preparación de nuestros operadores de justicia criminal, tras la enseñanza

15 García y Martínez. (2014). La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal, p. 52.

16 García y Martínez (2014). La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal, p.56.

de pregrado, ha estado entregada a un sistema más o menos artesanal que, puesto en relación con las evidentes y superabundantes necesidades de capacitación de la justicia penal en nuestra región, equivale a afirmar que nuestra cultura jurídica no se ha tomado realmente en serio la capacitación de los operadores de dicho sistema” (Baytelman, 2001).

Bolivia ha transitado un gran cambio legislativo el año 1999 y, a pesar de los esfuerzos de capacitación realizados, queda en evidencia que muchas de las viejas prácticas inquisitivas han sobrevivido y los operadores del sistema han adaptado las nuevas a ellas. En este sentido, se ha dicho que “en lo que refiere a las debilidades en el proceso de capacitación, debe señalarse que la propia inexperiencia en materia de oralidad, debido a que se trataba de un sistema sin precedentes en Bolivia, generó un desarrollo de capacitaciones iniciales sobre bases excesivamente dogmáticas, sin demasiada conciencia de las necesidades específicas para el impulso de nuevas prácticas” (Lorenzo, 2009, p.97).

Por ese motivo, como ya se expresó al inicio, resulta fundamental trabajar en este campo, máxime cuando cada una de las instituciones del sistema judicial boliviano tiene sus propias estructuras de capacitación. Para este estudio, se ha realizado un breve relevamiento de cada una de ellas.

La Escuela de Fiscales dicta sus cursos con base en un diagnóstico institucional de necesidades y en los temas de los instructivos del Fiscal General. La identificación de las necesidades es resultado de la evaluación de desempeño y de los reportes que elaboran los fiscales y las autoridades de la escuela.

Existen dos áreas de trabajo: formación inicial (donde se dicta una materia sobre medidas cautelares), y capacitación permanente y especializada (mediante la cual se han dado procesos de inducción para el tratamiento de medidas cautelares).

En la metodología de los cursos se prioriza la práctica y se ha abandonado el modelo de capacitación por tema. A pesar de ello, para los entrevistados, la frecuencia no es la esperada y quizás por esta razón es que no existe inconveniente en que los funcionarios del Ministerio Público concurren a capacitaciones fuera de la institución.

La escuela también tiene una plataforma de cursos virtuales que no son difundidos, pero se enteran al ingresar en la página de la institución. Sin embargo, los fiscales no son consultados acerca de sus contenidos.

Esas actividades están a cargo de los fiscales, por incentivo personal más que institucional, quienes reciben una vez al año capacitación para capacitadores. En Sucre, por su parte, están trabajando en la construcción de un proyecto de evaluación permanente para que los fiscales suban de categoría a través de exámenes.

Sobre este tema, los fiscales de La Paz y Sucre señalaron dos aspectos muy interesantes. Por un lado, manifestaron que si bien se realizan cursos sobre medidas cautelares, éstos han quedado postergados a pesar de las distintas modificaciones sustanciales que ocurrieron en la materia. En segundo término, insistieron en la necesidad que la capacitación sea intrainstitucional, acerca de temas específicos de la función, diferentes a la de jueces y defensores.

De las entrevistas con los miembros del Ministerio Público se pudo constatar que, a pesar de la flexibilidad para que los fiscales hagan cursos, son pocos lo que se capacitan por falta de tiempo e interés debido al aumento de causas.

Con relación a la Escuela de Jueces se han identificado dos grandes necesidades respecto a las medidas cautelares: fundamentación de las resoluciones y dirección de las audiencias. Se trata, sin lugar a dudas, de dos aspectos fundamentales y la observación de las audiencias ha dejado en evidencia tales extremos.

El Consejo de la Magistratura ha efectuado, por su parte, un curso sobre manejo de audiencias en todos los juzgados de Sucre y, como existiría financiamiento para su continuación, se estaba midiendo el impacto real de esa capacitación.

Los docentes se seleccionan a través de un proceso de postulación de jueces que cuenta con el acompañamiento de una pedagoga para su diseño y ejecución. Al igual que en la fiscalía, se dictan cursos virtuales, y para la promoción profesional se toma en cuenta la asistencia y el desempeño.

Lamentablemente, los jueces valoran de manera negativa la capacitación institucional, entre otras razones por la falta de regularidad en el dictado de las actividades y por la ausencia de evaluaciones e incentivos.

En este sentido, señalan las limitaciones para acceder a ellos desde el momento en que sólo pueden hacerlo si no tienen audiencias, lo que nuevamente deja en evidencia la necesidad de transformar las estructuras judiciales. Asimismo, los operadores se han quejado que no existe una biblioteca actualizada y con buen material.

Respecto a la defensa pública, ha sido históricamente la institución que más ha sufrido la falta de capacitación dentro del sistema de justicia. “Esto obedeció, en principio, a que la situación de inestabilidad de la defensa pública (sus funcionarios no permanecían durante periodos prolongados en el cargo, ya que al ser una dependencia del Ministerio de Justicia, sus integrantes eran removidos en función al cambio de titular en dicha cartera), no garantizaba que quienes recibieran capacitación fueran luego a desempeñar la función para la cual habían sido formados” (Lorenzo, 2009, p.98).

Esta situación, más allá de los esfuerzos realizados, sigue siendo un asunto problemático. Desde la defensa de La Paz se señala que no han podido acceder a las capacitaciones institucionales, mientras que en Cochabamba y Sucre, en la actualidad, sólo cuentan con cursos sobre: 1) El código NNA o 2) Adolescentes en conflicto con la ley penal, 3) Justicia penal juvenil. No se cuenta con programas sobre litigación, más allá de las decisiones personales que pudieran tomar sus integrantes de realizarlos fuera de la institución.

Desde la Dirección Nacional de la Defensa se muestra preocupación para avanzar con la capacitación, no sólo en la mencionada ley, sino también sobre otros aspectos relevantes para la función que desarrollan sus integrantes. Para ello, se estaba efectuando un proceso de detección de necesidades que permita elaborar las futuras líneas de trabajo.

Para completar el panorama, tanto los fiscales como los académicos y abogados han señalado que las currículas de las Universidades no se han adaptado a las nuevas exigencias. Recién en este último tiempo comenzaron a abandonarse los contenidos puramente dogmáticos y teóricos para trabajar en la formación de competencias. Esto impacta directamente en el sistema de justicia porque ni los jueces ni los litigantes pueden afrontar tales cambios con los conocimientos adquiridos.

En conclusión, un análisis de las entrevistas realizadas permite concluir que, más allá de algunos aspectos que puedan ser positivos, la capacitación no está siendo dirigida u orientada hacia la litigación estratégica de los casos y, por lo tanto, no resulta acertada para el ejercicio de las funciones de cada uno de los actores. Esto quedó en evidencia cuando se observaron las audiencias.

Asimismo, si las capacitaciones son brindadas exclusivamente por los integrantes de cada una de las instituciones, entonces la visión será unidireccional y no reflejará el conjunto de los problemas existentes.

Este inconveniente se acrecienta desde el momento en que no se cuenta con capacitaciones interinstitucionales que permitan poner en un mismo lugar a los tres actores del sistema para mejorar aquellos problemas de gestión que aquejan al sistema.

En esta dirección los entrevistados han señalado que hubo un curso realizado en conjunto entre jueces y fiscales sobre flagrancia, más esta no es una modalidad, ni una política permanente.

4.2.1.4 Sensibilización Social

El último de los aspectos que se abordará en este apartado es el referido a la falta de sensibilización acerca de la detención preventiva. En este punto, no existe en la sociedad una verdadera comprensión sobre la función de esa medida cautelar. Por el contrario, se la presenta y “(...) utiliza como justicia inmediata y se distorsiona la visión que la sociedad tiene del instituto. Esto se advierte cuando al encierro cautelar se lo presenta como un éxito de la investigación y se deja en segundo plano al proceso penal en sí mismo. Así, la libertad durante el proceso penal es una excepción y se la traduce como sinónimo de impunidad” (INECIP, 2012, p.15).

Esta situación genera una sensación en la comunidad que el proceso penal no cumple con sus fines. Por el contrario, existe una parte muy significativa de la opinión pública que también considera la liberación de los imputados como corrupción judicial.

Estos dos aspectos (sensación de impunidad y corrupción judicial), son aprovechados por ciertos sectores políticos para proponer reformas normativas que, lejos de solucionar los problemas, los aumenta. Sin embargo, “(...) queda claro que el incremento en el uso de la prisión preventiva, a costa de las garantías de libertad y del debido proceso, no tiene un impacto positivo en la percepción de seguridad (...)” (Zepeda, 2010, p. 14 y 15). En esta dirección, como se desarrollará más adelante, los medios de comunicación juegan un papel muy importante y se transforman en un instrumento de presión para los actores, especialmente sobre los jueces cuando tienen que resolver si una persona permanecerá durante el proceso en libertad. Esto, lamentablemente, se percibió en las distintas entrevistas realizadas.

También se identificó como un elemento de presión la actividad de ciertos abogados que, frente a la decisión judicial, inician procesos disciplinarios en lugar de interponer un recurso contra aquella. Esta situación quedó de manifiesto, en La Paz (por ejemplo), donde se expresó que se intimidaba indirectamente a los jueces en los propios pasillos de los tribunales.

Finalmente, y en el marco de una organización inquisitiva, uno de los mecanismos que utilizan los poderes públicos para ejercer presión es la disminución del presupuesto y las consecuencias que implican para este tipo de estructura.

Todo ello impacta en el desarrollo de la audiencia y la forma en la que los operadores del sistema ejercen su función. Esto será tratado en los capítulos siguientes.

4.2.2. Dinámica y realización de la audiencia

4.2.2.1 Condiciones mínimas

El primero de los aspectos que hay que analizar se refiere a las condiciones mínimas que se deben presentar para que la audiencia que se lleve adelante pueda ser considerada válida.

Se ha dicho, cuando se comenzó a discutir en la región la implementación de la oralidad en la etapa de investigación, que “esas audiencias se caracterizan porque en ellas las partes deben presentar oralmente sus peticiones y argumentos, los cuales, a la vez, deben ser resueltos de la misma forma por parte del juez de garantía” (Duce y Riego, 2002, p.121).

De esa manera, este tipo de procedimientos trae evidentes ventajas para todos los que intervienen pues, en primer lugar, el juez, al conocer, escuchar y observar a las partes, podrá dictar resoluciones de mayor calidad que le permitirá legitimar y jerarquizar su función frente a los ciudadanos.

A su vez, para el fiscal y el defensor, la audiencia es el mejor escenario para ejecutar sus planteos y contradecir los de su adversario. Además se aseguran que la decisión la toma el juzgador (Soria, 2008, p.249). De esta manera, las partes cuentan con una herramienta que facilita la inmediación y la publicidad de los intereses que defienden y, asimismo, la oralidad les brinda celeridad en la toma de decisiones (Alliaud, 2016, p.25).

Por ello, aunque se trate de una cuestión evidente, el primer requisito de validez está dado por la presencia de las partes en ella. La realidad de las prácticas propias de sistemas inquisitivos y mixtos, regidos por el expediente, da cuenta que por lo general los jueces no son quienes están a cargo del acto procesal sino sus subalternos. Asimismo, como todo se vuelca en actas y se realizan varias actividades al mismo tiempo, las partes públicas (fiscales y defensores) no suelen estar presentes mientras se llevan adelante.

Esta situación se ha replicado en varios de los nuevos modelos y Bolivia no ha sido la excepción. Algunos estudios previos alertaban acerca de ella y las observaciones propias no han hecho más que confirmar ese diagnóstico.

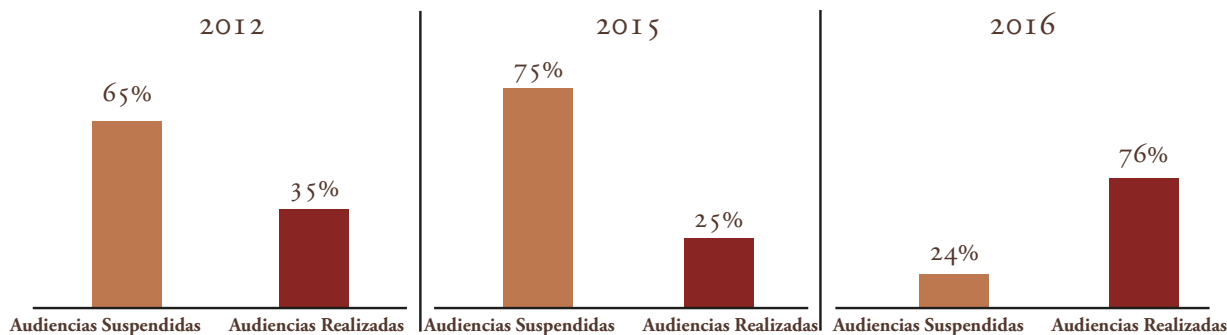
Ahora bien, para el estudio que se está llevado adelante, el examen debe transitar por dos carriles diferentes. Por un lado, con base en los informes existentes más la propia información recogida, habrá que analizar la ausencia de los distintos sujetos procesales y, si en esas condiciones, la audiencia se llevó adelante o no. Por el otro lado, habrá que indagar acerca de los motivos que llevaron a la suspensión de la audiencia.

Un análisis efectuado en el año 2008, concluía que “el principal factor para las suspensiones es la inasistencia de alguna de las partes y esto, en una gran cantidad de oportunidades, se debe a la superposición de actuaciones por la falta de coordinación de agendas (un mismo fiscal/ defensor suele estar citado para audiencias en varios juzgados distintos al mismo tiempo), y la forma de organización de las instituciones (distribución del trabajo por carteras), que impide que otro funcionario pueda llevar adelante las audiencias” (Lorenzo, 2009, p.112).

Tomando como base este diagnóstico, habrá que analizar si en la actualidad se repiten las mismas circunstancias. Para ello, como punto de partida, se ha considerado el Informe comparativo de la Fundación Construir que en los años 2012, 2015 y 2016, para los que se han observado 1492 audiencias. Allí, se indicaba que:

“Durante el proceso de observación no se registraron las audiencias desarrolladas en estas condiciones en horarios fuera del funcionamiento normal de los juzgados. El primer estudio realizado en 2012 determinó en las ciudades del eje central del país, que aproximadamente el 35% de las audiencias programadas se instalan y que el resto se suspendía por la ausencia de las partes. A casi tres (3) años de realizado el estudio, en 2015 permitió identificar que la situación en la gestión de las audiencias continúa siendo crítica en la medida que sólo 108 audiencias (25%) de las audiencias registradas se instalaron y el resto fueron suspendidas. Finalmente, en cuanto a las audiencias observadas durante el 2016, se identificó que del total de las audiencias instaladas (464), se instalaron el 24% (112) de las mismas, manteniéndose la cifra de la gestión pasada” (Fundación Construir, 2017, p.28 y 29).

CUADRO I
Comparación audiencias suspendidas-audiencias realizadas



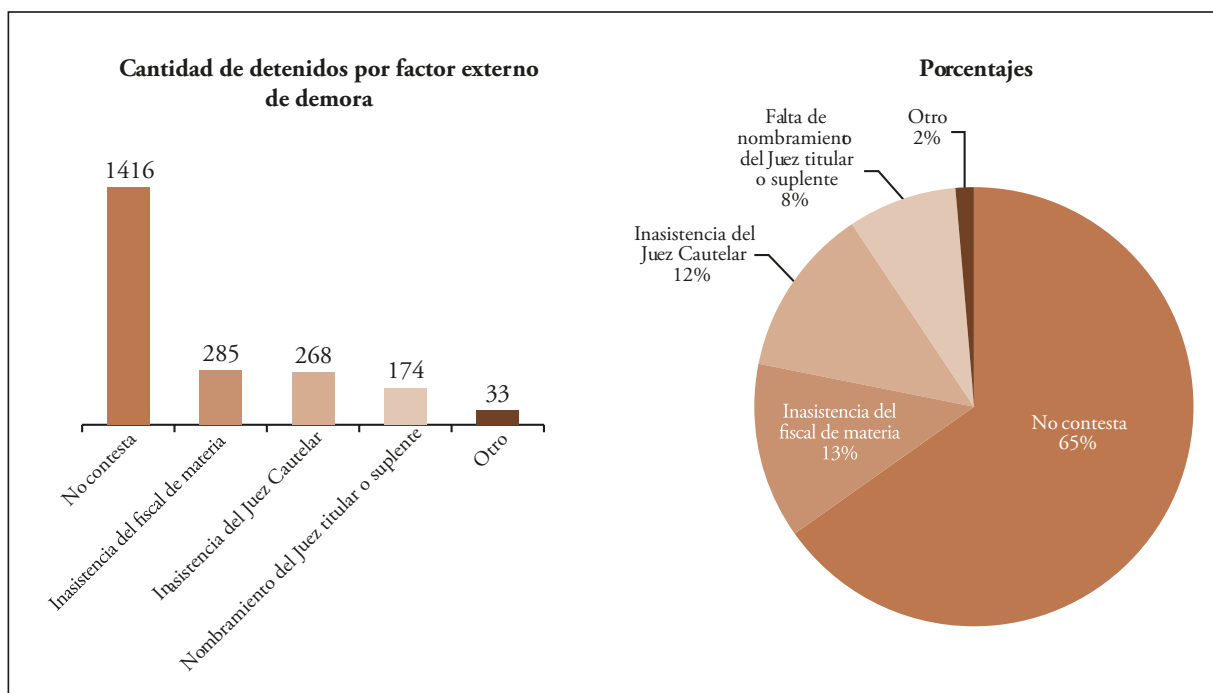
* Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

Sin lugar a dudas, uno de los principales problemas que tiene el actual sistema de justicia en Bolivia responde a la cantidad de audiencias que se suspenden y los números del informe citado son elocuentes. De las entrevistas realizadas surgió que la suspensión de audiencias crea incertidumbre y desconfianza en el sistema. A esto se deben sumar las denuncias de corrupción que atentan contra el sistema de justicia y la imagen que trasciende a la sociedad.

También la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia se ha ocupado de este tema realizando entrevistas entre los distintos actores del sistema. En este supuesto, descrito en el cuadro II, se consideran como factores externos al imputado que impiden la realización de la audiencia la inasistencia de jueces y fiscales.

“Del total, el 13% ha tenido demoras debido a la inasistencia del fiscal de materia, lo que está reflejando las limitaciones en esta instancia; un 12% se refiere a la inasistencia del juez cautelar y en un 8% debido a que no existe juez titular ni suplente. Sin embargo, estos porcentajes alcanzarían al doble si tomamos en cuenta solamente aquellos que han solicitado la audiencia” (Defensoría del Pueblo, 2016, p.35).

CUADRO II
Factores externos que demoran la realización de la audiencia



* Fuente Defensoría del Pueblo (2016)

Estos números, alarmantes sin lugar a dudas, muestran una deficiencia en la implementación del sistema que requiere el análisis de las posibles causales de esa problemática. Ya el 2004, un estudio del Viceministerio de Justicia daba cuenta que de 15 audiencias programadas semanalmente en La Paz, 10 fracasaban debido a la inasistencia de las partes.

Las razones que se habían encontrado en esa oportunidad, se referían a que no existía una coordinación de agenda entre instituciones y que su organización no estaba pensada en función de la realización de las audiencias (Lorenzo, 2009, p.95 y 96). Aun cuando han pasado más de 13 años desde ese estudio, estas causales continúan, de alguna manera, presentes.

Las entrevistas efectuadas a los actores del sistema, arrojaron como resultado que la agenda de cada juez sigue siendo manejada por ellos. Es así que, a pesar de existir un gran empeño en realizar dicha labor, la falta de criterios comunes y la superposición de audiencias generan graves inconvenientes a las partes.

De esta forma, tal como ocurría el 2004, un actor era citado por distintos jueces en un mismo momento motivo por el cual la audiencia debía ser suspendida. Asimismo, conociendo que alguna audiencia podía correr esa suerte, en la práctica los jueces citaban varias a la misma hora y dejaban días libres para poder reprogramar aquellas que se suspendían por inasistencia de las partes (Lorenzo, 2009, p.95).

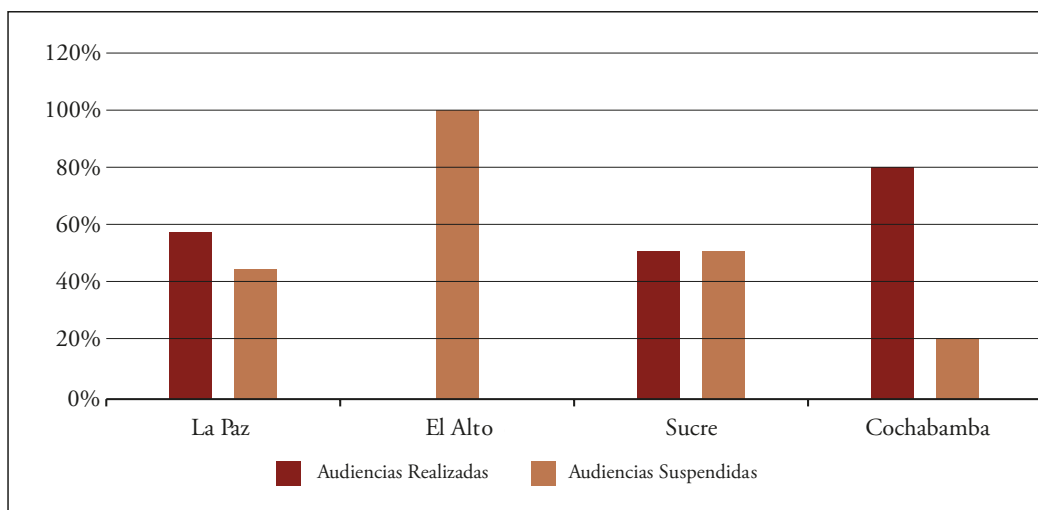
A pesar de ello, en el relevamiento efectuado en febrero de 2017, se logró verificar que la cantidad de audiencias programadas por juzgado es muy baja, hay mañanas, tardes, o días completos en los que no hay ninguna¹⁷. En consecuencia, la cantidad de audiencias que se suspenden, sumada a la baja programación de ellas, genera que el sistema comience a colapsarse.

En definitiva, poco ha cambiado ese panorama. El Informe de la Fundación Construir arrojó como resultado que las causas más frecuentes para que las audiencias no se realicen, están vinculadas con la inasistencia de determinados actores y, por lo tanto, no es posible desarrollar el acto por la ausencia de la información, necesaria para determinar si el imputado seguirá el proceso preso o en libertad (2017, p.32).

Pero, ¿a qué se debe esta ausencia? “Durante el estudio realizado el 2016 se identificó que la mayor causal de suspensión de audiencias era la ausencia de todas las partes, es decir, que todos los actores faltaban simultáneamente a la misma. Esto se debe a que existen errores en las notificaciones, o que directamente las partes no son notificadas” (Fundación Construir, 2017, p.34).

Esto da cuenta que el manejo de las agendas, desde cada uno de los juzgados, termina repercutiendo en contra del imputado y muestra la necesidad de que las funciones administrativas sean profesionalizadas.

CUADRO III
Comparación audiencias realizadas y audiencias suspendidas
Febrero 2017



* Fuente: elaboración propia

¹⁷ No obstante, el diálogo con los operadores permite vislumbrar que para ellos la carga laboral es muy alta. La realidad es que deben ocuparse de una serie de tareas administrativas y propias de un sistema escrito que terminan ocupando gran cantidad de horas de su trabajo y de allí la sensación que perciben.

El relevamiento llevado a cabo en febrero de 2017 confirma el diagnóstico inicial. En La Paz de 14 audiencias de medidas cautelares monitoreadas del total de programadas, entre los días 14 y 15 de febrero, 6 fueron suspendidas. En El Alto, durante esos mismos días, de 6 audiencias relevadas, todas se suspendieron, una de éstas luego de instalarse y comprobar la ausencia de los imputados.

Por su parte, los días 16 y 17 de febrero en Sucre, de 5 audiencias observadas, 2 fueron suspendidas. En la misma ciudad, de 2 audiencias de apelación a las que fue posible asistir el día 17 de febrero, una se suspendió luego de instalarse para verificar que, pese a haber sido notificadas, las partes apelantes –imputado y víctima– no estaban presentes. Finalmente, en Cochabamba en los días 20 y 21 de febrero, se asistió a 10 audiencias y sólo dos se suspendieron.

Si bien las audiencias instaladas para este informe son más que las suspendidas, no es menos cierto que la muestra tomada a estos fines fue menor. A pesar de ello, el número de las no realizadas sigue siendo muy elevado, lo que deja en evidencia la deficiencia apuntada.

Veamos entonces cómo repercute esta situación en cada uno de los operadores.

- i. **Fiscal.** La inasistencia de los fiscales a la audiencia será el primero de los extremos a analizar. La presencia de este funcionario resulta fundamental para el sistema de garantías ya que permite la real vigencia del derecho de defensa en juicio y sus derivaciones, por un lado, y la imparcialidad del juzgador por el otro.

En relación con el tema estudiado, como ha quedado claro del análisis normativo, la función del acusador público en la audiencia de medidas cautelares resulta elemental desde el momento en que es él quien debe formular los cargos (presupuesto material), e indicar que existen peligros para el proceso. Su presencia se convierte, en este contexto, en un presupuesto de validez del proceso.

En términos generales, conforme surge del cuadro IV, los fiscales suelen estar presentes. Sin embargo, se pudo constatar que en distintos casos el fiscal no participaba del acto y, a pesar de ello, éste se llevó adelante sin su presencia.

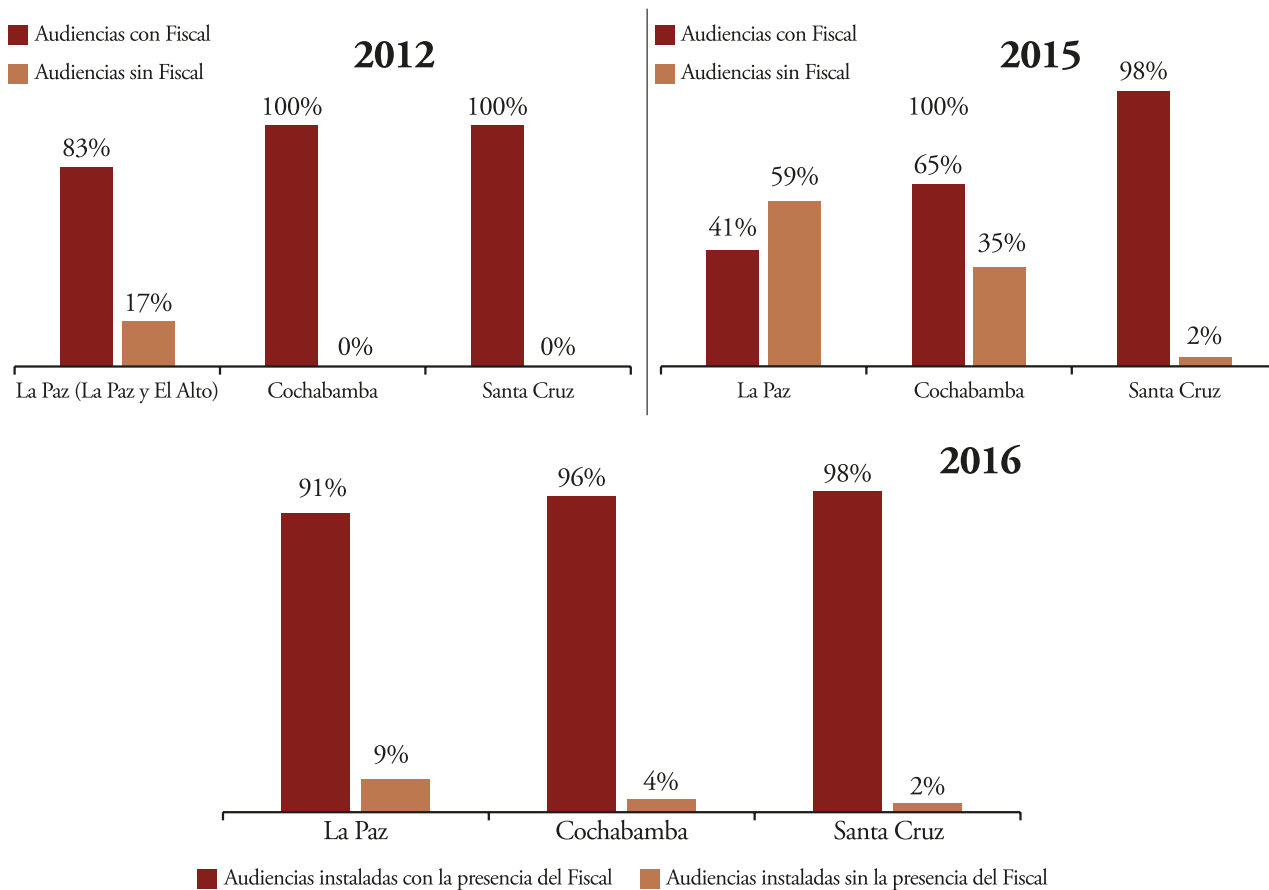
“La instalación de audiencias sin presencia del fiscal continua siendo una práctica cotidiana en las audiencias cautelares a la que los/as operadores/as de justicia recurren para reducir los porcentajes de suspensión de audiencias y/o garantizar el cumplimiento de los plazos y definir la situación de las personas que se encuentran detenidas” (Fundación Construir, 2017, p.51 y 52).

La observación propia de febrero de 2017, arrojó como resultado que el fiscal estuvo presente en un gran número de las audiencias que finalmente se instalaron (23 audiencias). Sin embargo, en tres de las mismas no estuvo presente.

¿Qué ocurre si el fiscal está ausente? ¿Quién lo sustituye? En las audiencias relevadas se ha observado que en algunas oportunidades es la víctima quien tomaba el lugar del fiscal y, en algún caso, se hace referencia a los indicios que están transcritos en el memorial del Ministerio Público. En algún punto, más allá de los problemas que desde la óptica de la litigación se podrían presentar, a los fines del acto existe un acusador que está requiriendo la imposición de una medida cautelar.

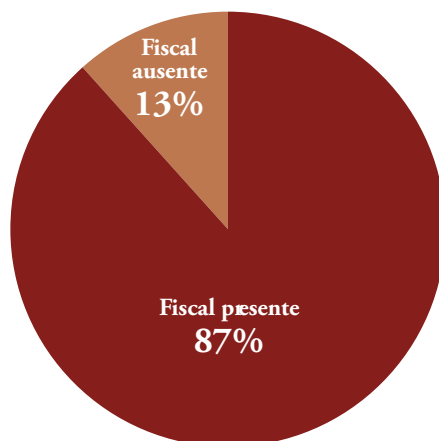
También se ha podido observar, y aquí se presenta un problema, que en algunos casos son los jueces los que leen (además del cuaderno de control del juzgado), la carpeta de investigación del fiscal que no se haya presentado en el acto. Aquí se detectan dos situaciones graves, que se encuentran relacionadas, y que se producen con motivo de que las prácticas incorporadas por el ordenamiento sancionado en 1999 no han logrado desterrar.

CUADRO IV
Presencia del fiscal en las audiencias



* Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

CUADRO V
Presencia del fiscal en las audiencias
Febrero 2017



* Fuente: Elaboración propia

En primer lugar habría que preguntarse por qué el juez tiene la carpeta del fiscal. El expediente ha sido considerado como un objeto fetiche que es venerado por todos los operadores del sistema. Aquel sujeto procesal que tiene su manejo, posee un gran poder sobre el propio proceso ya que tiene la potestad de decidir qué es lo que ingresa en él y que información no. Esto es de vital importancia ya que en el juicio se reproducirá sólo lo que ha sido colectado durante la investigación.

Incluso en aquellos modelos en los que la investigación es fiscal, pero no se ha podido erradicar el expediente, la pelea entre el representante del Ministerio Público y los jueces ha sido álgida. El caso de la provincia de Buenos Aires en Argentina, en este sentido, ha sido paradigmático. Así, a poco de asumir la función, los fiscales a cargo de la investigación decidieron que la causa tenía que estar siempre en la sede del Ministerio Público y, en caso que hubiera alguna incidencia que resolver, había que extraer fotocopias y remitirlas al órgano jurisdiccional que correspondiera.

“La reacción de los jueces no se hizo esperar: se opusieron terminantemente a aplicar esa modalidad de trabajo y reclamaron para sí el derecho de recibir el expediente completo y trabajar sobre él”. En consecuencia, el conflicto se suscitó en torno a ese objeto y a quien ejercía su propiedad (esto es, quien tenía la versión original). Esta vocación de propiedad deja en evidencia el lugar simbólico y central que ocupa en el proceso (Martínez, 2007, p.210 y 211).

Frente a esta situación, los modelos acusatorios adversariales establecen que en lugar del sumario judicial, y con el objeto de poner nuevamente en el centro del proceso al juicio, las constancias de la investigación serán volcadas en un legajo desformalizado. Al respecto se ha dicho que:

“Concretamente, un legajo desformalizado consiste en un registro en el que el Ministerio Público consigna aquella información básica (con fines de garantía para contralor de la defensa), que le permitirá preparar adecuadamente su presentación ante el juicio. Es decir, es el registro sobre la actividad que desarrolla el Ministerio Público. Como uno de los objetivos básicos de la investigación penal preparatoria es la necesidad que existan estrategias de investigación, aquella requiere dinamismo y eficacia en la búsqueda de información” (García y Martínez, 2014, p.78).

Sin embargo, también en este supuesto ha existido un conflicto entre jueces y fiscales por su manejo. Así, como ocurre en el caso de Bolivia, se ha podido observar –como se dijo– que al momento de resolver el planteo de las partes, los jueces tienen en su poder la carpeta del fiscal. Al tenerla y poder consultarla, llegan a la audiencia con una idea general acerca del caso y sus circunstancias. Asimismo, conocen cuál es la estrategia del fiscal.

También se pudo observar que los jueces tienen en su poder durante la audiencia, la carpeta judicial o cuaderno de control del juzgado. Se trata de un “mini expediente”¹⁸ que contiene, por ejemplo, el escrito de imputación formal que la fiscalía presenta y los antecedentes que adjunte, las resoluciones de admisión, los memoriales que presenta la defensa, el pedido de constitución del querellante. Es decir, cierta cantidad de información fundamental para la resolución del asunto que deben tratar.

“De esta manera, ya no importa lo que las partes sostienen, ni será necesario un enfrentamiento dialéctico de posiciones, sino que ellas serán reemplazadas por las constancias escritas que se han colectado –generalmente sin control– siguiendo los mecanismos burocráticos de incorporación de la información”¹⁹. En definitiva, no toman la decisión con base en lo que se discute, sino a lo que el fiscal volcó en su legajo o lo que se registró en la carpeta judicial.

18 Los jueces lo tienen encuadrado y foliado y una de las personas entrevistadas señaló que se le llamó la atención por no tenerlo foliado.

19 García y Martínez. (2014). La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal, p.45.

El segundo de los problemas está relacionado directamente con el modelo procesal. El gran paso que dieron los códigos acusatorios de primera generación de la reforma, fue la división entre las funciones acusatorias y las decisorias. La intención fue garantizar que no se rompa el equilibrio que debe existir en el marco del proceso penal.

De esta manera, “la garantía de separación (...) representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*), del juez respecto a las partes de la causa, que (...), es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez. Por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba que pesan sobre la acusación, que son las garantías procesales del juicio” (Ferrajoli, 1989, p.567).

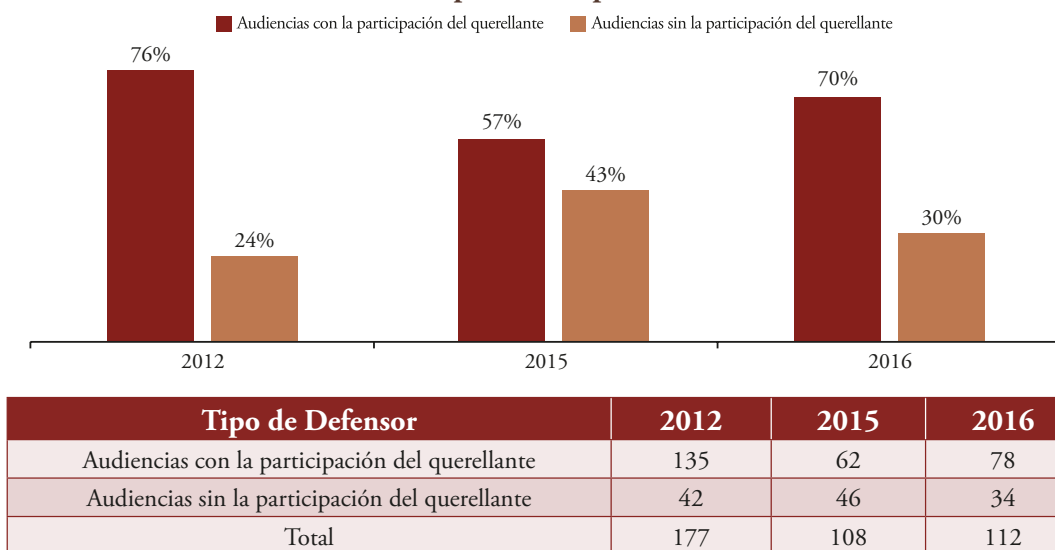
De esta forma, que el juez ocupe el lugar del fiscal en la audiencia tiñe toda su actividad frente al caso. ¿Qué puede plantear la defensa si es el que debe decidir quien toma la posición del acusador? Más allá de la buena o mala intención –algunos entrevistados señalaron que, en el caso de personas aprehendidas, era necesario llevar a cabo la audiencia aún en ausencia del fiscal para no caer en incumplimiento de los plazos procesales para su realización.

Lo que se pierde de vista en situaciones como la del análisis es que los jueces son quienes, en definitiva, terminan subsanando la actividad defectuosa de la acusación, en desmedro de los derechos de los imputados. En esas condiciones, la condescendencia de los jueces no genera ningún incentivo para que los fiscales asuman de forma responsable su rol.

- ii. **Víctima - querellante.** El otro sujeto procesal que está en condiciones de solicitar la aplicación de una medida cautelar, según el ordenamiento procesal, es la víctima. Se trata, según la clásica división, de un sujeto eventual del proceso con lo cual, salvo en determinados supuestos, su ausencia en los actos procesales (siempre que fuera correctamente notificado), no generaría su invalidez.

La comparación realizada por la Fundación Construir en el Cuadro VI deja en evidencia que existe una gran cantidad de víctimas que se constituyen en parte en el proceso penal, para ejercer los derechos en el marco del mismo. Asimismo, se observa que asisten a un gran número de audiencias a fin de participar y controlar la actividad de las otras partes.

CUADRO VI
Participación del querellante



*Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

Ahora bien ¿la ausencia del querellante o la víctima en la audiencia de medidas cautelares debe generar la suspensión de dicho acto? En principio, salvo que se trate de delitos que necesariamente requieran del impulso del acusador particular, si no se presenta en el acto por propia voluntad no debería aplazarse.

Sin embargo, el estudio de la Fundación Construir de 2012 da cuenta que se dieron supuestos en los que se postergaron las audiencias por errores en la notificación, con las correspondientes demoras innecesarias que vulneraron los derechos de los imputados (2012, p.168). De esta forma, la ineficacia del Estado (que podría haberse salvado si existiera un órgano encargado de llevar adelante toda la tarea administrativa y de apoyo), se volvió en contra de la persona perseguida penalmente.

Asimismo, no se debe olvidar que la colisión de dos derechos fundamentales (el de la víctima, de participar para lograr la tutela judicial efectiva, y el del imputado para que su situación sea resuelta en un plazo razonable), se debe solucionar utilizando criterios de ponderación. En este caso concreto, no quedan dudas que es el derecho a la libertad del imputado el que debe primar.

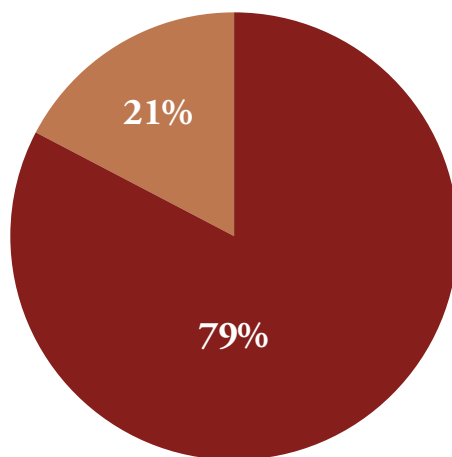
iii. Imputado. La presencia del imputado en las audiencias en las que se debatirá acerca de su libertad, resulta fundamental para que pueda ejercer adecuadamente los derechos que el ordenamiento procesal le reconoce.

En este sentido, Maier afirma que “(...) el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe (...)” (Maier, 1999, p.547).

El imputado tiene el derecho de intervenir, “hallarse presente” dice el artículo 14.3.d, PIDCP, con el objeto de conocer y de contradecir la imputación (v. gr., Art. 8.2.g CADH), (Cafferata, 2008, p.121).

Como consecuencia de todo lo hasta aquí expuesto, es claro que si el imputado no se encuentra presente en la audiencia, ésta no puede realizarse. Algunos estudios afirmaban que, por lo general, se trataba de uno de los sujetos procesales que más veces faltaba a los actos.

CUADRO VII
Presencia del imputado en las audiencias
Febrero 2017



* Fuente: Elaboración propia

En el Informe de la Fundación Construir se evidenció que la persona perseguida penalmente no se había presentado en un 47% de las audiencias relevadas –154 casos– entre noviembre y diciembre de 2015 y en un 60% –212 casos– durante las observaciones en el 2016 (2017, pág. 33 y 34).

En el relevamiento efectuado en febrero de 2017 encontramos que de un total de 23 audiencias que se iniciaron, 5 de ellas fueron suspendidas por la ausencia del imputado.

La cuestión en debate tiene una arista que no puede ser desconocida y que se refiere a si el imputado se encuentra en libertad o si, por el contrario, se encuentra privado de ella. El problema que se presenta en este último supuesto es la necesidad de su traslado a la sede del tribunal y esta ha sido una de las situaciones que ha generado su ausencia en el acto.

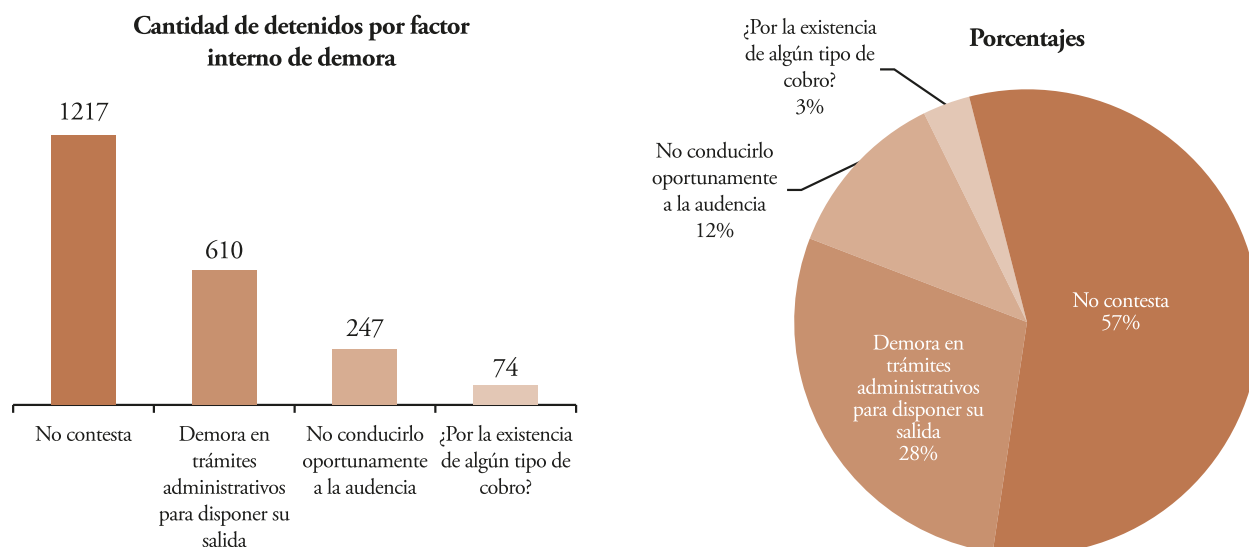
Una de las personas en detención preventiva entrevistada relató que, en ocasión de una audiencia de reconstrucción cuando solicitó que lo trasladaran, el servicio penitenciario le explicó que no podían hacerlo en razón a que el juzgado no los había notificado. Luego, cuando habló con otro detenido, se enteró que efectivamente el acto se había realizado sin su presencia. Este ejemplo, que se replica entre las personas privadas de su libertad, permite observar dos circunstancias diferentes que en algún punto se encuentra entrelazadas: corrupción y burocracia administrativa.

A lo largo de este informe se ha hecho mención a las denuncias formuladas por la Defensoría del Pueblo de Bolivia respecto a los sucesos de corrupción que se viven en las cárceles bolivianas. En este punto, se afirma que:

“Otro aspecto a tomar en cuenta es la distancia entre las oficinas de los jueces y los recintos penitenciarios, hecho que implica costos para el traslado de los privados de libertad preventivos a oficinas, y filas interminables de reclusos esperando su turno para ser trasladados a su audiencia. Cuando al interno se le fija fecha y hora para su audiencia, es vital su asistencia, por lo cual estas personas se ven obligadas a pagar para obtener celeridad en este procedimiento, y en definitiva se convierte en otra fuente de ingresos ilícitos. Han sido comunes las protestas, incluso con motín de los reos, como en el

CUADRO VIII

Factores internos que demoran o impiden la presentación de detenidos en audiencias



* Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

penal de San Pedro de La Paz, exigiendo que las autoridades arreglen las movildades o asignen otras para el traslado de los detenidos, o que asignen un mayor número de policías para que acompañen a los reclusos como “seguridad”. En varios recintos grandes, se ha señalado que Bs. 500 es el monto que se cobra a los internos por “servicios” entre los que se incluye la movilidad, ya sea del Estado o particular, el policía de custodio y la autorización para salir” (Defensoría del Pueblo, 2016, p.9).

En ese estudio se pudo determinar que un 3% de los entrevistados reconocieron que su retraso o ausencia se debió a la falta de pago de ese “tributo”. De esta manera, la necesidad de asistir a las audiencias de medidas cautelares es un claro incentivo para que esta situación se mantenga constante.

Existen además razones administrativas que dificultan la llegada de los imputados detenidos a las audiencias. En el relevamiento efectuado por dicho organismo se logró verificar que “entre los factores internos preponderantes se tiene que un 28 % no asiste a las audiencias por demora de trámites administrativos para disponer su salida, por ejemplo autorizaciones, falta de policías custodios, de transporte, entre otros”. En algunos de los casos seguramente esta circunstancia se deba a cuestiones burocráticas mientras que, en otras, estas trabas tienen como finalidad lograr el pago de ese “tributo”.

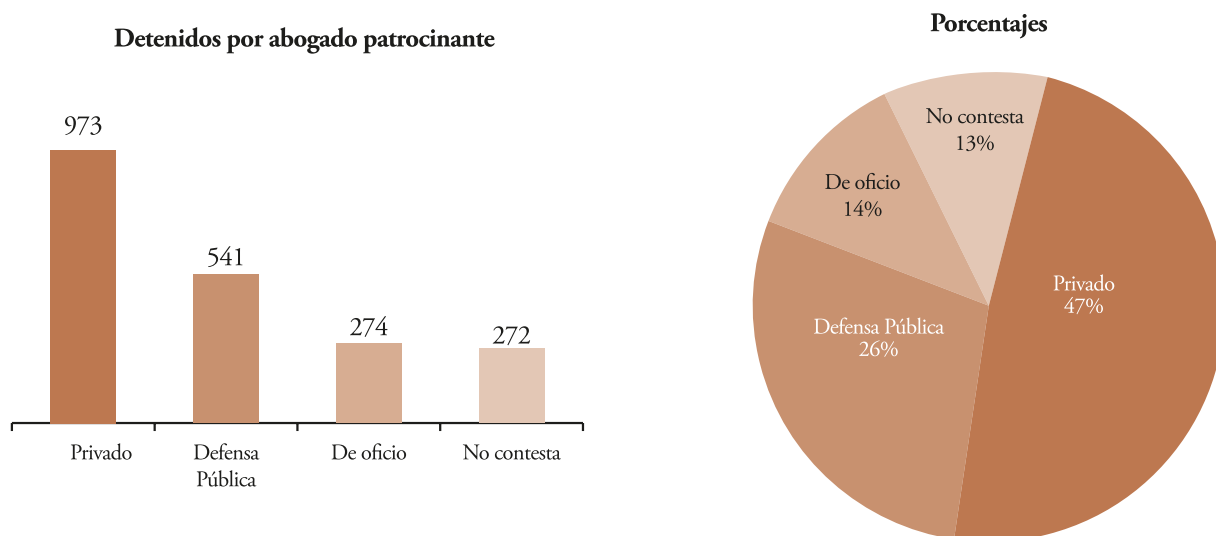
Seguramente, producto de estas circunstancias, el informe también alerta que un 12% de los entrevistados no fueron conducidos a las audiencias el día que les correspondía ir. En este punto, el principal problema que se pudo observar es que, frente a la ausencia, se determina la rebeldía del imputado.

iv. Abogado defensor. La presencia del imputado en la audiencia por sí sola no resulta suficiente para garantizar su derecho de defensa. Para ello resulta fundamental que pueda contar con un abogado que lo asista en todas las actividades que se desarrollan en el marco del proceso penal, con el objeto de lograr la equivalencia de conocimientos jurídicos con el acusador (Cafferata, 2008, p.133). De esa manera, la presencia del letrado se transforma en otro presupuesto de validez del acto.

En el caso de Bolivia, según el Informe de la Defensoría del Pueblo (2016), casi la mitad de los imputados es defendido por abogados de la práctica libre (47%), mientras que los asistidos por la defensa pública llegan al 26%.

CUADRO IX

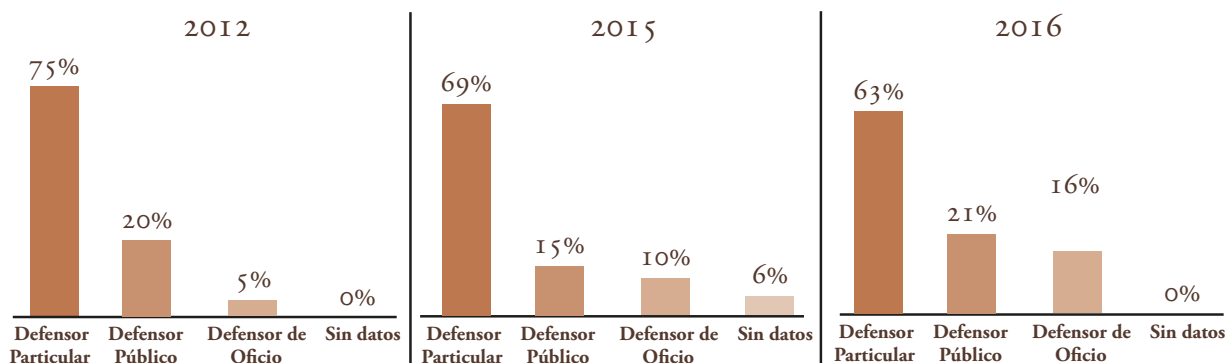
Tipo de defensa legal a la que recurren las personas privadas de la libertad



* Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

Por este motivo, la audiencia no puede celebrarse si el abogado defensor no se encuentra presente. De hecho, el ordenamiento procesal determina que no podrá llevarse a cabo ningún acto del proceso sin su presencia. El cuadro X del relevamiento comparado de la Fundación Construir da cuenta que todas las audiencias realizadas contaron con un defensor.

CUADRO X
Participación del abogado defensor en las audiencias



* Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

Sin embargo, ese mismo informe demuestra que una gran incidencia en la suspensión de audiencias está dada por la ausencia de la asistencia técnica. Durante las observaciones del 2015 se determinó que esa circunstancia se presentó en un 36% (118 casos) mientras que en el 2016 fue del 43% (151 casos) (Fundación Construir, 2017, p.33 y 34).

¿Cómo podría hacerse frente a esta situación? ¿Es la defensa pública o de oficio la que debería atender estos casos? Teniendo en cuenta que un fiscal de Sucre estimó que esta era una opción, no se debe perder de vista que, al tratarse de un derecho del imputado, la última palabra le corresponde a él. Por ello, el juez no podría, ante la ausencia del letrado designado por el imputado, designar a un defensor público para que el acto tenga validez.

- v. **Juez.** Los informes consultados y los relevamientos propios también alertan acerca de la ausencia del juez como motivó de la suspensión de las audiencias. En este punto, no se puede soslayar que son ellos quienes manejan sus agendas pues, como ya se ha mencionado, no existe una oficina que se encargue de fijarlas. De esta manera, el interrogante que habría que formularse es el siguiente: si ellos organizan y fijan las audiencias ¿por qué no están presentes o llegan tarde a ellas?

Y en este punto hay que señalar que no se trata de excepciones o situaciones imponderables que pueden ocurrir. El informe de la Fundación Construir señala que, durante el año 2015, el 34% (111 casos), de las audiencias suspendidas se debió a la ausencia del juez, mientras que en el año 2016 se produjo en el 32% de los casos (112) (Fundación Construir, 2017, p.33 y 34). También durante el relevamiento realizado en febrero de 2017, hubo casos en los que se debieron re agendar audiencias porque los magistrados estaban realizando otros actos en ese mismo momento. En este sentido, no se puede dejar de señalar todo el movimiento que implica su realización y el traslado del detenido y de las partes al juzgado.

Esto claramente demuestra que el sistema de fijación de audiencias presenta claras debilidades y requiere que se unifique, en un mismo organismo, la tarea administrativa con el objeto de que exista una actividad concentrada que permita organizar de mejor manera el recurso más preciado que tiene el sistema: el tiempo juez.

4.2.2.2 Legalidad de la aprehensión. Otro de los aspectos fundamentales es el referido a la discusión acerca de la legalidad de la aprehensión. Los instrumentos internacionales de derechos humanos determinan que la persona detenida debe ser llevada *inmediatamente* ante el juez. Los códigos han traducido dicho término en la obligación que el imputado sea presentado al juez dentro de las 24 o 48 horas de producida su aprehensión.

El Código de Procedimiento Penal establece la obligación del fiscal de presentar al imputado dentro de las 24 horas, cuando haya ordenado su detención (Art. 226 segundo párrafo). Cuando la aprehensión es practicada por la policía, los agentes de seguridad deben ponerlo a disposición del fiscal dentro de las 8 horas (Art. 227 último párrafo), quien debe solicitar la audiencia dentro de las 24 horas.

En este sentido, conviene reiterar la crítica efectuada respecto a que la única persona autorizada para disponer la libertad de un ciudadano, al margen de quien haya ordenado o logrado la detención, es el juzgador. El proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano también ha rescatado estos principios y la obligación que el imputado esté frente a un juez dentro de las 24 horas (cfr. Arts. 362 inc. 9, 437, 442 primer párrafo y 513 segundo párrafo).

Esta actividad permitirá verificar la legalidad de la detención, de la actuación de la policía y del fiscal con cierta inminencia, lo que es útil para comenzar a evitar los abusos que se producen en las sedes de los organismos encargados de la prevención. Es decir, se discutirá en primer lugar si el arresto de la persona fue legal (por ejemplo, como consecuencia de la detención producida en la vía pública, en un allanamiento, etc.). A su vez, permite una discusión de calidad sobre el cumplimiento y respeto de los derechos que le asisten a todo ciudadano. Opera, entonces, como presupuesto previo para avanzar en la investigación y, en su caso, disponer el encierro o detención.

Por lo general, esta discusión se produce de forma previa a que el fiscal formule o formalice los cargos. En definitiva, esta audiencia suele ser la más importante, en términos de protección de derechos y garantías, pues constituye el acto por excelencia donde se discutirán determinadas cuestiones que otros sistemas no regulan, como aquellos en los que se produce la investigación avanzada o el propio juicio oral.

A pesar de su importancia, por lo general, los códigos no han regulado expresamente dicha práctica, de modo tal que en muchos casos no se discute. En las audiencias que se presenciaron no se observó que se llevara a cabo este examen de legalidad de forma ordenada, aunque en alguno de los supuestos la defensa interrumpió el relato del fiscal y planteó la nulidad de la aprehensión.

La práctica de los operadores en Bolivia da cuenta que se plantea como incidente de actividad procesal defectuosa (Art. 167), como excepción o como acción de libertad (Art. 125 CPE). Sin embargo, existe la creencia que ellas deben ser presentadas y resueltas por escrito.

De este modo se impone que, como nueva práctica responsable de los derechos, se construya la necesidad que, previa a la formalización de la investigación, el juez controle si la detención de una persona fue legal y que no hayan existido abusos por parte de las autoridades del Estado.

4.2.3 Lineamientos generales sobre la actuación de los intervinientes

En este apartado se van a desarrollar algunos argumentos relacionados con la forma de actuación de los distintos operadores del sistema en el marco de la audiencia de medidas cautelares. Se trata de temas que tendrán impacto en el desarrollo del acto en el que se debata si el imputado permanecerá durante el proceso privado de su libertad o no.

En primer lugar, es necesario hacer algunas referencias acerca de la función jurisdiccional. En este sentido, como ya se ha señalado, la organización existente en Bolivia se emparenta con los sistemas inquisitivos. “La vocación inquisitiva de los procedimientos jurisdiccionales, en boga en la época en la que se produjo la colonización, nos fue trasladada y sirvió de base también para la organización de los poderes judiciales y los tribunales donde la jerarquía es la base de todo el sistema. Como ha sido constantemente señalado, el poder judicial ha poseído históricamente una estructura de naturaleza vertical, lo cual significa que el juez es el jefe o director de su despacho (...)” (Mora Mora, 2005, p.126).

En este sentido, la existencia de juzgados gerenciados por un juez no corresponde con los modelos acusatorios-adversariales. Como se ha visto, la ausencia del juez –cualquiera sea la razón– determina, como se pudo observar, la suspensión de la audiencia. En algún punto, cuando el caso queda radicado ante un juzgado, importa que siempre sea el mismo juez el que tenga que intervenir. La organización, a través de colegio de jueces, como postula el proyecto de Código del Sistema Penal Boliviano, permite que siempre exista un juez disponible para la realización de una audiencia, evitando el problema endémico que sufre el sistema de justicia.

La organización judicial, mediante colegios de jueces, responde a la idea que todos los jueces están en condiciones de ejercer la función jurisdiccional, sin importar el tipo de decisión o la etapa procesal en la que intervengan. Por ello se afirma que la organización actual de carácter rígido significa limitar la tarea jurisdiccional e impedir que se maximice el uso del recurso “juez”.

Hecha esta breve aclaración, existen ciertas situaciones que deben ser analizadas. Se observó que en las audiencias no se planifica la organización del acto por parte del juez. Por lo general, una vez que el fiscal toma la palabra, realiza todas las aseveraciones que correspondan (presupuesto material, existencia de riesgos, medida cautelar solicitada), lo mismo realiza el representante de la víctima y luego, a su turno, la defensa efectúa las argumentaciones posibles y aporta las pruebas necesarias para refutar los riesgos procesales. Por último, el juez toma la decisión.

Sin embargo, salvo excepciones en las que se observaron interrupciones para evitar repeticiones de las partes, durante todo el acto el juzgador no interviene ordenando la discusión, permitiendo que cada uno de los elementos sea argumentado y controvertido por las partes. Esta función es la que permite una mejor comprensión de cada uno de los extremos debatidos que, en definitiva, permiten que la decisión que tome, finalmente, el magistrado sea de mejor calidad.

La estructuración de la audiencia en diferentes momentos implica reconocer que existen “escalones” que deben ser superados. Así, el primer debate estará dado por la existencia de un hecho delictivo en el cual el imputado ha tenido cierto grado de participación. Si este primer momento no se resuelve (es decir, que el juez soluciona a favor de la existencia del supuesto material), no se podrá avanzar hacia la segunda etapa (que estaría dada por la discusión acerca de la configuración de riesgos para el proceso).

Esta modalidad de trabajo en la audiencia permite segmentar los debates importando dos ventajas: por un lado, favorece discusiones mucho más profundas sobre cada momento; y por otro, permite que una audiencia no se extienda en el tiempo, si es que no se acredita la existencia del hecho, su tipificación legal o participación.

También se notó, y se volverá sobre esto más adelante, que el lenguaje utilizado por el juzgador no fue sencillo para que los ciudadanos que son traídos al proceso penal (imputado y víctima), puedan comprender el alcance de la decisión. De hecho, las entrevistas realizadas a las personas privadas de su libertad arrojaron como resultado que el juez no se dirigía a ellos sino a su defensor.

Asimismo, se observó en las audiencias que, una vez terminado el acto, víctima, familiares e imputados, se acercaban a los abogados para que les explicaran lo que había sucedido. A esto se debe sumar que, en algún

punto, no hubo interacción entre los distintos intervinientes. Cada uno de ellos parecía estar ensimismado en sus propias ideas a tal punto que, en algunos supuestos, se vio a distintos actores, por ejemplo, utilizar el teléfono celular mientras otro estaba haciendo uso de la palabra.

En algún punto este escenario en el que si bien todos los intervinientes están reunidos en un mismo lugar, pero no existe verdadera interacción, se relaciona con otros de los aspectos que se pudo observar en las audiencias: la presencia del expediente o carpeta fiscal.

Este es un tema que se aborda en distintos lugares de este informe. En este momento se quiere resaltar que, como todos los intervinientes tienen acceso a él, el debate que debiera efectuarse en ese ámbito es en realidad una *puesta en escena* para dar cumplimiento a las normas del procedimiento. Se trata de una oralidad actuada que no cumple con esa función de humanizar el conflicto.

Sobre la intervención del Ministerio Público se debe indicar que el criterio de unidad de actuación responde a la idea que, en casos similares, la respuesta del representante sea la misma. En las entrevistas realizadas se logró verificar que, aun cuando se hizo mención a la existencia de protocolos para los fiscales, pareció que no eran conocidos por todos los integrantes del organismo.

Este tipo de situaciones permitirían organizar de mejor manera el oficio y lograr que cualquier fiscal pueda concurrir a las audiencias, evitando que ellas se suspendan por ausencia del acusador público. Se reconoció en esta lógica que en Sucre están comenzando a trabajar en una nueva organización administrativa con fiscales especializados.

Finalmente, en relación a la defensa pública, no se puede desconocer que la falta de autonomía funcional del organismo, se transforma en un mecanismo de presión que pueden sufrir quienes se desempeñan en esa institución.

En esta dirección, se afirmó con razón que:

“(...) el derecho a la defensa técnica no se viola únicamente ante la actuación negligente del abogado defensor, sino que tampoco se lo garantiza cuando existe un desempeño desleal y en la medida en que el defensor no esté en condiciones de tomar decisiones independientes acerca de cómo conducir la defensa, libre de toda injerencia, influencia o presión indebida. Además, la falta de autonomía de los defensores públicos genera problemas de desigualdad entre los justiciables, en la medida en que coloca en desventaja a quienes no tienen recursos para solventar defensas particulares, pues quien puede pagar un abogado privado no es sometido a posibles instrucciones de jueces o fiscales y estará en mejor posición que quienes deben optar por una defensa pública institucional y/o funcionalmente dependiente, cuyos agentes probablemente actúen de manera ineficaz por las presiones referidas (o por temor a ellas)” (Martínez, 2014, p.16 y 17).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), ha sostenido que los Estados miembros deben otorgar en la legislación interna autonomía funcional, administrativa y financiera a los sistemas de defensa pública con el objeto que tenga la misma capacidad institucional de gestionar los procesos que la fiscalía.

En el “Examen de los Informes Presentados por los Estados Parte con Arreglo al Artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, del 31 de marzo de 2010, y la Asamblea General de la OEA en los documentos “Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Oficiales”, Resolución AG/Res. 2656 (XLI-0/11), del 10 de mayo de 2012, “Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad” AG/RES. 2714 (XLII-O/12), junio de 2012, y “Hacia la Autonomía de la Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia” Resolución AG/RES.

2801 (XLIII-O/13), del 5 de junio de 2013, ya se había expedido acerca de la necesidad que las defensorías públicas tengan autonomía; el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

También hay que señalar que, de las entrevistas, se pudo determinar que no existen directrices aunque trabajen con formas estandarizadas. La intervención de los defensores se da a lo largo de todo el proceso (defensa única) y son ellos los que consiguen la información, luego de entrevistarse con los familiares. También se indicó que los fiscales tienen ciertas ventajas a la hora de recabar cierta información, desde el momento que tienen convenios firmados con instituciones públicas. La Comisión IDH ha dicho, en este sentido, que los Estados deben “(...) garantizar el principio procesal de igualdad de armas entre la defensa pública (o licitada cuando sea el caso) y la fiscalía. En particular, en aspectos tales como la capacidad de actuar, presentar y producir pruebas, tener acceso a los expedientes y a lo actuado en las investigaciones”.

4.2.3.1 Acreditación de la materialidad

En el análisis normativo ha quedado en evidencia que el primer aspecto que debe presentar el Ministerio Público, y también el querellante, se refiere al presupuesto material. En este apartado se analizarán, con base en los informes, relevamientos y entrevistas realizadas, distintos aspectos que se relacionan con este supuesto de cualquier medida cautelar.

En primer lugar, el acusador debe realizar un relato del hecho. Esta circunstancia que pareciera de toda lógica, tropieza con la realidad que los litigantes están acostumbrados a discutir sobre teorías (Alliaud, 2016, p.47), y esto se debe a que existe confusión entre el hecho y los elementos o conceptos jurídicos (Lorenzo, 2014, p.38). El relevamiento efectuado confirma esta situación.

Por ello, es importante recordar que:

“Es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es imprescindible de la idea de “hecho”, ya que la verdad es como tal, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas, y por lo tanto, susceptibles de verificación. Por consiguiente, la verdad en el proceso no es una entidad metafísica, sino de verificación (...) Una dogmática penal que ha desplazado el eje hacia el concepto de “acción”, desatendiendo su integración en lo fáctico, y que ha acentuado el subjetivismo, con descuido de las implicancias en el litigio, y aunado a ello, la desidia burocrática por el juicio, ha fortalecido de un modo indirecto la pervivencia del derecho penal de autor” (Binder, 2012, p. 224 y 225).

De esta forma, se constituye una garantía para los ciudadanos, la garantía del hecho sobre la que se ordenan todas las demás (Binder, 2012, p.225). En consecuencia, la exteriorización del presupuesto material en estas condiciones se constituye en un escudo protector de la persona perseguida penalmente.

En las audiencias observadas se pudo constatar que los fiscales realizaban la imputación formal leyendo su carpeta en lugar de realizar un relato acerca del hecho objeto del proceso. Esta situación da lugar a una segunda reflexión. La forma utilizada por los acusadores para llevar adelante la formulación de cargos (esto es, el presupuesto material) tiene su base en lo que se ha llamado “modelo de parte policial”. En este sentido, se ha dicho que en “(...) el caso de la acusación, se observa que con frecuencia la fiscalía se limita a “oralizar” el informe escrito por el policía investigador, sin haber hecho previamente una valoración de los elementos importantes para sustentar su solicitud. No se nota que haya habido un análisis previo del caso que le permita a la acusación proyectar a futuro su caso (...)” (Lorenzo, 2009, p.109).

Las descripciones observadas en la audiencia permiten concluir que los fiscales (y también los querellantes) utilizaban los registros policiales para formular su imputación, de la manera en que allí estaba narrado. Esto de ninguna manera puede ser útil para dar cumplimiento a la mencionada garantía porque no satisface el requisito de comunicar el hecho.

A su vez, las observaciones realizadas confirmaron el diagnóstico efectuado. Entre los distintos problemas que se relevaron se pudo notar que existió un relato desordenado de los hechos, no se lo contextualizó correctamente o, como se dijo, se leyó el legajo. Hubo casos en los que no se individualizó a las víctimas o no se distinguió el papel que les cupo a los imputados. Todas estas situaciones ponen en crisis el derecho que tiene el imputado de poder defenderse correctamente.

En lo que hace al papel del querellante en estas audiencias, en algunos casos se notó una actitud pasiva adherida a la postura del fiscal, y en otros, postulando calificaciones distintas. También se pudo observar defectos similares a los enunciados respecto del fiscal: falta de identificación acerca de qué hizo cada imputado, relatos sin circunscripción de circunstancias de modo, tiempo y lugar e incluso, en algún caso, ni siquiera se hizo descripción del hecho. El mayor problema para los derechos del imputado respecto de estos temas relevados se produce cuando el fiscal no estuvo presente y el representante de la víctima asumió su lugar.

Luego de que el acusador relata el suceso, existe la obligación de indicar y señalar en qué elementos se funda. Y aquí surgen dos cuestiones sobre las que hay que realizar puntualizaciones conforme lo observado conforme lo observado en las audiencias.

Por un lado, es importante diferenciar entre la evidencia y la prueba en el marco de un sistema adversarial y, por otro, el tipo de información se produce en las audiencias de medidas cautelares.

Como punto de partida, se debe reconocer que la diferencia entre la evidencia y la prueba tiene que ver con el momento en que ellas se producen y, básicamente, con la posibilidad de control de esa información. De esta manera, la evidencia es aquella que colecta el acusador durante la etapa de investigación que le permitirá sostener que tiene un caso para llegar a juicio y, en lo que respecta al tema en estudio, para poder justificar que existe verosimilitud en el derecho y peligro para el proceso si el imputado lo transita en libertad. Por el contrario, la prueba es aquella que se produce en el juicio y que traspasó el tamiz del control de la contraparte. Solamente con base en ella se podrá dictar una sentencia.

“Una discusión muy frecuente en torno a la actividad propia de las audiencias de la etapa preparatoria versa sobre la posibilidad de producción de prueba. En este sentido, es importante señalar que la regla en estas audiencias es que no se produce prueba. La prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada en el mismo, y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta (...)” (Lorenzo, 2014, p.51)

En este sentido, en las audiencias de medidas cautelares el debate que se produce entre las partes es dialéctico de modo tal que no es necesario, en principio, que en ese marco se produzca prueba. El acusador debe señalar en qué elementos funda su imputación, mas no es necesario que esos testigos a los que hace referencia estén presentes en esa audiencia.

Esta modalidad es la que denominamos como “*oralidad argumentativa*”, es decir, que las partes puedan generar argumentaciones a favor de sus pretensiones, sobre la base de la información de respaldo con la que cuenten en sus legajos o carpetas de investigación.

El diálogo con los actores se dejó en evidencia que existe cierta confusión respecto a este extremo y, por eso, es fundamental hacer hincapié en este aspecto para evitar que se puedan producir prácticas equivocadas. Esto tiene repercusiones también en la forma en la que se produce la información acerca de los riesgos procesales.

De las audiencias observadas se pudo apreciar que los fiscales exhibían las pruebas que tenían en sus legajos y se leían los memoriales existentes. Esto mismo se observó cuando eran los acusadores particulares los que llevaban adelante esa tarea.

Ahora bien ¿cuál es el papel de la defensa una vez que el acusador terminó de formular el presupuesto material?

Este debe ser uno de los momentos más conflictivos para el control que lleva el juez de la audiencia. Debe quedar claro que no es el momento para que la defensa comience a debatir acerca de aspectos probatorios. En realidad, la actividad de la defensa se circunscribe a solicitar todas las aclaraciones necesarias para que no le queden dudas acerca del hecho objeto de imputación y pueda prepararse para el juicio.

Su esfuerzo debe estar orientado a lograr que el suceso quede fijado correctamente para que queden claros cuales son los límites (la plataforma fáctica) sobre los que pasará el proceso y de esta manera poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa en juicio de su asistido (principio de congruencia). “Si el relato del hecho ha sido claro, ha cubierto todos los elementos del tipo penal con afirmaciones de hecho y ha podido situar al imputado como participante, la defensa no tendrá alegación posible sobre este punto (...)” (Lorenzo, 2014, p.67).

Sólo de esta manera se evita lo que han sido denominados “mini-juicios” que no son otra cosa que el adelanto de discusiones propias del debate a las audiencias en la etapa de investigación. En esta dirección, un fiscal entrevistado, criticando la labor de la defensa, señaló que en esas audiencias se plantean incidentes, exclusiones probatorias y se hacen alegaciones que desnaturalizan sus fines. En las audiencias se pudo observar que los abogados contradecían, por lo general, la versión del fiscal y en algunos supuestos se hacía referencia a cuestiones o discusiones dogmáticas; lo que, en algún punto, llevaba la discusión a otros ámbitos (v.gr., la culpabilidad).

Sobre este punto cabe hacernos una pregunta: ¿qué diferencia habría entre la audiencia de medidas cautelares y la audiencia de juicio? Si en ambas se permitiera que se discuta la materialidad y responsabilidad del imputado a través de la producción de prueba, se estaría equiparando el debate temprano de la audiencia de medida cautelar (donde el Código de Procedimiento Penal vigente exige “elementos de convicción suficientes”), con el juicio oral (donde se exige un estándar de prueba mayor para habilitar una sentencia condenatoria y de allí que se vuelva necesaria la rendición y producción de prueba). En todo caso, la capacitación debería estar orientada a trabajar acerca de lo que se entiende como “*elementos de convicción suficientes*”, en el marco de una audiencia de medidas cautelares para evitar las prácticas erróneas que se observaron.

4.2.3.2 Acreditación del supuesto procesal

Una vez que ha quedado claro y el juez ha decidido cuál es el hecho imputado y la intervención del imputado, se abre un segundo momento de la audiencia: la discusión acerca de la existencia de riesgos para el proceso. Al momento de analizar las normas vigentes quedó en evidencia que, a pesar que los únicos peligros procesales constitucionalmente válidos son el riesgo de fuga y el entorpecimiento de la investigación, el ordenamiento procesal incorpora criterios sustantivistas para completarlos o agrega nuevos peligros (reincidencia) para autorizar el encarcelamiento cautelar.

Llegado este momento, la acusación debe demostrar que la libertad del imputado pone en riesgo los fines del proceso. Esto requiere de una decisión acerca del riesgo en que fundará su pedido. Sobre esta cuestión, hay que ser sumamente cuidadoso al momento de tomar esta resolución en razón a basar el pedido en los dos presupuestos válidos (fuga o entorpecimiento de la investigación), genera una contradicción.

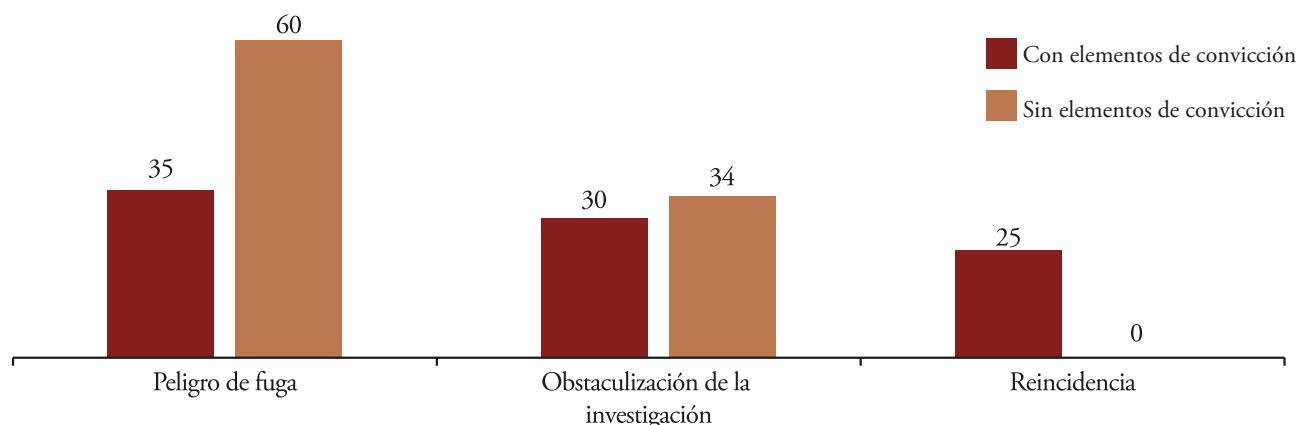
“No se trata de *intentar todo para obtener algo*, porque eso no es un accionar estratégico” (Lorenzo, 2014, p.61). Si el imputado intenta obstaculizar el descubrimiento de la verdad, esto significa que no se fugó.

Lamentablemente, en las observaciones se pudo determinar que existieron supuestos en los que el acusador solicitó el encarcelamiento cautelar con base en ambos aspectos (en un 23% de las audiencias relevadas) y, lo que es peor aún, en algunas ocasiones la persona fue encarcelada.

También quedó claro del análisis normativo que el ordenamiento procesal determina, que los riesgos procesales no pueden ser presumidos de modo tal que el fiscal debe contar con elementos concretos que permitan concluir que si el imputado mantiene su libertad se pondrán en riesgo los fines del proceso.

Sin embargo, el Informe realizado por la Fundación Construir con base en las audiencias relevadas, da cuenta que “(...) al menos en más del 50% de las veces que la imputación precisa los riesgos procesales, no aporta elementos de convicción que sustenten la medida cautelar solicitada” (Construir, 2017, p.67).

CUADRO XI
Riesgos procesales en discusión y elementos de convicción 2016



Riesgo Procesal	Total	Con elementos de convicción	Sin elementos de convicción	Con elementos de convicción	Sin elementos de convicción
Peligro de fuga	95	35	60	37%	63%
Peligro de obstaculización	64	30	34	47%	53%
Reincidencia	25	25	0	100%	0%

* Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

De allí se concluye que:

“El 2016, la estadística expone que el peligro de fuga fue argumentado en el 85% del total de audiencias instaladas (95 de 112 audiencias), sin embargo la fiscalía sólo presentó prueba en el 37% de las ocasiones. En relación al peligro de obstaculización, fue mencionado en el 57% de las audiencias instaladas (64 de 112 audiencias), pero la fiscalía sólo presentó pruebas en el 47% de las ocasiones” (Fundación Construir, 2017, p.68).

Este diagnóstico se vio corroborado en los relevamientos efectuados en febrero de 2017. Las audiencias observadas arrojaron distintas situaciones sobre las que corresponde realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, se pudo constatar que el acusador (fiscal o víctima), no aportó elementos serios para demostrarlos sino que ellos fueron presumidos. Esto es, hablaron en términos abstractos respecto de los riesgos procesales, por lo menos en lo que se refiere a los dos presupuestos constitucionalmente válidos.

Para sostener el riesgo de fuga se indicó que el imputado no aportó documentación sobre su domicilio, que no colaboró con la víctima, que había cometido el mismo delito en otra oportunidad, que se ocultó “maliciosamente” de la policía, que no tenía trabajo o tenía facilidad para cambiar de trabajo. Sin embargo, en ninguno de los casos apoyó sus dichos en algún elemento de convicción. Por otro lado, en lo referido al entorpecimiento de la investigación, se afirmó dogmáticamente que influiría en testigos, en la víctima o en otros coimputados o que faltaba recolectar pruebas.

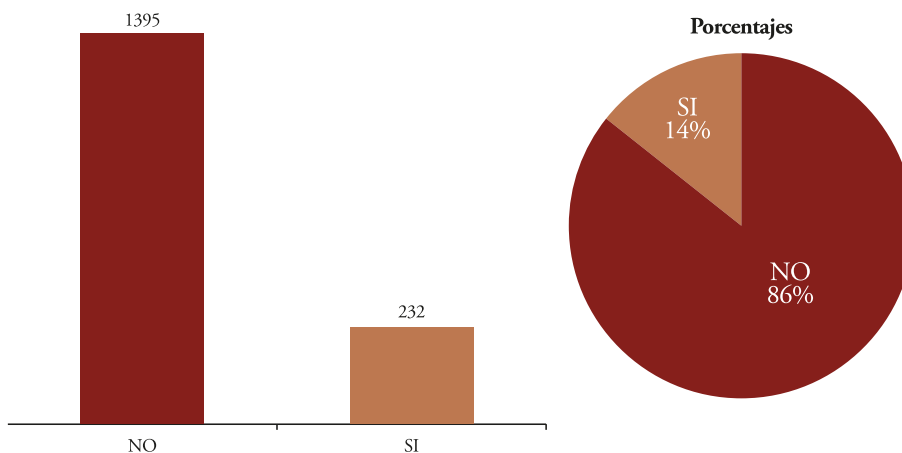
Una situación similar se notó respecto de aquellos supuestos sustantivistas que la norma procesal trae para completar el peligro de fuga. En este sentido, específicamente respecto del peligro para la sociedad y la víctima, los acusadores señalaron para justificarlo: el delito investigado, la presencia de niños en el lugar, la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima o que en el marco del hecho existieron amenazas. Lo mismo respecto de la actividad delictiva anterior donde se mencionan sólo los delitos imputados sin indicar si existió o no una condena. En estos casos, además, la utilización de elementos que ya fueron valorados para considerar el suceso como delictivo, pone en riesgo la prohibición de doble valoración.

Esto importó que se invirtiera la carga de la prueba y que fuera la defensa la que tuviera que aportar elementos para afirmar que no se pondrán en crisis los fines del proceso. La situación ha sido identificada por las personas consultadas como una práctica sostenida en el tiempo que vino a desvirtuar la obligación que en principio recaía sobre la acusación.

Sobre el particular cabe incluir una crítica categórica: imponer a la defensa la carga de probar que no concurren los peligros procesales implica presumir que éstos existen (lo que trae compromisos con la normativa internacional conforme fue desarrollada en la primera parte de este estudio). A su vez, esa inversión implica un trato desigual y discriminatorio con los imputados por ser la fiscalía la que está obligada a sostener su acusación y en mejores condiciones de hacerlo.

La premura con que se debe controlar la detención de la persona perseguida penalmente, y su imputación, hace que la defensa no pueda conseguir los elementos para lograr contrarrestar las presunciones del acusador.

CUADRO XII
¿Pudo adjuntar la documentación en la audiencia de Medidas Cautelares?



*Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

En este sentido, es muy ilustrativa la conclusión a la que se arriba en el Informe del Defensor del Pueblo que menciona que un 86% de los entrevistados no pudo acercarse a la documentación en la audiencia de medidas cautelares, debido a que no la tenían, o que el tiempo para conseguir la misma fue insuficiente. (Defensoría del Pueblo, 2016, p.29). De esta manera, por lo menos durante el primer tramo de la investigación, sufrieron la detención preventiva (ver cuadro XII).

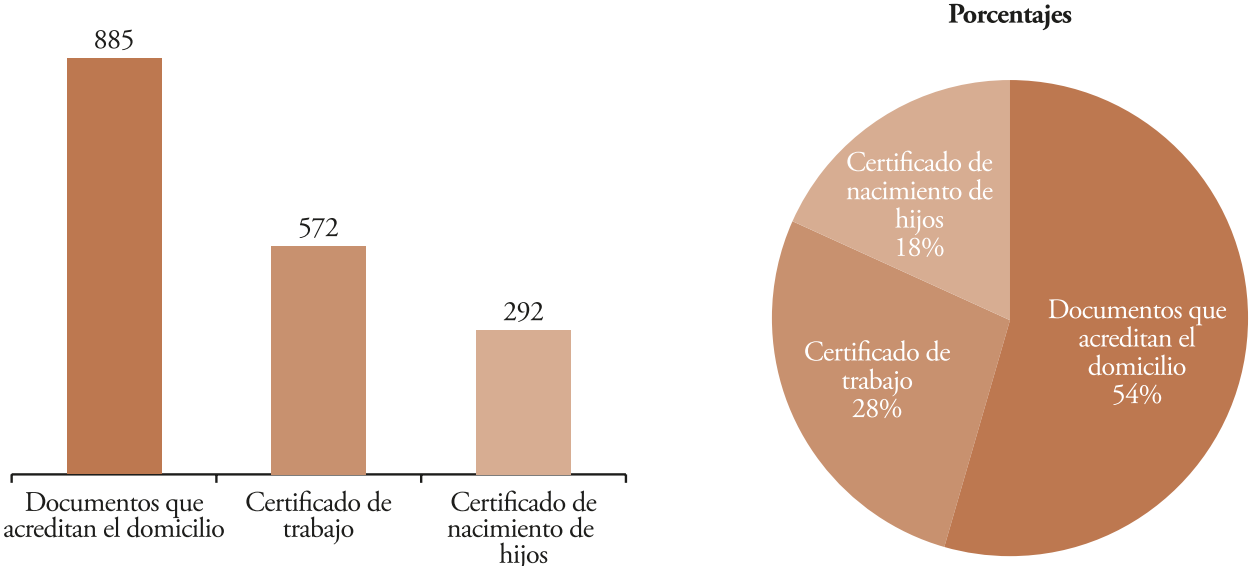
Esta inversión de la carga de la prueba genera una situación de discriminación, como la relatada por uno de los entrevistados cuando frente a una misma imputación, quien podía o tenía información obtenía la libertad, mientras que el que no –en este caso un extranjero– transitó el proceso privado de su libertad.

A su vez, se genera una doble carga de trabajo para los actores ya que en algunos casos se decreta la medida y a los pocos días se realiza una audiencia de cesación porque, por ejemplo, los familiares lograron conseguir la documentación necesaria. De esta manera, si la acusación hubiera realizado su trabajo de forma completa, se podría haber resuelto en la primera audiencia.

El estudio de la Defensoría del Pueblo, a su vez, da cuenta de cuál fue la documentación que las personas perseguidas penalmente no pudieron presentar en esa primera audiencia y, por lo tanto, se dispuso su encierro cautelar. Así se indicó que:

“El 54% de los encuestados señala que este requisito es una gran limitación porque no pueden obtener oportunamente los documentos que exigen para acreditar domicilio, como título de propiedad, contrato de anticrético o alquiler. En segundo lugar se encuentra el certificado de trabajo, en los juzgados exigen un certificado laboral. Tomando en cuenta que en Bolivia el 90% del trabajo es informal (pequeños negocios o servicios ya sean familiares o individuales), resulta casi imposible conseguir un certificado de trabajo” (Defensoría del Pueblo, 2016, p.30).

CUADRO XIII
Documentos que no pudo obtener oportunamente



*Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

A lo señalado se debe sumar que, como se adelantó en el análisis normativo, se observó como práctica equivocada que la defensa debía descartar uno a uno los presupuestos legales respecto a la fuga u obstaculización. De esta manera, la propia precariedad de las relaciones laborales (uno de los entrevistados manifestó que maneja un radiotaxi y su empleador no emite certificados), y de habitación (en una de las entrevistas se expuso que el imputado arrendaba una habitación informalmente), se transforma con el agravante de la inversión de la carga de la prueba señalada, principal motivo en el que se fundan los jueces para ordenar la detención preventiva.

Asimismo, se pudo notar que el mecanismo que se utilizó para incorporar la información no fue acertado. Ya se ha explicado que, por lo general, en este tipo de audiencias no se incorporan pruebas porque se trata de un debate dialéctico entre las partes bajo la modalidad de la “oralidad argumentativa”.

A pesar de ello, se pudo observar que la defensa, luego de argumentar acerca de algunos de los extremos que permitirían descartar los peligros procesales, acercaba y exhibía directamente el elemento al juzgador. En ningún momento, el fiscal tomaba contacto con ella. Este procedimiento es claramente equivocado pues si la asistencia letrada pretendía argumentar acerca de un extremo que el fiscal desconocía, era éste último el que debía mostrar interés en acceder a esa información, ya sea para desvirtuarla o cambiar su petición.

Un párrafo aparte merece la utilización de la reincidencia como peligro para el proceso. Más allá de las críticas formuladas con anterioridad acerca de la validez de su utilización a los fines del encierro cautelar, los estudios previos analizados dan cuenta de que, si bien en todos los casos los fiscales ofrecen información concreta, en muy pocas ocasiones se trata de sentencias condenatorias y/o el certificado del Registro Judicial de Antecedentes Penales (Fundación Construir, 2017, p.67). Lo mismo ocurre respecto del supuesto de actividad reiterada anterior.

A pesar que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado líneas que restringen los márgenes de discrecionalidad para fundamentar la reincidencia, tal como se desarrolló oportunamente, existen audiencias en las que la fiscalía presenta los registros policiales como única evidencia para fundamentarla. Estos casos son contradictorios al debido proceso y, principalmente, la presunción de inocencia. Preocupa que el estudio realizado el 2016 haya develado que tales prácticas contradictorias se presentaron en el 48% de las audiencias registradas conforme establece el siguiente cuadro (Fundación Construir, 2017, p.72).

CUADRO XIV
Elementos probatorios empleados para
fundamentar peligro de reincidencia

Prueba	Cantidad	Porcentaje
Antecedentes policiales/FELCC	20	57%
REJAP	11	31%
Ficha prontuaria	2	6%
Denuncia ante la fiscalía	1	3%
Sentencia ejecutoriada	1	3%
	35	100%

*Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

Otro aspecto crítico que se ha observado en el relevamiento efectuado durante febrero de 2017, es el referido a que ni los fiscales ni las víctimas han solicitado el encierro cautelar por un tiempo determinado, ni han atado ese plazo al que necesitan para culminar con la investigación. Incluso alguno de los acusadores públicos entrevistados manifestó que no estaba de acuerdo con que él tuviera que precisar esa fecha o que ello le fuera requerido por el juez (Cochabamba).

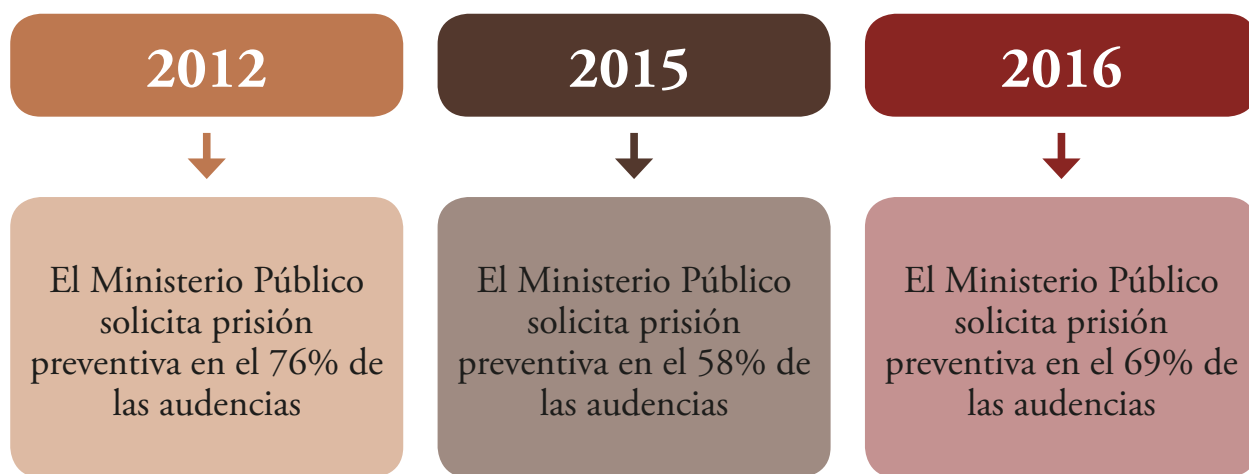
Si bien no se desconoce que el actual Código de Procedimiento nada dice al respecto, una interpretación ajustada a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos así lo requiere. Como se explicó en el capítulo referido al análisis normativo, la regulación del Art. 221 del ordenamiento procesal podría ser utilizada como una herramienta para que los jueces soliciten que se estipule un plazo al encierro cautelar.

Esta última afirmación permite realizar otra reflexión acerca de la utilización de los instrumentos internacionales de derechos humanos para el debate del encarcelamiento cautelar. Si bien en algún caso un fiscal reconoció que existían protocolos a tales fines, lo cierto es que en las audiencias, por lo general las partes no hacen uso de las herramientas del sistema de derechos humanos para el debate a pesar que, en el *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas* (CIDH, 2013), existen ciertas recomendaciones a los Estados que serían útiles para limitar el uso arbitrario de esa institución.

Un último aspecto es el referido al carácter excepcional de la prisión preventiva conforme lo regulan las normas supremas del Estado Plurinacional de Bolivia y la realidad de la actividad de los fiscales. En este sentido, nuevamente el informe de la Fundación Construir debe ser el punto de partida del análisis.

Como se observa en el cuadro XV, el Ministerio Público recurre en un número elevado de casos a la prisión procesal como principal medida cautelar a la que recurre para garantizar los fines del proceso. Los altos índices del año 2012 (76%), si bien han disminuido casi 7 puntos el 2016 (69%), dejan en evidencia que, a pesar que existen otras medidas menos gravosas, sigue siendo la detención preventiva la primera a la que echan mano los fiscales en detrimento de aquel principio limitador (excepcionalidad). A ello hay que sumar, que para algunos fiscales, es tarea de la defensa solicitar las medidas sustitutivas.

CUADRO XV
Medidas Cautelares Solicitadas por el Fiscal: Comparativo por Gestión



*Fuente: Fundación CONSTRUIR (2017)

4.2.4 La decisión judicial

El tercer momento sobre el que se harán algunas reflexiones es el referido a la decisión de los jueces. Ha quedado claro que una audiencia en términos ideales debería llevarse a cabo de la siguiente manera: el acusador, fiscal o querellante indicó cuál era el hecho imputado, qué evidencia tenía para ello, por qué la libertad del imputado ponía en riesgo los fines del proceso y por cuánto tiempo era necesaria esa medida.

Por su parte, la defensa pudo pedir todas las aclaraciones respecto del suceso y argumentó acerca de por qué no existían peligros procesales o, si ellos se presentaban, por qué una medida menos gravosa era suficiente para garantizarlos. En este contexto, el juez ya contaría con todos los elementos para tomar una resolución.

El relevamiento efectuado muestra algunos resultados preocupantes que, como se expuso al desarrollar las ideas sobre la capacitación, son reconocidos por los propios operadores del sistema.

Como ya se ha mencionado en este apartado, se pudo observar que los jueces recurrían a la carpeta de los fiscales o al cuaderno de control, de modo tal que mientras las partes argumentaban, no se notaba que estuvieran prestando atención. De hecho, en algunos casos se observó que consultaba la carpeta fiscal o, incluso, su teléfono celular.

También llamó la atención la manera en que se fundamentaron las decisiones. Se observó que los jueces al momento de resolver utilizaban un criterio similar al que se produce en el marco de los procesos escritos. Como ya se mencionó, el juzgador reiteraba los planteos principales que las partes habían realizado y luego expresaba los motivos de su decisión. Asimismo, con sorpresa, se pudo notar que en algunos casos el juzgador señalaba “el fiscal sostuvo”, hacía un silencio y luego continuaba con su argumentación. Esa práctica estaba pensada para agregar los planteos efectuados por las partes al momento de transcribir la decisión.

Esta última circunstancia da lugar a un nuevo interrogante: ¿los presentes y principalmente el imputado, entendieron cuál fue su resolución? En los relevamientos se anotó que los jueces no se cercioran que las personas perseguidas penalmente hayan comprendido el alcance de la decisión judicial. A pesar que los detenidos entrevistados, en su mayoría, habían interpretado la sentencia del juez lo cierto es que se trata de una garantía para el ciudadano de saber por qué razón transitará el proceso privado de su libertad y esto exige un esfuerzo por parte de quienes imparten justicia de hacerse entender correctamente. Incluso, uno de los entrevistados señaló que no sabía si era condenado (lo que efectivamente se pudo constatar de su legajo), o preso preventivo y estaba esperando que el juez le avise.

Esto es un problema grande que aqueja a la región y también se refiere a la errónea interpretación acerca de lo que significa fundamentar una decisión judicial. Si al ciudadano deben quedarle claro cuáles son los motivos por los que continuará detenido, es imprescindible que el juzgador esté seguro que el imputado ha comprendido las razones.

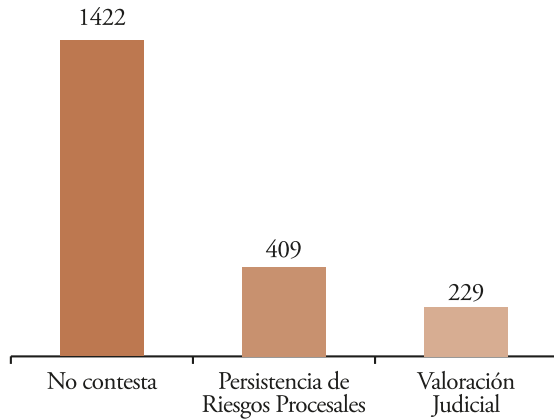
Otro aspecto interesante para reflexionar se refiere a la potestad del juez de decidir fuera de lo debatido entre las partes. A las críticas formuladas al momento de realizar el análisis normativo, se puede agregar el producto de las entrevistas realizadas por la Defensoría del Pueblo respecto a las razones que dieron los jueces para decidir acerca de la detención preventiva de los imputados.

En este sentido, y tal como lo indica el cuadro XVI, se señala que en el 20% de los casos los fundamentos para no disponer su libertad están relacionados con la persistencia de riesgos procesales y que un 11 % no obtiene su libertad debido a la valoración judicial, entendida como el mecanismo que apertura la Ley N°007 que da una amplia discrecionalidad al criterio del juez (Defensoría del Pueblo, 2016, p.36).

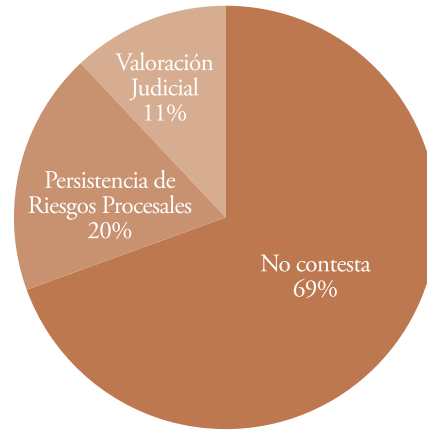
CUADRO XVI

Principales fundamentos del juez para no disponer la libertad

Cantidad de detenidos por fundamento del Juez para no disposición de libertad



Porcentajes



* Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

Esto genera cierto malestar en los fiscales. En las entrevistas realizadas, los acusadores señalaron que es contrario a la excepcionalidad (Sucre), y a la imparcialidad (Cochabamba). Asimismo, indicaron que esta actividad de los jueces es discrecional, que desconoce el marco constitucional e internacional y que asumen el rol de fiscales en lugar de dirigir la audiencia (Sucre).

También la defensa critica este accionar al señalar que hacen una aplicación no sistemática de las normas, no respetan el principio de inocencia y generan una gran incertidumbre pues, habiendo acordado una salida sustitutiva con el fiscal, finalmente el juzgador aplica el encarcelamiento procesal. Por su parte, los jueces reconocen que la presión social influye para que opten por la detención.

Otro aspecto importante para resaltar se refiere a si los jueces, al momento de resolver, efectúan alguna consideración respecto de la fijación de plazos de la medida cautelar y a las condiciones de detención. En el apartado anterior se dejó claro que, como no se trata de un imperativo legal, los fiscales (y los querellantes cuando corresponda), no planeaban un plazo de cumplimiento de la medida cautelar. En este punto hubiera sido deseable que, como buena práctica, los jueces hubieran abierto la discusión tomando como base las prescripciones del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

Lo mismo hubiera sido deseable respecto de las condiciones de detención; máxime con las críticas realizadas por la Defensoría del Pueblo. A las denuncias de corrupción formuladas, que dan cuenta de “la precariedad e insuficiencia de las estructuras en casi todas las cárceles del país plantea una primera demanda, que es el derecho a un espacio donde dormir. La ausencia de oferta de camas y la brecha entre oferta y demanda de camas, plantea en las cárceles el más puro y denigrante principio de mercado, internamente y con ausencia de control del Estado”. Asimismo, señala que en algunos lugares el hacinamiento llegaba a niveles del 600% (Defensoría del Pueblo, 2016, p.7 y 22).

Los jueces son quienes deciden que una persona vaya presa, de modo tal que los coloca en una posición de garante y, por lo tanto, deben controlar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías que se le reconocen al imputado.

Por tal motivo, estos problemas de infraestructura y de sobrepoblación carcelaria deberían ser considerados a la hora de decidir que un ciudadano transite el proceso, privado de su libertad, con el objeto que ese encierro no se transforme en un trato cruel, inhumano o degradante. De allí que, como se propusiera en el análisis normativo, se deba producir un debate acerca del lugar en el que el imputado cumplirá la detención preventiva.

Hay una última circunstancia sobre la que se quiere reflexionar. Al momento de analizar la cuestión referida a la suspensión de audiencias, específicamente respecto del imputado, se señaló que aquel tiene un derecho a participar de los actos con el objeto de ser oído. Esto es lo que se denomina defensa material.

De las audiencias observadas, sumadas a algunas de las entrevistas realizadas a las personas en detención preventiva, no surgió que antes de resolver si el imputado debía permanecer o no detenido durante la sustanciación del caso, se le diera la palabra para poder expresarse.

Este es un elemento más que da cuenta que, en la realidad, la oralidad que se utiliza es una *teatralización* del sistema escrito. En estos modelos, como los planteos se hacen por escrito, en ningún momento el juez tiene contacto con el imputado. El ordenamiento procesal penal vigente no contiene, como se adelantó, una norma que establezca la manera en que se va a llevar adelante la audiencia. Esta situación es subsanada en el proyecto de Código del Sistema Penal (cfr., análisis normativo).

4.2.5 Momentos posteriores a la audiencia

El último de los apartados de este capítulo también compila una serie de cuestiones diferentes, pero que tienen vital importancia porque refieren a lo que ocurre una vez que ya se ha dispuesto alguna medida cautelar.

4.2.5.1 Control de la detención preventiva. La primera de las cuestiones que se abordará se refiere al control de la detención preventiva. Ese mecanismo puede ser puesto en marcha a pedido de las partes o de oficio por el juez.

En este sentido, no se debe perder de vista que “desde el punto de vista del juez y del sistema judicial, la mantención de medidas coercitivas tiene siempre un alto costo en términos de legitimidad del proceso, en cuanto éstas siempre vulneran la presunción de inocencia, se aplican a quien legal y constitucionalmente debe ser tenido como inocente y que puede además resultar finalmente absuelto. Por lo tanto, estarán siempre interesados en su acortamiento y la resolución pronta del conflicto por vía de la sentencia” (Duce y Riego, 2000, p.81).

Por esta razón, como es un juez el que ordena que una persona transite el proceso privado de su libertad, el Estado asume la gravedad de las consecuencias que esta medida causa (Pastor, 2006, p.153), y permite que ellos puedan controlar en cualquier ocasión o transcurrido un lapso de tiempo determinado, la persistencia de los riesgos.

Con este propósito será necesario que en la audiencia, el fiscal informe acerca de los avances de la investigación y la vigencia del peligro que el imputado intente eludir, el accionar de la justicia o entorpecer la investigación si recupera su libertad.

En el caso que sean las partes las que soliciten el control, los ordenamientos más modernos de la región autorizan este mecanismo cuando: a) se haya vencido del plazo por el que el juez dictó la prisión preventiva; b) el cumplimiento del término máximo del encarcelamiento cautelar; y c) desaparición del riesgo procesal que autorizó su dictado.

En el caso de Bolivia, la falta de definición acerca de un plazo concreto de duración del encierro cautelar (a) ya señalada obliga a que exista una posición activa por parte de la defensa para controlar la vigencia de aquellos riesgos procesales por los que se dictó la medida (c).

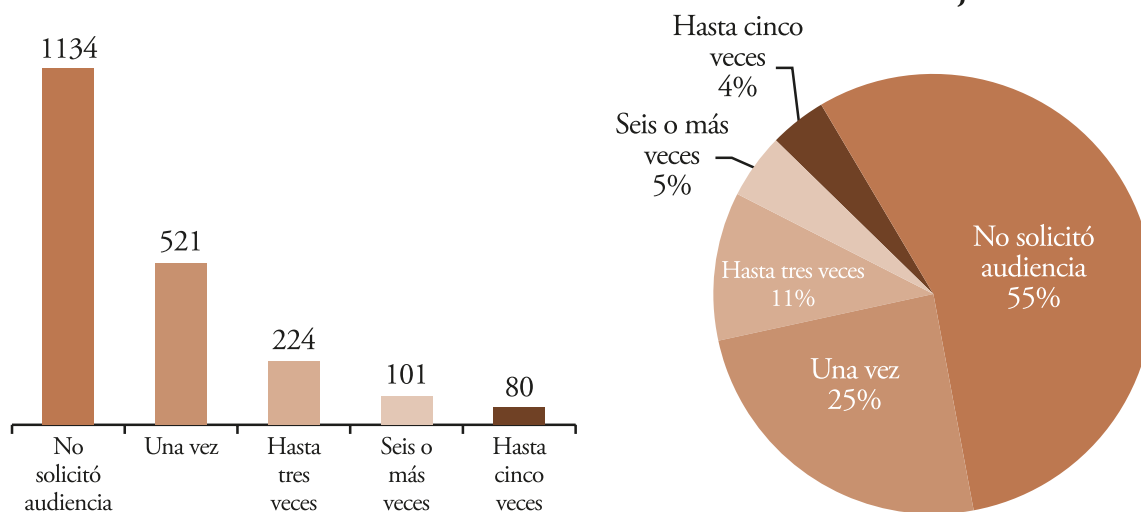
De esta manera, si se logra determinar que los peligros enunciados han sido neutralizados, entonces la asistencia técnica debe solicitar la realización de una nueva audiencia para lograr la libertad del imputado.

Si bien en el relevamiento se ha recogido la crítica de los jueces hacia el accionar de los defensores (en tanto abusarían de esta facultad), lo cierto es que las solicitudes de cesación obedecen a detenciones preventivas que no son controladas activamente o que se dictan con una extensión temporal inapropiada. Por ello se vuelve necesario fijar plazos de duración de la medida, lo cual redundaría en que se reduzca la cantidad de cesaciones solicitadas.

Esto tiene incidencia directa en la obligación que tienen los defensores de realizar visitas carcelarias para conocer las necesidades de su asistido. A pesar de la importancia de esa actividad, las entrevistas a los detenidos preventivos dieron como resultado que las visitas en los penales no son tan frecuentes como deberían ser. En este sentido, y a modo de ejemplo, un detenido extranjero indicó que lo visitaban una vez por mes, mientras que otro imputado, preso hace 7 años, refirió que las visitas eran cada dos meses. Y este caso es peor aún pues, cuando cambió de abogado, nadie lo fue a ver y en la actualidad no sabe quién lo defiende.

Ahora bien, el Informe de la Defensoría del Pueblo da cuenta de que “(...) del 100% de los que han solicitado audiencia de cesación de la detención, el 25% de los detenidos lo ha hecho por lo menos una vez, y un 11% hasta tres veces. Hasta cinco veces 4%. Seis o más veces 5%. Sin embargo si se toma en cuenta el tamaño de la muestra que abarca cerca de 2.000 encuestados, se tiene que un 55% no ha solicitado audiencia porque se encuentra detenida menos de un año y porque no cuenta con los recursos económicos para cubrir ese proceso, es decir, pago de abogados, notificaciones y otros”.

CUADRO XVII
Número de solicitudes de audiencia para la cesación de detención
Porcentajes



*Fuente: Defensoría del Pueblo (2016)

Esta omisión legislativa (la de obligar al fiscal y al juez a determinar un plazo concreto de la detención preventiva) deja en evidencia una situación de discriminación porque no permite que todos los presos cautelares puedan acceder a la revisión judicial de las condiciones que generaron la medida. Por este motivo, se debe controlar periódicamente.

Cuando el control se produzca porque transcurrió el término máximo de la detención preventiva (Art. 239), la cuestión parece menos compleja pues la defensa sólo tiene que alegar tal extremo y el juzgador encontrará limitado su poder de decisión para asegurar los fines procesales con alguna otra medida menos gravosa.

4.2.5.2 Estadísticas. Otro de los temas que resultan importantes para este estudio es el referido a la ausencia de registros o estadísticas confiables respecto de la detención preventiva. Si bien al momento de las entrevistas no se consultó específicamente acerca de qué tipo de registros hay, aunque se solicitaron formalmente a la Fiscalía General y al Consejo de la Magistratura, su existencia es fundamental para analizar el uso que se le da a este instituto.

La excesiva utilización del encarcelamiento preventivo en Bolivia genera la dificultad de acceder a tales datos de manera actualizada para determinar, por ejemplo, cuántos cupos carcelarios quedan disponibles en los distintos penales.

Si bien no se desconoce que en alguno de ellos la superpoblación llega al 600%, conforme lo denunciara la Defensoría del Pueblo el 2016, establecer determinados cupos es una regla de buena práctica que, aplicada correctamente, es útil para limitar el encarcelamiento cautelar.

En este sentido, no se debe olvidar que la Comisión IDH ha recomendado a los Estados partes que implanten sistemas de gestión de la información judicial y penitenciaria, que proporcionen datos actualizados y de fácil acceso sobre las causas y la situación de las personas acusadas penalmente.

“En este sentido, deberá procurarse siempre la mayor coordinación institucional y uniformidad de criterios posible entre las distintas autoridades vinculadas. Dichas autoridades deberán contar con la capacidad técnica para asegurar la calidad de la información y su buena gestión. Mantener sistemas eficientes de registro de las órdenes de prisión preventiva y de comunicación con los juzgados a cuya disposición se encuentran estas personas” (CIDH, 2013, p.132).

A su vez, también es necesario establecer cuántos son los pedidos de prisión cautelar que solicitan los fiscales y si esas personas finalmente resultaron condenadas o absueltas. Este tipo de mediciones permite analizar si, al momento de solicitar la coerción, los acusadores plantean los casos de manera estratégica, conociendo de antemano la suerte que podrían correr o si, por el contrario, siguen la tramitación como en los sistemas inquisitivos (vigencia del principio de legalidad) con la lógica de “detener para investigar”.

Esto, sin lugar a dudas, da un nuevo contenido al principio de objetividad que debe regir la actuación del Ministerio Público. Al respecto, entendemos que el principio de objetividad fiscal debiese reinterpretarse y superar la visión tradicional que lo entiende como un deber de imparcialidad. Un nuevo significado implicaría tres deberes concretos: profesionalismo, lealtad con la defensa y buena fe (Duce y Riego, 2012, p.145).

Por último, otro dato importante es conocer cuántas personas se han sometido a otras medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva y si han cumplido con las condiciones estipuladas.

Una de las soluciones pensadas en los procesos de reforma en América Latina para limitar el uso excesivo del encierro preventivo es la existencia de otras medidas menos gravosas y la creación de organismos administrativos para realizar su control y seguimiento.

Las entrevistas realizadas a los operadores dan cuenta que en la actualidad y, sin que se hayan creado tales oficinas, los jueces de ejecución (que formalmente tienen a su cargo realizar dicha supervisión), no se encargan de controlar el efectivo cumplimiento de ellas y, en algunos casos, son las víctimas las que se ocupan de ese tema. Esta situación genera cierta incertidumbre para la ciudadanía y para el propio juez que la dicta.

Sin embargo, al no haber seguimiento, no existe una estadística que permita afirmar en qué grado se cumplen aquellas, ni cuántas son las dictadas. Por ese motivo, si se pretende reducir el uso de la detención preventiva, contar con datos certeros acerca de los beneficios de tales medidas es una herramienta de suma utilidad.

La ausencia de un seguimiento activo del cumplimiento de las medidas cautelares importa lo que denominamos una “doble deslegitimación judicial”: por un lado, traiciona la promesa del sistema adversarial de diversificar las respuestas que se entregan al enjuiciado. En particular, la promesa de evitar el uso de la detención preventiva, bajo el entendido que existen intensidades de distinto tenor en lo que respecta a los riesgos procesales y que se aplicarán medidas cautelares de diversa magnitud para poder contrarrestarlos.

Si estas medidas no se supervisan, difícilmente se pueda asegurar su cumplimiento y en efecto la detención preventiva se volvería la opción más segura. Por otro lado, implica deslegitimar la decisión judicial al no rodearla de un respaldo que le asegure su ejecución y cumplimiento ¿Qué incentivos tiene un juez para aplicar una medida cautelar diferente al encarcelamiento si sabe que nadie se hará cargo de controlarla?

Todo indicaría que los incentivos estarían colocados en la dictación de la detención preventiva como única herramienta para asegurar la presencia del imputado y la legitimidad de la decisión jurisdiccional.

4.2.5.3 Medios de comunicación. El último de los aspectos sobre el que se reflexionará en este apartado se refiere a la relaciones entre los jueces y los medios de comunicación. Ya se han adelantado algunas conclusiones acerca de este aspecto pero, al igual que en toda la región, los medios de comunicación juegan un papel muy importante en la generación de mecanismos de presión.

Sobre este tema se ha dicho que:

“Los medios masivos de comunicación forman, en términos generales, la opinión de la sociedad y fijan, de alguna manera, la agenda política en las distintas materias. Las consecuencias de esta actividad, en algo tan sensible como es el proceso penal, pueden ser negativas para los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a él. La construcción de discursos de emergencia y de seguridad puede encontrar en aquellos herramientas útiles para instalarse y generar presión en los jueces (que cumplen en forma débil su función), para resolver si una persona será encerrada cautelarmente mientras se lleva adelante la investigación” (INECIP, 2012, p.91).

Los entrevistados en general, más allá del papel que tienen en el proceso, han señalado que los jueces se sienten presionados al momento de tomar decisiones acerca de la libertad de las personas pues, si la presión mediática es muy fuerte, se abren procesos disciplinarios que pueden terminar con su destitución.

Este es otro mecanismo que termina impactado directamente en el uso de la prisión preventiva y, por eso, resulta fundamental trabajar con los medios de comunicación masiva a través de talleres de capacitación para poder entregar herramientas que permitan que la trasmisión de la información que ellos generan sea adecuada.

CAPÍTULO 5. PROPUESTAS A CORTO, MEDIANO Y LARGO PLAZO

En este capítulo final se postulan una serie de acciones con el objeto de lograr la racionalización en el uso de la detención preventiva en Bolivia. Sin perjuicio de las que concretamente aquí se desarrollen, a lo largo de todo el trabajo se han efectuado ciertas apreciaciones que son útiles a esos fines. Será importante que no pasen desapercibidas y que, por el contrario, sean consideradas al momento de implementar políticas públicas en la materia.

Estas propuestas están divididas en tres. El primer grupo está pensado para su implementación en el corto plazo, desde el momento en que se trata de temas que no deberían requerir mayor esfuerzo para ponerlos en marcha la segunda serie implica ciertos cambios estructurales y, por último, las propuestas de largo plazo significan transformaciones institucionales profundas que implican el compromiso de los distintos Órganos del Estado.

5.1 Corto plazo

El relevamiento de audiencias y las entrevistas realizadas durante el mes de febrero de 2017, sumados a informes previos de la sociedad civil y organismos gubernamentales, arrojaron como resultado la existencia de ciertos problemas en la conducción y fundamentación de las decisiones en las audiencias donde se determinan la imposición de medidas cautelares, en especial, la detención preventiva.

A lo largo de estas páginas han quedado evidenciadas las prácticas erradas que se producen en los actos desarrollados en los distintos tribunales, muchas de ellas debidas a que los jueces no asumen el papel que, en el marco de un sistema acusatorio-adversarial, les corresponde.

La falta de estructuración de las audiencias, la presencia de la carpeta fiscal en manos de los jueces o la forma en la que se fundamentan las decisiones, entre otras, son circunstancias que requieren un abordaje distinto e interiorización de una nueva práctica.

Como se ha señalado en los distintos apartados de este informe, es necesario trabajar con los actores en la capacitación de estas nuevas habilidades. No es una tarea sencilla. De hecho, la realidad ha dejado en evidencia que todavía se repiten las prácticas propias de los sistemas inquisitivos y mixtos de los modelos descritos, pero en un escenario distinto donde la oralidad, que debería ser un mecanismo de limitación de las arbitrariedades, es en realidad una simple *teatralización* de lo que se muestra en los legajos de los fiscales.

Se requiere concientizar previamente para que los jueces internalicen la importancia de esa transformación, no que la neutralicen. En ese sentido, y como resultado de los problemas relevados en los capítulos de este informe, no se podía concluir sin la elaboración de un protocolo que permita a los jueces contar con herramientas específicas para la administración adecuada de los procedimientos.

El protocolo que acompaña la realización del presente estudio, ha sido elaborado luego de una profunda observación de los principales problemas que la práctica de las audiencias cautelares ha dejado en evidencia. Partiendo de esos hallazgos, la voluntad de cambio de los actores es el elemento necesario para que esta iniciativa no fracase.

Claro está que no contribuirá lo suficiente trabajar y capacitar a los juzgadores si los otros operadores del sistema que intervienen en la audiencia no están en sintonía y continúan actuando conforme a las prácticas inquisitivas. Aun cuando el estudio llevado a cabo fue diseñado considerando la actividad jurisdiccional, resultará sumamente enriquecedor para el sistema de justicia que los demás actores, por lo menos los públicos, participen de este tipo de capacitaciones.

Ahora bien, algunos de los fiscales entrevistados manifestaron su parecer respecto a que las distintas instituciones realicen sus propias capacitaciones en razón a que cada una de ellas tiene necesidades propias.

Si bien en algunos casos esta afirmación puede ser acertada, para el desarrollo adecuado de las audiencias de medidas cautelares es necesario que existan ciertas pautas comunes que no se observaron en la realidad. En definitiva, concentrar la visión en uno de los actores exclusivamente, aun cuando se trate del que debe conducir el acto, no garantiza que el resultado sea el esperado.

Otro aspecto importante que puede ser implementado en el corto plazo es el referido a la posibilidad de reunir, en un mismo lugar a los distintos actores (públicos y privados), que tienen incidencia en la cuestión relativa a la detención preventiva.

El establecimiento de mesas de diálogo conjuntas, donde no sólo estén presentes los actores públicos interesados en el sistema de justicia sino también organizaciones de la sociedad civil, es un ámbito importante para que se debatan las cuestiones fundamentales respecto a las medidas cautelares.

Asimismo, este trabajo conjunto de las distintas organizaciones –aun cuando pueda responder a intereses diferentes– es útil para la elaboración de políticas públicas con relación a uno de los temas que mayores conflictos genera en el marco del proceso penal.

A su vez, la reunión de los distintos actores en un mismo lugar puede ser útil para comenzar a pensar los pasos a seguir, no sólo a corto plazo, como se verá a continuación, sino también pensando y ejecutando las propuestas a mediano y largo plazo.

Otra recomendación de corto plazo tiene relación con el vínculo entre el Órgano Judicial y los medios de comunicación. Tal como hemos mencionado en el diagnóstico, una práctica regular de la prensa ha sido la de cuestionar y señalar públicamente a los jueces en virtud de sus decisiones o de presentar la libertad del imputado como una señal de impunidad.

En gran medida, esto se debe a la ausencia de información oficial acerca del tipo y razón de las decisiones que adoptan los jueces. Ese espacio es completado por los medios, los cuales interpretan y difunden el actuar judicial a partir de diversos intereses.

Por tanto, se sugiere que desde el Órgano Judicial se adopte una política activa de comunicación para rellenar ese vacío que hoy es completado por la prensa. Esa política, en particular, podría traducirse en una oficina de relacionamiento con la prensa que se encargue de difundir y explicar las decisiones judiciales (en concreto, aquellas que conciten una especial atención por su impacto o connotación pública).

Asimismo, en el marco de un nuevo vínculo con la prensa, se sugiere la realización de reuniones explicativas entre representantes del Órgano Judicial y los editores o productores de medios de comunicación, a fin de sensibilizarlos sobre los aspectos técnicos relativos a las decisiones judiciales.

Se podría trabajar, por ejemplo, alrededor de las implicancias de las medidas cautelares (que no deben equipararse a la impunidad del sistema). Esta estrategia coadyuvaría a que las noticias sean comunicadas o, al menos tengan una fuente directa, como interlocutora, en el Órgano Judicial.

Una última propuesta de corto plazo está referida a empezar por pensar en el rediseño de las estructuras judiciales. En el informe se ha señalado que, por lo general, las ciudades de Bolivia no cuentan con una infraestructura adecuada para hacer frente al sistema. De esta manera, los despachos de los jueces se han transformado en salas de audiencias, pero no se han cambiado otras circunstancias que resultan fundamentales.

En este primer momento deberían comenzar por reconocer que el “tiempo juez” es un recurso muy caro para el sistema y que sería útil centralizar la tarea administrativa que hoy lo obliga a ocupar gran parte de su día de trabajo.

De esta manera, se podría organizar una mesa de entradas común, en la que se reciban todos los pedidos de audiencias, y designar a alguno de los funcionarios para que se encargue de las gestiones relativas al día a día de los tribunales. Finalmente, se podría pensar en que un grupo de los empleados que hoy forman los juzgados se encargue de fijar las audiencias, manejando las agendas de los distintos jueces que ocupan un mismo edificio.

En resumen, a corto plazo se persiguen tres objetivos: (a) fortalecer el rol del juez en la conducción de las audiencias de medidas cautelares, a partir de la entrega de destrezas y habilidades para cumplir con esa función; (b) generar espacios para construir criterios de actuación común entre todos los intervinientes procesales y, (c) separar la función administrativa de la jurisdiccional para optimizar las labores de apoyo y aumentar el índice de realización de las audiencias de medidas cautelares.

5.2 Mediano plazo

Sobre las propuestas a mediano plazo convendría iniciar por la sanción del proyecto del Código del Sistema Penal. Se ha dicho, al hacer el análisis normativo, que si bien es claro que las reformas normativas por sí solas no son suficientes para generar un cambio cultural, ellas incorporan nuevas prácticas que pueden ser útiles para abandonar aquellas de signo contrario.

Se ha indicado cuáles de las normas del proyecto serían fundamentales para luchar contra el flagelo de la detención preventiva en el país. La propuesta legislativa aporta herramientas que, unidas a la capacitación adecuada, son útiles a tales fines. Específicamente, la regulación del progreso de la audiencia, la importancia del establecimiento de plazos y la regulación de todas las medidas cautelares, en un mismo artículo, bajo la lógica que la detención configure la última opción posible.

Otro aspecto de este proyecto, que podría implementarse en esta etapa, está referido a la instalación de la Oficina de Supervisión de Sanciones y Medidas Alternativas. Se ha señalado la importancia y la necesidad que las medidas cautelares distintas de la detención preventiva sean monitoreadas por un organismo que genere confianza en el juzgador (que puede acudir a otras medidas de coerción), y en la sociedad. El cumplimiento adecuado de aquellas generará, sin lugar a dudas, una disminución del encierro procesal.

Para este primer momento, se entiende que sería útil la implementación exclusiva de estas facultades de control, dejando para futuro otras funciones que puedan asignarsele.

Uno de los aspectos sobre el que hay que trabajar es el referido al Órgano en el que se colocarían ese tipo de agencias. Habría que analizar la conveniencia política institucional pero, en principio, podría estar ubicada dentro del órgano jurisdiccional en el entendido que vienen a cumplir una decisión del juez.

Es necesario aclarar que su ubicación en el Órgano Judicial no significa que deba estar integrado por abogados. Por el contrario, se trata de una oficina netamente administrativa que únicamente debe controlar las condiciones impuestas por el juez y que, en todo caso, debe contar con profesionales propios de las áreas de asistencia social, psicólogos, etc.

Existe una situación que podría generar ciertas inconsistencias para que ese organismo integre el sistema judicial, y se refiere a qué ocurriría si la persona que debe cumplir con una determinada medida deja de hacerlo ¿A quién debiera notificar al organismo? ¿Al juez? ¿Al fiscal? Encontrándose dentro del ámbito del Órgano judicial existen riesgos que sean remitidas al juzgador y que éste ordene directamente la audiencia.

Otra opción posible para evitar el problema señalado sería ubicarlo en el terreno del Órgano Ejecutivo, posiblemente en la Cartera de Justicia. De esta manera, cuando se produzca el incumplimiento, no existe

una obligación de notificar al juez sino al Ministerio Público a fin de que solicite una audiencia en la que se debatan las razones del incumplimiento.

Incluso, aun antes de sancionarse la propuesta legislativa, podría pensarse en la instalación de algún organismo que cumpla esa función teniendo en miras que el actual ordenamiento contiene algunas medidas cuyo seguimiento también es importante.

Una tercera propuesta está referida a la construcción de sistemas estadísticos comunes. En los capítulos de esta investigación se ha hecho referencia a la necesidad de contar con registros que permitan tener un conocimiento real y confiable acerca de la detención preventiva.

El problema es que en muchas ocasiones los distintos organismos miden determinados aspectos desde ópticas distintas o con métodos diferentes. Eso genera que no pueda conocerse realmente cuál es el estado real de situación.

De esta manera, en las mesas de diálogo propuestas en el apartado anterior, deberían acordar mecanismos de medición comunes y, en este segundo momento, ponerlos en funcionamiento.

Finalmente, sería importante completar el rediseño de la estructura judicial, adaptando la infraestructura y las tecnologías a las necesidades de los sistemas acusatorios adversariales, esto implica contar con salas de audiencias acondicionadas correctamente, para llevar adecuadamente la función. Lo mismo debería organizarse para los espacios comunes para las partes y carteleras de las agendas.

Es necesario en esta etapa tener profesionalizada la tarea administrativa, permitiendo que las personas adecuadas sean las encargadas de llevar adelante las tareas de colaboración para que las audiencias se desarrollen apropiadamente.

En concreto, a mediano plazo se busca: (a) disponer de nuevos instrumentos legales para limitar el uso de la detención preventiva, a partir de lo dispuesto en el proyecto de Código del Sistema Penal; (b) respaldar las decisiones judiciales mediante la instalación de una oficina especializada en el control y seguimiento de las medidas cautelares y, (c) generar información estadística de alta calidad que permita tomar decisiones estratégicas a nivel institucional.

5.3 Largo plazo

En el apartado anterior se hizo referencia a la necesidad de la aprobación del nuevo modelo procesal penal. En este acápite ya habría que trabajar correctamente en la adecuación concreta de la detención preventiva al Código del Sistema Penal.

Entonces, el trabajo de capacitación que inició con el protocolo enunciado en el inciso a), debe continuar con la internalización y concientización de las nuevas prácticas en materia de prisión preventiva. Como se ha enunciado, en este momento, se requiere una actividad interinstitucional para lograr una respuesta integral del sistema.

Este trabajo de concientización no debe estar apuntado solamente a los actores del sistema, sino que es necesario lograr una sensibilización social trabajando en talleres con la ciudadanía. En este punto es fundamental llevar adelante convenios con organizaciones de la sociedad civil.

Asimismo, es necesario interactuar con los medios masivos de comunicación para lograr que se comprendan los problemas que el encierro cautelar causa en las personas a quienes se les aplica. Aquí también la realización de talleres suele ser una herramienta útil.

Por último, resulta fundamental fortalecer las instituciones del sistema de justicia para evitar los problemas que se han relevado a lo largo del informe. Incluso sería primordial implementar las carreras dentro de cada uno de ellos para lograr que los actores permanezcan en las instituciones.

La igualdad en los salarios y en las garantías para el ejercicio de la función, pueden ser herramientas adecuadas a tales fines.

En este sentido, las presiones que sufren los jueces requieren que se los rodee de las debidas garantías para que puedan ejercer su tarea sin inconvenientes. La Comisión IDH ha señalado la importancia de la independencia de los operadores de justicia.

A su vez, resulta fundamental organizar adecuadamente al Ministerio Público para que pueda desarrollar las tareas que el sistema sitúa en su cabeza. La realidad da cuenta que no existe una estructura funcional, ni se establecen metas institucionales o políticas de persecución inteligente. Por el contrario, conforme surgió de las entrevistas, pareciera que cada una de las fiscalías es un órgano autónomo.

Finalmente, se han señalado las razones por las que la defensa pública debe ser autónoma. Su pertenencia al Órgano Ejecutivo, donde surgen muchas de las leyes que limitan los derechos de los imputados, claramente es una limitación para que puedan desarrollar las tareas que le corresponde, en el marco del proceso penal.

A los fines de poder garantizar adecuadamente todas estas situaciones, habrá que redactar nuevas leyes de organización que contengan los principios que permitan el desarrollo de las tareas conforme las necesidades de los modelos acusatorios-adversariales.

A largo plazo se recomienda: (a) realizar una adecuación integral del sistema procesal penal a las exigencias establecidas en el proyecto del Código del Sistema Penal y, (b) desarrollar políticas de fortalecimiento institucional para generar condiciones de previsibilidad y estabilidad en la función de los operadores.

BIBLIOGRAFÍA

- Alliaud, A. M. (2016). *Audiencias preliminares*. Buenos Aires: Didot.
- Baytelman, A. (2001). *Capacitación como fútbol. Sistemas Judiciales*.
- Binder, A. M. (1997). *Política criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2002). *La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo*. C. INECIP, Ed. *Sistemas Judiciales* (3), 67.
- Binder, A. M. (2005). *Prólogo, en AA.VV., Reformas Procesales Penales en América Latina Resultado del Proyecto de Seguimiento*. Santiago de Chile: CEJA.
- Binder, A. M. (2012). *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2013). *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bovino, A. (1997). *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*. En AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I. (1988). *La excarcelación*, Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Cafferata Nores, J. I. (1992). *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984*. Buenos Aires: Depalma.
- Cafferata Nores, J. I. (2004). *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?* Buenos Aires: Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina.
- Cafferata Nores, J. I. (2008). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Carranza, E. (2012). *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?* Universidad de Chile: Anuario de Derechos Humanos, 31-66.
- Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de Serie C N°187. Corte IDH, 30 de octubre de 2008.
- Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de Serie C N°152. Corte IDH, 21 de septiembre de 2006.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. (2009). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago: CEJA.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. (2013). *Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate*. Santiago de Chile: CEJA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2000). *Informe No. 77/02, caso 11.506, Fondo, Waldemar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos, Paraguay*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2009). *Informe No. 86/09, caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*,. Washington: CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (01 de mayo de 2007). Jorge, José y Dante Peirano Basso v. República Oriental del Uruguay. *Informe Nro. 35/07, 1/5/07*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. (2013). *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. Washington: CIDH.

Comité de Género, Órgano Judicial de Bolivia. (2017). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. Sucre: Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Corte IDH 1994. Gangaram Panday vs. Surinam.

Corte IDH, 12 de noviembre de 1997. Suarez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de Serie C N°35.

Corte IDH, 18 de septiembre de 2003. Bulacio vs. Argentina. Serie C N°100.

Corte IDH, 08 de julio de 2004. Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de Serie C N° 110.

Corte IDH, 02 de septiembre de 2004. Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia de Serie C N°112.

Corte IDH, 2004. Tibi vs. Ecuador.

Corte IDH, 24 de junio de 2005. Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia Serie C N°129.

Corte IDH, 22 de noviembre de 2005. Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia en Serie C N°135.

Corte IDH, 25 de noviembre de 2005. García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de Serie C. N°137.

Corte IDH, 01 de febrero de 2006. López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de Serie C N°141.

Corte IDH, 2008. Demanda de la CIDH Venezuela - Ramírez, aso 12.554, Francisco Usón Ramírez.

Corte IDH, 17 de noviembre de 2009. Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de Serie C N°206.

Defensoría del Pueblo. (2016). *Presos sin condena*. La Paz: Greco.

Denzin, N. K. (1970). *Sociological Methods: a Source Book*. Chicago: Aldine Publishing Company.

Di Corleto, J. B. Masó, M. (2009). *El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años*. En AA.VV., *La cultura Penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Díaz Cantón, F. (2005). *La Motivación de la Sentencia Penal y otros Estudios*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Duce, J.M. Fuentes, M. Riego, C. (2008). *La Reforma Procesal Penal en América Latina y su Impacto en el Uso de la Prisión Preventiva*. En M. Duce J., & C. Riego R., *Prisión preventiva y reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Santiago de Chile: CEJA.

Duce, J.M. Riego, R. (2002). *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Vol. 1*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Duce, J.M. Riego, C. (2007). *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.

Fundación Construir et al. (2012). *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*. La Paz: Fundación: Construir.

Fundación Construir. (2014). *Prisión Preventiva y Derechos Humanos. Estudio de Caso en Cárceles de La Paz*. La Paz: Fundación Construir.

Fundación Construir. (2017). *La Prisión Preventiva en Bolivia: Avances y Desafíos en el Marco de la Reforma Penal y el Proceso de Transición Constitucional*. La Paz: Fundación Construir.

García, Y. D. y Martínez, S. (2014). *La Etapa Preparatoria en el Sistema Adversarial*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

González, L. (2013). ¿Existe el principio de proporcionalidad cuando las opciones son cárcel o libertad? La necesidad de construir un modelo cautelar de tipo acusatorio a nivel nacional. En *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* N° 5.

González, L. (2016). *Las Medidas Cautelares en América Latina. Estado de Situación y Desafíos*. En N. G. (organizador), *Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere: Anais do IV Encontro Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Florianópolis: Empório do Direito.

Holtzhausen. (2001). *Triangulation as a powerful tool to strengthen the qualitative research design: The Resource-based Learning Career Preparation Programme (RBLCPP) as a case study*. Higher Education Close Up Conference 2, 16-18 July 2001. Lancaster University.

INECIP. (2012). *El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina*. Buenos Aires: INECIP.

Institute for Criminal Policy Research. (2017). *World Prison Brief*. Recuperado el 03 de abril de 2017, de <http://www.prisonstudies.org/>

Juárez, E. (2006). *Proceso de Reforma Judicial Penal en Quetzaltenango*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Juárez, E. (s.f.). *Centro de Estudios de Justicias de la Américas*. Obtenido de www.cejamerica.org

Ledesma, A. E. (2005). *La Reforma Procesal Penal*. Rosario: Nova Tesis.

Lorenzo, L. (2008). *El Impacto de las Reformas Procesales en la Prisión Preventiva. Bolivia*. En C. Riego, & M. Duce, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*. Santiago de Chile: CEJA.

- Lorenzo, L. (2014). *Manual de Litigación*. Buenos Aires: Didot.
- Lorenzo, L., MacLean, E. (2009). *Manual de Litigación Penal en Audiencia de la Etapa Preparatoria*.
- Maier, J. B. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Maier, J. B. (1999). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Manzanares, F. Subías, J. Vismara, S. (2009). *De las penas*. En AA.VV., *Código Penal. Comentado y Anotado. Parte General*. Buenos Aires: La Ley.
- Martínez, M. J. (2007). *La Guerra de las Fotocopias. Escritura y Poder en las Prácticas Judiciales*. En AA.VV., *Justicia, política y derechos en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Martínez, S. (2009). *Prisión Preventiva y Audiencias Preliminares. La ventaja de la oralidad en su dictado y control*. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*.
- Martínez, S. M. (2014). *La Autonomía de la Defensa Pública como Garantía del Derecho a una Defensa Técnica Eficaz*. *Revista del Ministerio Público de la Defensa N° 9*.
- Martínez, S. M. (2015). *La Libertad del Imputado, Criterios Jurisprudenciales y la Dificultad en la Construcción de los Riesgos Procesales: Estado Actual y Propuesta de Cambio*. En F. G. Plazas, & L. A. Hazán, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martínez, S. Valle, F. (2016). *La Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación y las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. *Revista de Derecho Procesal Penal 2015-2*.
- Mora, L. P. (2005). *Algunas Observaciones sobre Gestión Judicial en América Latina*. *América Latina Hoy*, vol. 39.
- NUßBAUM, A. (1968). *Rechtstatsachenforschung*. Berlín: Duncker & Humblot.
- Órgano Judicial. (2015). *Instructivo N°05. Lineamientos procedimentales "Plan para el control jurisdiccional y resolución de causas con detenido preventivo"*. Sucre, Bolivia.
- Pastor, D. R. (1993). *El Encarcelamiento Preventivo*. En AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Pastor, D. R. (2006). *Las Funciones de la Prisión Preventiva*. *Revista de Derecho Procesal Penal 2006-I*.
- Peters, K. (1966). *Strafprozess*. Karlsruhe: Müller.
- Riego, C. (2010). *Una Nueva Agenda para la Prisión Preventiva en América Latina*. *Revista Sistemas Judiciales (N°14, Año 7)*.
- Riego, C. Duce, M. (2009). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Santiago de Chile: CEJA.
- Solimine, M. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Soria, P. (2008). *Hablando se entiende la gente*. En D. García Yomha, & S. Martínez. *El Proceso Penal Adversarial. Lineamientos para la Reforma del Sistema Judicial, Tomo I*. Santa Fe: INECIP/Rubinzal-Culzoni.

Tribunal Supremo de Justicia. (2015). *Boletines 1: Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal. Boletín Institucional (1)*. Bolivia: Tribunal Supremo de Justicia. Recuperado el 17 de enero de 2017, de Tribunal Supremo de Justicia (2015a). *Boletines 1: Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal*. Recuperado el 19 de enero de 2017 en <http://tsj.bo/publicaciones-tsj/>: <http://tsj.bo/publicaciones-tsj/>

Tribunal Supremo de Justicia. (2017). *Obtenido de <http://tsj.bo/el-organo-judicial-de-bolivia-presenta-protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-genero-acto-programado-en-el-marco-del-dia-internacional-de-la-mujer/>*

Turano, M. J. (2009). *El reconocimiento de los derechos del niño y su incidencia en la privación de la libertad dispuesta sobre las madres*. En AA.VV., *Mujeres privadas de la libertad*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa/UNICEF.

Vargas, J. E. (2004). *CEJA*. Obtenido de <http://www.cejamericas.org>

Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia en Serie C N°04. Corte IDH, 29 de julio de 1988.

Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia en Serie C N°180. Corte IDH, 06 de mayo de 2008.

Zepeda, G. (2010). *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*. México: OSJI.

ANEXOS

ANEXO I.

Carta Gantt general del proyecto

Mes	Dic		Enero				Febrero				Marzo					Abril				Mayo				Junio					
Semana	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	5	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3			
Recopilación bibliográfica	x	x	x	x	x	x						x	x	x						x	x								
Envío propuesta inicial de diseño		30																											
Correcciones al diseño de contraparte			x	x	18																								
Diseño definitivo						x	x	12																					
Preparación logística terreno						x	x	x																					
Terreno (entrevistas y observaciones)									x	X																			
Sistematización y análisis de información para estudio y protocolo											X	x	x	x	x														
Borrador protocolo															27														
Correcciones al protocolo																3													
Entrega final protocolo																	14												
Taller de validación de protocolo																		21											
Entrega estudio																				3									
Diseño curso de capacitación																	x	x	x	x	x								
Ejecución de curso de capacitación																								x					
Taller de validación del estudio																									19				
Elaboración de rendición de cuentas a PNUD																										x	x	x	x
Entrega rendición de cuentas a PNUD																												15	

ANEXO 2.

2.1. Entrevistas programadas y realizadas por perfil

Perfil entrevistado	Institución(es)	Oficio y/o cargo	Ciudad	Entrevistas Programadas	Entrevistas Realizadas
Operadores	Ministerio Público Fiscalía General del Estado Plurinacional de Bolivia	Fiscales de Materia	El Alto	1	0
			La Paz	1	1
			Sucre	1	1
			Cochabamba	1	0
	Órgano Judicial	Jueces de Instrucción	El Alto	1	0
			La Paz	1	2
			Sucre	1	2
			Cochabamba	1	1
		Servidores Judiciales de Despacho	El Alto	1	0
			La Paz	1	1
			Sucre	1	2
			Cochabamba	1	1
	Vocales Tribunal Departamental	Sucre	1	1	
		El Alto	1	0	
	Servicio Plurinacional de Defensa Pública	Defensores Públicos	El Alto	1	0
			La Paz	1	1
			Sucre	1	1
			Cochabamba	1	1
	Particulares/litigantes	Abogados	El Alto	1	0
			La Paz	1	3
Sucre			1	1	
Cochabamba			1	0	
TOTAL				22	19
Mando medio institucional	Servicio Plurinacional de Defensa Pública	Director departamental	Sucre	1	1
			Cochabamba	1	1
	Ministerio Público Fiscalía General del Estado Plurinacional de Bolivia	Fiscal Departamental	Sucre	1	1
			Cochabamba	1	1
TOTAL				4	4

Perfil entrevistado	Institución(es)	Oficio y/o cargo	Ciudad	Entrevistas Programadas	Entrevistas Realizadas
Alto nivel institucional	Ministerio Público Fiscalía General del Estado Plurinacional de Bolivia	Director de Gestión Fiscal	Sucre	1	1
		Jefa de Planificación	Sucre	1	1
	Servicio Plurinacional de Defensa Pública	Director Nacional	La Paz	1	1
	Tribunal Supremo	Asesor de presidencia	Sucre	1	1
	Consejo de la Magistratura	Director de Políticas de Gestión	Sucre	0	1
	Policía	Representante	La Paz	1	1
	Dirección General de Régimen Penitenciario	Director	La Paz	1	1
	Defensoría	Defensor del Pueblo	La Paz	1	1
TOTAL				7	9
Especialistas	Escuelas Judiciales	Escuela de Jueces del Estado	Sucre	1	1
		Escuela de Fiscales	Sucre	1	1
	Operador	Docente de la Universidad Mayor de San Simón	Cochabamba	0	1
TOTAL				2	3
Usuarios	Imputados en detención preventiva		Cochabamba	0	4
TOTAL GENERAL				35	38
				Programadas	Realizadas

2.2. Pautas utilizadas para el levantamiento de datos mediante entrevistas.

PAUTA DE ENTREVISTA ALTO MANDO INSTITUCIONAL

1. Normativa

¿Qué participación tuvo la [*Fiscalía General / Defensa Pública / Tribunal Supremo / Consejo de la Magistratura / Viceministerio de Seguridad Ciudadana / Dirección Nacional de régimen Penitenciario / Defensoría de Pueblo*] en los cambios posteriores a las leyes penales – como la Ley de Modificaciones al sistema normativo penal (Ley 007/2010) y de las Leyes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Ley 2494/2003; Ley 264/2012), que ampliaron las causales de procedencia para determinar la detención preventiva y las facultades del juez para la imposición de medidas cautelares más gravosas? ¿Cuál es la posición de su institución en relación a estos cambios? ¿Qué opinión le merece esta posición institucional? ¿Se han producido debates o discrepancias en este tema?

¿Cómo se posiciona su institución respecto a la imposibilidad de pedir la cesación de la detención preventiva en los casos de delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio (art. 239, 3, NCPP)? ¿Qué opinión le merece esta posición institucional? ¿Se han producido debates o discrepancias en este tema?

¿Cree usted que estrategias como la Ley de Descongestionamiento (Ley 586/2014), el Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal del Tribunal Supremo o los Decretos de indulto y amnistía son eficientes para solucionar el problema de la detención preventiva?

¿De qué manera internaliza en sus actividades la/el [*Ministerio Público / Defensa Pública / Tribunal Supremo / Consejo de la Magistratura / Dirección Nacional de régimen Penitenciario / Defensoría de Pueblo*] los tratados internacionales en materia de medidas cautelares y detención preventiva (Pacto San José de Costa Rica; Reglas mínimas para tratamiento de los reclusos, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad - Reglas de Tokio, etc)?

¿Cree que los altos índices de presos preventivos se deben a un déficit en la regulación legal o al trabajo que realizan los litigantes?

¿Qué cambios le realizaría al Código en relación a la regulación de las medidas cautelares?

2. Institucional y gestión

¿Qué instancias dentro de la/el [*Ministerio Público / Defensa Pública / Tribunal Supremo / Consejo de la Magistratura / Viceministerio de Seguridad Ciudadana / Dirección Nacional de régimen Penitenciario / Defensoría de Pueblo*] están a cargo del tema de la detención preventiva y otras medidas cautelares? ¿Cuáles son las competencias de esta(s) instancias sobre el tema?

¿Su institución tiene directrices administrativas internas sobre la actuación en el tema de la detención preventiva y otras medidas cautelares (planificación estratégica en cuanto a los casos o circunstancias que lleven al pedido o rechazo de la detención preventiva)? En caso positivo, ¿Quiénes participan de la definición de esas directrices? ¿Qué importancia tienen estas directrices? En caso negativo: ¿Cree que deberían existir?

¿Existe alguna unidad especializada/especialización en su institución para la participación en audiencias de medidas cautelares?

¿De qué forma se acompaña/monitorea el trabajo de su institución y de los profesionales que se desempeñan en las audiencias cautelares?

¿Existe algún tipo de meta u objetivo institucional relacionado con la detención preventiva? ¿Qué consecuencias tiene la consecución o no de estas metas?

¿Qué institución está a cargo actualmente del control de las medidas cautelares distintas a la prisión preventiva? En su opinión, ¿qué institución debería hacerse cargo?

¿Tiene usted conocimiento de que alguna persona de su institución participe en algún espacio interinstitucional que discuta o haga propuestas en el tema de la detención preventiva y otras medidas cautelares? /SI: ¿Cuáles son las contribuciones que su institución aporta en estos espacios? ¿Estas instancias son oficiales con personal designado por la institución o son espontáneas? ¿Cuál es el ámbito territorial de las mismas? – NO:

¿Cuáles cree usted que son las dificultades y desafíos internos y externos [las otras instituciones] que deben ser superados para bajar los índices de detención preventiva en Bolivia?

¿De qué forma cree usted que su institución podría contribuir con la mejoría del escenario relacionado a la detención preventiva en su país?

3. Enseñanza

¿Su institución ofrece algún tipo de formación o capacitación en el tema de detención preventiva y otras medidas cautelares? En caso negativo, ¿De qué manera, entonces, se capacitan los profesionales de su institución respecto al tema?

¿Su institución recopila y da a conocer públicamente informaciones referentes a la detención preventiva y otras medidas cautelares para que puedan ser usadas en programas de capacitación y en planificaciones institucionales sobre el tema?

4. Factores externos, sociales y culturales

¿Cree usted que la opinión pública influye en la actuación de su institución y sus profesionales en el tema de la detención preventiva y medidas cautelares? –SI: ¿de qué forma, recuerda algún caso en particular o tiene algún ejemplo?

¿Cree usted que el uso de la detención preventiva tiene impacto en la seguridad ciudadana?

¿Cuáles son los espacios y actores más involucrados con las discusiones sobre el uso de la detención preventiva en Bolivia? ¿Podría citar ejemplos?

¿Hay algún tipo de perfil predominante – características personales, sociales, regionales – de las personas que quedan en detención preventiva?

¿Cuáles son las consecuencias de la detención preventiva para la persona en esa situación?

¿Cuáles son las consecuencias para el sistema penitenciario?

PAUTA DE ENTREVISTA MEDIO MANDO INSTITUCIONAL

Observaciones iniciales para el/la Entrevistador/a: El Fiscal Departamental tiene mandato de 4 años (renovable) y es requisito para el cargo haber ejercido como juez, fiscal o abogado, con crédito por 6 años. A su vez, el Director Departamental de Servicio de Defensa tiene mandato de 2 años y debe haber sido abogado con ejercicio de 4 años.

Indagar acerca de cuánto tiempo lleva desempeñando ese cargo.

1. Normativa

¿Qué participación tuvo su institución en los cambios que ampliaron las causales de procedencia para determinar la detención preventiva y las facultades del juez para la imposición de medidas cautelares más gravosas? ¿De qué forma estos cambios impactaron la forma de trabajo en su institución? [Ley de Modificaciones al sistema normativo penal (Ley 007/2010) y de las Leyes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Ley 2494/2003; Ley 264/2012)]

¿Cree usted que las estrategias de descongestión del sistema penal tuvieron impactos en la alta tasa de detención preventiva? [Ley de Descongestionamiento (Ley 586/2014), el Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal del Tribunal Supremo o los Decretos de indulto y amnistía]

¿Cómo influyen los tratados internacionales en las decisiones referentes a la detención preventiva?, ¿Hay orientaciones de la Fiscalía/Defensa Pública Departamental respecto sus aplicaciones?

¿Cómo se posiciona su institución respecto a la imposibilidad de pedir la cesación de la detención preventiva en los casos de delitos de corrupción, seguridad del Estado, feminicidio, asesinato, violación a infante, niña, niño, adolescente, e infanticidio (art. 239, 3, NCPP)?, ¿Qué opinión le merece esta posición institucional?, ¿Han existido debates en este tema?

¿Tiene su departamento orientaciones con relación a la excepcionalidad de las medidas cautelares?, ¿De qué tipo?, ¿Qué resultados han obtenido?

¿Cree que los altos índices de presos preventivos se deben a un déficit en la regulación legal o al trabajo que realizan los litigantes?

¿Qué cambios le realizaría al Código en relación a la regulación de las medidas cautelares?

2. Institucional y gestión

[FISCAL] ¿Cómo ejerce la supervisión de las investigaciones de fiscales de materia?, ¿Cómo se manifiesta específicamente en el ámbito de las medidas cautelares?

[FISCAL] ¿Qué parte del presupuesto está destinado al trabajo relacionado con medidas cautelares en la actualidad? ¿Qué criterios se utilizan para ello? [Una de las atribuciones del Fiscal Departamental es definir el presupuesto de su departamento]

¿Su institución tiene directrices administrativas internas sobre la actuación en el tema de la detención preventiva y otras medidas cautelares (planificación estratégica en cuanto a los casos o circunstancias que lleven al pedido o rechazo de la detención preventiva)? En caso positivo, ¿En qué consisten?, ¿Quiénes participan de la definición de esas directrices?, ¿Qué impacto han tenido estas directrices y cuál es la valoración que realiza?. En caso negativo, ¿Cómo se organizan sin este tipo de directrices?, ¿Cree que le harían falta a la institución?

¿Es frecuente que usted asuma la investigación/representación directa de los casos en su departamento? En esos casos, usted también asume la litigación en medidas cautelares?, ¿Más allá de los criterios legales [en caso de relevancia departamental o afecte el interés colectivo] cuál es su política a la hora de asumir o no estos casos?, ¿Podría darnos algunos ejemplos concretos (vinculados a cautelares)?

¿Cómo define su departamento la designación de los profesionales para participar de las audiencias de medidas cautelares?, ¿Con base en qué criterios?

¿Cuáles son las principales causas de inasistencia de los profesionales de su institución a las audiencias cautelares? ¿Cuáles son las consecuencias para los profesionales que no asisten a las audiencias? [En concreto y no en abstracto]

¿De qué forma se acompaña/monitorea el trabajo de fiscales/defensores que se desempeñan en las audiencias cautelares?

¿Ve usted utilidad en la creación de una oficina que se encargue de recabar y chequear, al momento de la detención, la información personal y condiciones personales del imputado para acercar a las partes en el momento de la audiencia cautelar?

Cuándo se impone una medida sustitutiva, ¿Quién realiza el control del cumplimiento de la misma?, ¿Cómo vería Ud. que esta misma oficina sea la encargada de controlar las medidas alternativas a la prisión preventiva?

¿Piensa Ud. que este tipo de mecanismo alentaría en otras jurisdicciones o en la suya a una mayor aplicación de medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva?

¿En nivel departamental, usted participa de algún espacio interinstitucional que discuta o haga propuestas en el tema de la detención preventiva y otras medidas cautelares?, ¿Existe algún espacio interinstitucional en el que pudiese tratarse esta temática?, ¿Cuáles son las contribuciones que la dirección departamental aporta o podría aportar en estos espacios?

3. Enseñanza

¿La dirección departamental ha identificado necesidades de capacitación en materia de medidas cautelares?

¿La dirección departamental hace sugerencias de cursos y capacitaciones en materia de medidas cautelares?

¿Con qué frecuencia se capacitan los profesionales de su unidad?

4. Factores externos, sociales y culturales

¿Cree usted que la opinión pública influye en la actuación de su institución y sus profesionales en el tema de la detención preventiva y medidas cautelares?, ¿De qué forma?, ¿Podría darnos ejemplos de casos en que esto hubiera pasado?

¿Qué impacto tiene el uso de la detención preventiva en la seguridad ciudadana?

¿Hay algún tipo de perfil predominante – características personales, sociales, regionales, delictuales, – de las personas que quedan en detención preventiva?

¿Cuáles son los espacios y actores más involucrados con las discusiones sobre el uso de la detención preventiva en Bolivia?, ¿Podría citar ejemplos?

¿Cuáles cree usted que son las dificultades y desafíos **externos** que deben ser superados para bajar los porcentajes de detención preventiva en Bolivia?

¿Cuáles cree usted que son las dificultades y desafíos **internos** que deben ser superados para bajar los porcentajes de detención preventiva en Bolivia?

¿De qué forma las direcciones departamentales podrían contribuir con la mejoría del escenario relacionado a la detención preventiva en su país?

PAUTA DE ENTREVISTA OPERADORES

1. Normativa

¿Hubo impacto práctico de las leyes que ampliaron las causales de procedencia para determinar la detención preventiva y las facultades del juez para la imposición de medidas cautelares más gravosas?, ¿Cuáles serían, podría citar ejemplos? [Ley de Modificaciones al sistema normativo penal (Ley 007/2010) y de las Leyes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (Ley 2494/2003; Ley 264/2012)]

¿Cree usted que las estrategias de descongestión del sistema penal estrategias tuvieron impactos en la alta tasa de detención preventiva? [Ley de Descongestionamiento (Ley 586/2014), el Plan Nacional de Descongestionamiento del Sistema Penal del Tribunal Supremo o los Decretos de indulto y amnistía]

¿Cómo influyen los tratados internacionales en las decisiones referentes a la detención preventiva?, ¿Alguna vez usted los ha aplicado?

¿Cree que los altos índices de presos preventivos se deben a un déficit en la regulación legal o al trabajo que realizan los litigantes?

¿Qué cambios le realizaría al Código en relación a la regulación de las medidas cautelares?

2. Institucional y gestión

¿Su institución tiene directrices administrativas internas específicas sobre la actuación en el tema de la detención preventiva (planificación estratégica en cuanto a los casos o circunstancias que lleven al pedido de detención preventiva)?
¿Cuál es su opinión sobre la definición de directrices generales para esta actuación?

¿Usted participa de las definiciones de estrategias referentes audiencias cautelares en su institución?. En caso negativo, ¿Habría necesidad de que hubiera este espacio de participación?. En caso positivo, ¿De qué forma podría ocurrir esa participación – por cuáles canales?

¿Tiene usted recursos e infraestructura suficientes para realizar su trabajo en las audiencias de medidas cautelares?

¿Cómo define su institución la designación de los profesionales para participar de las audiencias cautelares?

¿Cuáles son las principales causas de inasistencia de los profesionales de su institución a las audiencias cautelares?, ¿Cuáles son las consecuencias para los profesionales que no asisten a las audiencias?

¿Ve usted utilidad en la creación de una oficina que se encargue de recabar y chequear, al momento de la detención, la información socio-económica y condiciones personales del imputado para acercar a las partes en el momento de la audiencia cautelar?

¿Cuándo se impone una medida sustitutiva, quién realiza el control del cumplimiento de la misma?

En su caso ¿Cómo vería Ud. que esta misma oficina sea la encargada de controlar las medidas alternativas a la prisión preventiva?

¿Piensa Ud. que este tipo de mecanismo alentaría en otras jurisdicciones o en la suya a una mayor aplicación de medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva?

3. Enseñanza

¿La carrera de derecho en la universidad y la Escuela de formación de su institución le entregaron contenido/formación en materia de medidas cautelares?, ¿ En perspectiva práctica o teórica?

¿Después de las reformas legales – a partir 1999 – ha buscado usted, por iniciativa propia, algún tipo de capacitación o participado de eventos sobre medidas cautelares?

¿Hay incentivos de su institución para que se capacite en el tema? Ejemplifique.

4. Factores externos, sociales y culturales

¿Existen factores externos que influyen en la decisión de pedir/decretar la prisión preventiva?

¿Cree usted que el uso de la detención preventiva tiene impacto en la seguridad ciudadana?

¿Hay espacios y actores involucrados con las discusiones sobre el uso de la detención preventiva en Bolivia?, ¿Podría citar ejemplos?

¿Hay algún tipo de perfil predominante – características personales, sociales, regionales – de las personas que quedan en detención preventiva?

En su opinión ¿Qué finalidad cumplen las medidas cautelares?, ¿Y la detención preventiva en específico?

5. Práctica

Juez/Vocal

¿De qué forma su institución registra informaciones de las audiencias cautelares?

¿Organiza usted la agenda de audiencias cautelares de su despacho?, ¿Con base en cuáles criterios?

¿El juez que actúa en la audiencia cautelar es siempre el mismo que actuará en toda la etapa preparatoria del mismo caso?

¿Cuando no se presenta una de las partes, qué rol debe asumir el juez?

¿Qué tipo de información aportan las partes a las audiencias cautelares?

¿En estas audiencias cautelares, participa algún otro interviniente?, ¿De qué forma participan?

¿Usted suele pedir información adicional a las partes? En caso positivo, ¿Qué tipo de información?

¿Más allá del límite que fija el CPP, se discute la duración de la prisión preventiva en cada caso?

¿Cuáles son los indicadores concretos utilizados para determinar la existencia de un riesgo de fuga y cuáles para el entorpecimiento de la investigación?, ¿Qué elementos probatorios introducen las partes para la solicitud y/o rechazo del dictado de una prisión preventiva?

¿Usted considera suficiente el pedido de la detención preventiva fundada exclusivamente en el monto de pena y la gravedad de delito?, ¿Qué otras circunstancias deben ser consideradas al momento de la dictación de una detención preventiva?, ¿Se aplica el principio de la excepcionalidad a los delitos de drogas?

¿En qué casos cabe que el juez determine una medida más grave que la solicitada por el Fiscal?, ¿Habría afectación al principio de la imparcialidad en este caso?

¿Cómo se opera en juicio el principio de la excepcionalidad de las medidas cautelares en juicio?

¿Cuáles son los principales argumentos que se presentan para pedir la revisión de una prisión preventiva?, ¿Cuáles argumentos son los acatados por los jueces al conceder la revisión?

¿Habría aspectos de la actuación de fiscales y defensores que podrían mejorar en las audiencias cautelares?

Fiscal

¿Cuáles son las funciones del fiscal en una audiencia cautelar? [distinción entre lo que dice el CPP y la práctica]

¿De qué forma su institución recopila las informaciones para los casos que se llevan a las audiencias cautelares?

¿En qué casos no hay necesidad de pedir ninguna medida cautelar; en qué casos pide una medida sustitutiva; en qué casos cabe pedido de detención preventiva?, ¿Podría citar ejemplos concretos?

¿Qué elementos aporta al proceso para justificar su solicitud?

¿Cuáles son los principales argumentos/evidencias que usted suele utilizar para acreditar el peligro de fuga que justifiquen el pedido de detención preventiva?, ¿Podría dar usted ejemplos concretos de pedidos con esta fundamentación?

¿Cuáles son los principales argumentos/evidencias que usted suele utilizar para acreditar la obstaculización del proceso que justifiquen el pedido de detención preventiva?, ¿Podría dar usted ejemplos concretos de pedidos con esta fundamentación?

¿En aquellos casos en que se encuentra un imputado reincidente, cómo esto influye en la solicitud de detención preventiva?

¿En aquellos casos que pide detención preventiva, suele solicitar un plazo específico de duración?, ¿En qué se basa para definir la duración de la prisión preventiva solicitada?

¿Cuáles son las funciones del juez y del defensor en las audiencias cautelares?

¿En estas audiencias cautelares, participa algún otro interviniente?

¿Cómo opera el principio de excepcionalidad de las medidas cautelares en juicio?

Defensor/Abogado

¿De qué forma su institución/usted recopila las informaciones de los casos que se llevan a las audiencias cautelares?

¿Cuáles son las funciones del defensor/abogado en una audiencia cautelar?

¿Cuál es el principal argumento que usted emplea cuando contradice un pedido de prisión preventiva? [materialidad, improcedencia de las causales de procedencia de la detención preventiva, afronta a los principios de proporcionalidad o excepcionalidad, límite temporal de la medida]

¿Qué elementos aporta al proceso para justificar su solicitud?

¿En qué caso usted propone una medida sustitutiva en el lugar de la preventiva?, ¿En qué casos de los anteriores el juez acoge su pedido de sustitución?

¿En estas audiencias cautelares, participa algún otro interviniente?

¿Cuáles son las funciones del juez y del fiscal en las audiencias cautelares?

¿Cómo opera el principio de excepcionalidad de las medidas cautelares en juicio?

Servidor judicial de despacho

¿Cuáles son sus atribuciones en la organización y realización de las audiencias cautelares?

¿Hay un flujograma de trabajo pre-establecido para organizar las audiencias?

¿Qué otros profesionales participan de las audiencias cautelares?, ¿Habría necesidad de que otros profesionales participaran de la organización/realización de las audiencias?, ¿De qué área o con qué tipo de conocimiento?

¿Cuánta información y en qué formato se le provee al juez?, ¿Hay un sistema específico para registrarlas?

¿El tribunal establece directrices generales de organización administrativa para el funcionamiento de las audiencias cautelares?

ANEXO 3.**Audiencias observadas y levantadas en terreno por ciudad**

Ciudad	Audiencias programadas	Audiencias MC programadas	Audiencias observadas	Audiencias realizadas*	Audiencias suspendidas*	Audiencias reagendadas*	Cambia tipo de audiencia*
La Paz	67	22	14	8	6	1	0
El Alto	14	6	6	1	6	1	0
Sucre	9	4	7**	7**	3***	0	1
Cochabamba	21	20	10	9	2	1	1
TOTAL	111	52	31	17	11	3	2

*Sobre el total de observadas.

** 5 de juzgados de instrucción y 2 apelaciones.

*** 2 de juzgados de instrucción y 1 apelación.

ANEXO 4.**Organización del trabajo de campo correspondiente a los días lunes 13 a 22 de febrero de 2017 por ciudad**

Día	Ciudad	Hora	Actividad
Lunes 13	Sucre	9:00	Reunión con Asesores de Presidencia del Tribunal Supremo del Órgano Judicial
Lunes 13	La Paz	9:00	Reunión en PNUD
		14:30	Entrevista a Director del SEPDEP Defensoría Pública y defensoras públicas
		15:30	Entrevista a ex fiscal de materia
		19:00	Entrevista a abogado
		19:00	Entrevista a abogado
Martes 14	La Paz	09:00 a 13:00	Observación de audiencias
		9:30	Entrevista a Director General de Régimen Penitenciario
		10:30	Entrevista a Defensor del Pueblo y personal
		15:30	Entrevista a abogado y ex policía
		17:30	Entrevista a abogado litigante y ex juez
	17:00 – 18:30	Observación de audiencias	
	El Alto	14:30-18:30	Observación de audiencias
Miércoles 15	La Paz	8:00-13:00	Observación de audiencias
			Entrevista a 2 jueces de instrucción
			Entrevista a abogado litigante
			Entrevista a operador judicial
	El Alto	8:00-14:00	Observación de audiencias

Día	Ciudad	Hora	Actividad
Jueves 16	Sucre	8:00	Reunión con Asesores de Presidencia del Tribunal Supremo de Justicia
		9:00-19:00	Observación de audiencias
		14:30	Entrevista juez
			Entrevista Vocal Presidente del Tribunal Departamental
			Entrevista representante de la Escuela de Jueces
			Entrevista Director Departamental del SEPDEP
			Entrevista con Director de Gestión Fiscal - Ministerio Público
			Entrevista a Jefa de la Unidad de Planificación
Entrevista a Representante de la Escuela de Fiscales			
Viernes 17	Sucre	Todo el día	Observación de audiencias
		8:00	Entrevista Asesores de Presidencia del Tribunal Supremo del Órgano Judicial
			Reunión con representantes del Consejo de la Magistratura
		11:00	Entrevista a abogado litigante
		14:30	Entrevista a Fiscal de Materia
18:00	Entrevista a Fiscal Departamental		
Lunes 20	Cochabamba	8:00-13:00	Observación de audiencias
			Reunión con el Tribunal Departamental
			Entrevista a especialista
15:00	Entrevista a jueza		
17:00	Entrevista a Directora Departamental del SEPDEP y defensor(ora) pública		
Martes 21	Cochabamba	8:00-13:00	Observación de audiencias
		8:30	Entrevista a abogado del consultorio jurídico gratuito de la U. de San Simón (Cancelada)
		13:00	Entrevista a personas en detención preventiva (Centro penitenciario de San Sebastián)



*Al servicio
de las personas
y las naciones*

