

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS O LINEAMIENTOS EN LA ACTIVIDAD
DEL SISTEMA JUDICIAL SALVADOREÑO PARA MOTIVAR Y
FUNDAMENTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PROVISIONAL
O MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA MISMA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**CATACHO FLORES, JORGE ALEXANDER
MARADIAGA QUIJANO, GLADIS CAROLINA
MÓNICO MORÁN, JAVIER ALFREDO**

DOCENTE ASESOR:

LIC. LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO DE 2021

TRIBUNAL CALIFICADOR

MSC. VICENTE ORLANDO VÁZQUEZ CRUZ
(PRESIDENTE)

LIC. MARVIN HUMBERTO FLORES JÚAREZ
(SECRETARIO)

LIC. LADISLAO GILBERTO GONZÁLEZ BARAHONA.
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR

DR. RAÚL ERNESTO AZÚNAGA LÓPEZ
VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA QUINTANILLA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

MSC. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

DR. EDGARDO HERRERA MEDRANO PACHECO
VICE-DECANO

MSC. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
SECRETARIO

MSJ. HUGO DAGOBERTO PINEDA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MSC. DIANA DEL CARMEN MERINO DE SORTO
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LIC. ENMANUEL CRISTOBAL ROMÁN FUNES
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS

AGRADECIMIENTOS.

Doy Gracias:

A DIOS por cada día de bendición y darme la oportunidad de culminar uno de mis más ambiciosos sueños; por la fortaleza y el don de la sabiduría que son ingredientes muy importantes para lograr todo lo que me propongo.

Acto que dedico:

A los principales artífices de mis sueños. **MIS PADRES**, fuentes de amor, dedicación, paciencia consejo y apoyo en este proceso de tesis:

A MI MADRE, Vilma Elizabet Moran del Cid por acompañarme en un caminar que no ha sido fácil, por motivarme a seguir adelante y no rendirme, por inculcarme ese coraje y fuerza para luchar.

A MI PADRE, Javier Mónico Morán por haberme dado lo necesario pero suficiente para culminar un proceso muy importante en mi vida.

A MI HERMANO, Joel Eduardo Mónico Morán, por ser una fuente de inspiración en esos momentos de desánimo y en donde las ganas de seguir adelante disminuyen.

A MI NOVIA, Estela Guadalupe Castro Calderón, por estar a mi lado y alentarme en esos momentos difíciles en este proceso; por creer en mí y brindarme su comprensión, apoyo, cariño y amor.

Por último pero no menos relevante, **A MIS COMPAÑEROS DE TESIS Y DOCENTE ASESOR**; Gladis Carolina Madariaga Quijano, Jorge Alexander Catacho Flores y Lic. Gilberto Ladislao González Barahona; por el sacrificio y esfuerzo que ahora se ve materializado en este trabajo de grado.

JAVIER ALFREDO MÓNICO MORÁN

INDICE

RESUMEN	i
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO I	1
LAS MEDIDAS CAUTELARES	1
1.1. Generalidades de las medidas cautelares	1
1.1.1 Historia de las Medidas Cautelares en la Codificación Procesal Penal Salvadoreña	4
1.2. Concepto De Medida Cautelar	7
1.3. Naturaleza y finalidad de las medidas cautelares	10
1.4. Características de las medidas cautelares	11
1.4.1. Jurisdiccionalidad	12
1.4.2. Instrumentalidad	13
1.4.3. Provisionalidad	14
1.4.4. Proporcionalidad	16
1.4.5. Homogeneidad	16
1.4.6. Oficiosidad	17
1.4.7. Revocabilidad	17
1.5. Diferencia entre el proceso de ejecución y el proceso cautelar	17
1.6. Clasificación de las medidas cautelares	18
1.6.1. Medidas cautelares penales reales	21
1.6.2. Medidas cautelares de carácter personal	25
1.6.3. Medidas cautelares de carácter personal reguladas en la legislación penal salvadoreña	28
1.6.3.1. Citación o detención del imputado	28

1.6.3.2. Detención en realizada por FGR.....	39
1.6.3.3. Aprehensión que realiza la policía en atención de una difusión o circular roja	45
1.6.3.4. Duración de la detención en los casos de aprehensión regulados en el artículo 327 del Código Procesal Penal.....	46
1.6.3.5. Detención por el término de inquirir	57
1.6.3.6. Caso especial de detención para inquirir	58
1.6.3.7. Detención provisional.....	60
1.6.3.8. Otros casos de detención provisional	61
1.7 Presupuestos procesales	63
1.8. Presupuestos materiales	64
1.9. Presupuestos formales.....	65
1.9.1 Medidas cautelares decretadas por autoridad judicial.....	65
1.9.2. Las medidas cautelares requieren resolución motivada.....	65
1.10. La coerción procesal.....	66
CAPÍTULO II.....	69
DETENCIÓN PROVISIONAL	69
2.1. Concepto.....	69
2.2. Naturaleza de la detención provisional	73
2.3. Fines de la detención provisional	76
2.3.1. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado.....	78
2.3.2. Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba.....	80
2.4. Características de la detención provisional.....	81
2.4.1. Instrumentalidad	81

2.4.2. Provisionalidad	82
2.4.3. Obedecer a la regla rebús sic stantibus	83
2.5. Regulación legal	87
2.5.1. Código Procesal Penal Salvadoreño	93
2.5.2. Tratados Internacionales.....	94
2.6. Presupuestos de la detención provisional.....	97
2.6.1. Fumus boni iuris (aparición de buen derecho)	98
2.6.2.1. Criterios objetivos.....	101
2.6.2.2. Criterios subjetivos.....	102
CAPÍTULO III.....	110
MEDIDAS SUSTITUTIVAS	110
3.1. Concepto de medidas sustitutivas	110
3.2. Medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional .	112
3.3. Antecedentes	114
3.3.1. Desarrollo de las medidas sustitutivas en el salvador	116
3.4. Finalidad de las medidas sustitutivas	129
3.5. La perspectiva constitucional de las medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional	130
3.6. Medidas alternativas o sustitutivas reguladas en el código procesal penal salvadoreño	133
3.6.1. Arresto domiciliario	137
3.6.2. Sometimiento a vigilancia personal o institucional	141
3.6.3. Obligación de presentarse al tribunal periódicamente.....	142
3.6.4. Prohibición de salir del país	143
3.6.5. Prohibición de asistir a determinados lugares y comunicarse con determinadas personas	144

3.6.6. Prestación de una caución económica	145
3.7. Normativa internacional de las medidas sustitutivas a la detención provisional	152
3.7.1. Instrumentos internacionales sobre detención preventiva	153
3.7.2. El salvador como estado firmante en materia de tratados internacionales sobre medidas sustitutivas a la detención provisional.....	155
3.7.3. Tratados internacionales en materia de medidas cautelares aplicados en la legislación penal salvadoreña	166
CAPÍTULO IV	169
ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS O LINEAMIENTOS EN LA ACTIVIDAD DEL SISTEMA JUDICIAL SALVADOREÑO PARA MOTIVAR Y FUNDAMENTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PROVISIONAL O MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA MISMA	169
4.1. Fumus boni iuris	178
4.2. Periculum in mora.....	181
4.3. Criterios objetivos	182
4.3.1. La Gravedad del delito.....	182
4.3.2. Las Circunstancias de hecho	183
4.3.3. Alarma social.....	185
4.4. Criterios subjetivos	188
4.4.1. Los arraigos	188
4.4.2. Los antecedentes.....	190
4.4.3. La peligrosidad	190
4.5.1. Proporcionalidad del hecho	191
4.5.2. Conocimiento para realizar más ilícitos.....	194
4.5.3. La Frecuencia o Habitualidad	195

4.5.4. Prevención general	196
4.5.5. La F.G.R. deberá probar el peligro de fuga.....	197
4.5.6. Aplicación de medidas sustitutivas a la detención es automático cuando se trate de un agente o funcionario del ministerio de público.....	199
4.6. Catálogo de delitos enunciado en el art. 331 C.Pr.Pn	202
4.7. Motivos para modificar la detención provisional a medidas sustitutivas	226
4.8. Motivos para modificar la medida sustitutiva a la detención provisional	233
4.9. Audiencia especial para la revisión de medidas	237
CAPITULO V	245
LÍNEA DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	245
5.1. Criterios judiciales de primera instancia.....	247
5.1.1. Juzgados de paz	247
5.1.2. Opinión del Juez entrevistado (Juez Cuarto, Quinto y Sexto de Paz)	250
5.1.3. Análisis de criterios de los jueces de primera instancia Juzgados de Paz.....	252
5.1.4. Juzgados de instrucción.....	255
5.1.5. Aplicación del fumus boni iuris	262
5.1.6. Aplicación del periculum in mora.....	264
5.1.7. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de medidas cautelares	265
5.1.8. Opinión del Juez entrevistado	265
5.1.9. Análisis de los criterios de los jueces de primera instancia	268

5.2. Criterios judiciales de las Cámaras de lo Penal	272
5.2.1. Cámara Segunda, Tercera y Especializada de lo Penal.....	272
5.2.2. Cámara Tercera de lo Penal	275
5.2.3. Cámara Especializada de lo Penal	279
5.2.3.1. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de medidas cautelares	284
5.2.4. Análisis de los criterios de la cámara de lo penal	284
5.3. Criterios judiciales Sala de lo Penal	286
5.3.1. Aplicación del fumus boni iuris	291
5.3.2. Aplicación del periculum in mora.....	292
5.3.3. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de una medida cautelar	292
5.4. Análisis de criterios Sala de lo Penal	292
5.5. Criterios judiciales Sala de lo Constitucional	295
5.5.1. Aplicación del fumus boni iuris	312
5.5.2. Aplicación del periculum in mora.....	313
5.5.3. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de una medida cautelar	314
5.5.4. Análisis de criterios Sala de lo Constitucional	315
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	323
CONCLUSIONES.....	323
RECOMENDACIONES	326
BIBLIOGRAFÍA	328
ANEXO	342

RESUMEN

Poder acreditar una verdadera argumentación jurídica fortalece la plenitud de la motivación de medidas cautelares como la detención provisional, y sirve de garantía al derecho de libertad física.

Es por ello que las razones fácticas y jurídicas de la decisión judicial de la o el juez deberán estar revestidas de la consistencia legal y de la legitimidad necesaria para aplicar o mantener restringida provisionalmente de su libertad ambulatoria al imputado, sólo de esta manera se estará respetando los fundamentos constitucionales del deber de motivación de esta medida cautelar.

Decretar o no una medida cautelar como la detención provisional, debe estar aparejada a criterios ya establecidos en la ley, y como desarrollaremos en la presente investigación en criterios jurisprudenciales que ya están siendo aplicados por diferentes jueces en diversas instancias.

Para lo cual se realizó una investigación objetiva respecto de todos los criterios, lineamientos y razones filosóficas que sirvan como fuente de fundamentación a la hora de valorar la aplicación de cualquier medida cautelar, y así de esta manera llevar la discusión de si la detención provisional es una medida excepcional o general, dando fundamentos jurídicos claros que no den lugar al uso de algún medio impugnativo y el bienestar del procesado no esté siendo vulnerado en cualquier medida.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

A.B.E.	Acuerdo Bolivariano sobre Extradición (1911) y su Acuerdo Interpretativo. (1935)
A.G.D.H.	Asamblea General de las Naciones Unidas.
Art.	Artículo.
C.A.D.H	Convención Americana de Derechos Humanos.
C.B.A.M.M.P.E.	Convenios o Tratados Bilaterales Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal Suscritos entre los Estados.
C.C.	Código Civil.
C.D.I.P.	Código de Derecho Internacional Privado. (1928)
C.E.A.M.M.P.	Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal. (1959)
C.E.B.S.S.D.P.C.	Convención Europea Sobre Blanqueo, Seguimiento, Secuestro y Decomiso del Producto del Crimen. (1990)
C.E.D.H.	Comisión Especializada de Derechos Humanos.
C.E.T.P.C.	Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas. (1964)
C.E.V.I.S.P.	Convención Europea sobre Validez Internacional de Sentencias Penales. (1970)
C.F	Constitución Francesa.
C.I.	Corte Interamericana.
C.I.A.J.M.P.	Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal. (1992).

C.I.C.	Código de Instrucción Criminal.
C.I.D.H	Comisión Internacional de Derechos Humanos.
C.I.E.	Convención Interamericana sobre Extradición. (1981)
C.I.R.P.E.	Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1975) y su Protocolo Adicional. (1984)
C.P.F.J.	Código de Procedimientos y Formas Judiciales.
C.Pr.C.	Código de Procedimientos Civiles.
C.Pr.Cr.	Código de Procedimientos Criminales.
C.Pr.P.d.	Código Procesal Penal Derogado.
C.Pr.Pn.	Código Procesal Penal (Vigente).
C.R.G.A.F.I.	Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. (1990)
C.S.J.	Corte Suprema de Justicia.
Cn.	Constitución de la República.
D.D.H.	Declaración Universal de Derechos Humanos.
D.F	Declaración Francesa.
D.G.C.P.	Dirección General de Centros Penales.
D.L.	Decreto Legislativo.
D.O.	Diario Oficial.
F.G.R.	Fiscalía General de la República.
I.N.T.E.R.P.O.L.	Organización Internacional de Policía Criminal.
J.E.	Juzgado Especial.
J.E.I.	Juez Especial de Instrucción.

L.A.M.	Ley Anti-Maras.
L.C.A.D.G.A.I.E.	Ley Para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales.
L.C.C.O.D.R.C.	Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.
L.C.L.D.A.	Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.
L.D.G.O.P.	Ley de Defensa y Garantía de Orden Público.
L.E.P.	Ley del Estado Peligroso.
L.N.I.C.P.Pr.A.J.M.	Legislación Nacional Interna de Cada País Sobre Procedimientos de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal.
L.R.V.M.	Ley Represiva de Vagos y Maleantes.
L.T.E.C.D.C.D.	Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado.
M.S.P.J.	Ministerio de Seguridad Pública y Justicia.
O.E.A.	Organización de Estados Americanos.
O.N.U.	Organización de Las Naciones Unidas.
P.I.D.C.P.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
P.N.C.	Policía Nacional Civil.
R.A.L.E.	Real Academia de la Lengua Española.
R.L.P.S.	Recopilación de Leyes Penales Salvadoreñas.

R.M.A.P.D.L.A.	Reglamento Modelo Americano para la Prevención y Represión del Delito de Dinero de Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y de Otros Delitos Graves. (1992)
S.D.	Sentencia Definitiva
T.D.P.I.M.	Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo. (1940)
T.E.	Tribunal Especializado.

ABREVIATURAS

Ape.	Apelación.
Cam. Pen.	Cámara de lo Penal.
Cas.	Casación.
Cat. Del.	Catálogo de Delitos.
Cit. Cau.	Citación Cautelar.
Cit.	Citado.
Cor. Ple.	Corte Plena.
Inc.	Inciso.
Inc.	Inciso.
Lit.	Literal.
Org. Ej.	Órgano Ejecutivo.
Org. Jud.	Órgano Judicial.
Pag.	Página.
Pr. Cau.	Proceso Cautelar.
Pr. Eje.	Proceso de Ejecución.
Pr. Pn .	Proceso Penal.
Ref.	Referencia.
S.Con. Adm.	Sala de lo Contenciosos Administrativos.

S.Con.	Sala de lo Constitucional.
S.Pen.	Sala de lo Penal.
Tra. Int.	Tratado Internacional.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda una temática de investigación sobre los criterios o lineamientos que el Sistema Judicial Salvadoreño toma en cuenta para motivar y fundamentar la medida cautelar ya sea de detención provisional o medidas sustitutivas a la misma; para ello, las resoluciones judiciales deben estar revestidas de todos los principios constitucionales, principalmente el de seguridad jurídica, el respeto del principio de inocencia y dar cumplimiento al debido proceso; teniendo muy en cuenta que, existe la obligación del Estado de respetar la libertad de la persona, a quien reconoce como principio y fin de la actividad del mismo, otorgándole vigencia real; consecuentemente, a cada uno de los derechos fundamentales que constituyen en el proceso penal.

A continuación se desarrollara una amplia investigación practica y jurisprudencial en cuando a como estos criterios están siendo aplicados en muchos juzgados penales del país debido a que se pretenderá demostrar que existe una desigualdad judicial ya que unos aplicadores del derecho son del criterio de tomar en cuenta cierto tipos de criterios u otros jueces no los toman en cuenta, pareciera que estamos frente a una aleatoria aplicación, que dependerá del juez que conozca nuestro proceso y así será la medida cautelar que decida aplicar o no, esa inseguridad jurídica es la que es fuertemente señalada a continuación, puesto lo que se busca es que exista una uniformidad no refiriéndonos a que se apliquen de forma automática todos los criterios ni para cada proceso sino que exista una línea a seguir y que esta sea obedecida por los jueces.

Así mismo, para que el Juez resuelva sobre la situación jurídica de la persona a la que se le atribuye la comisión de un delito es necesario que lo resuelva a la luz del artículo 329 del Código Procesal Penal, en donde se

plasman dos criterios muy importantes, de los cuales se desprenden muchos otros, que sirven para valorar si el imputado puede o debe continuar el proceso en detención o con una o varias medidas sustitutivas. Estos son el Fumus Boni Iuris o Apariencia de Buen Derecho y al Periculum In Mora o Peligro de la Demora representado por el Peligro de Fuga, en donde encontramos elementos objetivos y subjetivos de valoración.

La valoración de la que hacemos referencia, se sustenta sobre la base de los elementos de convicción recabados, en donde se exponen las razones por las cuales se configura los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de fuga, permitiendo así que tanto a quienes se dirige la resolución como cualquier otro interesado en la misma logre comprender y enterarse de las razones que la informan. Siendo necesario e importante abordar y analizar la correcta definición de lo que se debe entender por “elementos de convicción”, y de igual forma, aclarar la diferencia y connotación entre “elementos de convicción”, “elementos de prueba” y “elementos de juicio”.

Ahora bien, el presente trabajo se vuelve interesante cuando entramos a analizar la medida cautelar de detención provisional. Una medida que figura como la más gravosa de todas, por atacar directamente el derecho fundamental de la libertad ambulatoria de las personas; pero para que su aplicación no sea de forma desmedida, existen muchos derechos, principios y marcos legales que resguardan este derecho fundamental, entre los cuales se pueden mencionar: el derecho a un juicio previo (Art. 11 Cn. y 1 C.Pr.P.), principio de legalidad (Art. 15 Cn. y 2 C.Pr.P.), presunción de inocencia (Art. 12 Cn. y 6 C.Pr.P.), instrumentos internacionales tales como pactos, tratados y convenciones de derechos humanos. En específico, lo establecido en el art. 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9.3 del Pacto

Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y el art. 4.1 de las denominadas “Reglas de Tokio”.

Dicho lo anterior, podemos llegar a pensar que el derecho de libertad ambulatoria está protegido frente a amenazas como el de medidas cautelares como la detención provisional; pero no es así, y es uno de los motivos de la presente investigación académica. Resulta que el Código Procesal Penal guarda una norma que prohíbe utilizar medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional en un listado de delitos; con ello, estamos haciendo referencia al artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal.

En una primera perspectiva, podemos tener una sensación de estar frente a una *pena anticipada* violentando de esta forma una serie de principios constitucionales como el de inocencia, libertad ambulatoria, Jurisdiccionalidad, independencia e imparcialidad judicial.

Por lo anterior, con la presente investigación lo que pretendemos es hacer un análisis de todos los criterios que están establecidos en la ley, y evidenciar en qué medida la actividad judicial en la cual está inmersa nuestro ordenamiento jurídico penal, establece o no, criterios que no precisamente se encuentren en la ley para motivar, fundamentar y argumentar la aplicación de las diferentes medidas cautelares. En igual sentido pretendemos evidenciar si efectivamente existen algún tipo de inaplicabilidad de reglas que puedan ocasionar una ambigüedad respecto a diversas situaciones que pretendemos desarrollar en los capítulos que conforman la investigación.

Es por ello que el presente trabajo académico se compone de cinco secciones capitulares, en el Capítulo uno se estudia las medidas cautelares de manera general, abordando temáticas simples como: conceptos, naturaleza, finalidad,

características, la diferencia existente entre el proceso de ejecución y el proceso cautelar, clasificación de las medidas cautelares y el abordaje de las medidas cautelares reguladas en la legislación penal salvadoreña, todo lo anterior abordado de forma general, con el propósito de retomar cada temática de manera más específica en los demás capítulos.

El Capítulo dos desarrolla todo lo referente a la detención provisional como tal, abordando: concepto, naturaleza, fines de la detención provisional, características, regulación legal y los presupuestos de la detención provisional.

El Capítulo tres aborda la temática de las medidas sustitutivas a la detención provisional, en el cual se desarrolla: antecedentes de las medidas sustitutivas así como su finalidad, normativa tanto internacional y nacional.

El Capítulo cuatro es uno de los apartados más importante del presente trabajo de investigación; pues, se desarrolla el análisis de los criterios doctrinarios y de otros criterios de valoración para decretar la detención provisional o las medidas sustitutivas a la misma.

Mientras que el Capítulo cinco, viene a ser un apartado complementario del Capítulo cuatro, ya que en él se desarrolla la investigación de campo y el análisis jurisprudencial, en el cual se plasman los criterios judiciales de las diferentes instancias que conforman el sistema penal salvadoreño, con el fin de evidenciar la correcta aplicación de las medidas cautelares o las falencia que se tienen al aplicar las mismas.

Finalmente encontraremos en la última sección de la presente investigación que enmarca las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación académica.

CAPÍTULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES

El presente capítulo es indispensable recurrir a la teoría general de las medidas cautelares, los fundamentos de la naturaleza jurídica, características, presupuestos y fines legítimos de la detención provisional, tienen su origen en la referida teoría de las medidas cautelares. Realizar lo anterior conllevará a una clara y fundamentada apreciación de la figura de las medidas cautelares, logrando hacer una distinción entre sus diferentes manifestaciones, presupuestos y finalidad.

1.1. Generalidades de las medidas cautelares

Las Medidas Cautelares son mecanismos regulados para que se garantice el Debido Proceso; es decir, resguardar los fines que persigue el Proceso Penal y evitar que la Justicia se vea frustrada con la sustracción del acusado en el proceso o el incumplimiento de sentencia firme.

Es así como en la historia se puede apreciar el surgimiento y evolución de mecanismos legales, debido a la necesidad de mantener el equilibrio entre los dos intereses sobre los que gira el proceso penal, como lo son: el respeto de los derechos del imputado y la eficacia en la representación de los delitos; de esta forma evitar que a ninguna persona se le vulneren derechos constitucionales y procesales.

EDAD ANTIGUA

Como línea histórica vemos que en Grecia y Roma como primeras civilizaciones que inician a tratar de regular lo que hoy se conoce como la

“acción cautelar”; claro está, que se inició regulando de manera general del derecho para luego especificar cada una de sus materias, en Grecia se observa la ausencia de la detención cautelar, sobre todo por el fin buscado en ese momento de la historia; es decir, que se buscaba realzar al individuo sobre cualquier cosa y su libertad estaba por encima de cualquier derecho, mientras que en Roma podemos distinguir tres períodos que representan un sistema procesal penal diferente y durante los cuales la situación jurídica del imputado sufrió variaciones que fueron determinadas por el sistema político imperante en esa época.

Grecia

En la historia jurídica del derecho antiguo griego no se registra el uso de la detención provisional, esto puede deberse a que, en ese tiempo, la cultura jurídica griega fundamentó su idea de dignidad humana en la identidad del cuerpo físico con el concepto “persona”, lo cual estimuló una práctica en el proceso penal de un respeto absoluto a la libertad del imputado.

Roma

En un primer momento el Derecho Romano permitió a los jueces acordar la prisión preventiva discrecionalmente, pero en vista de la degeneración en el uso abusivo de esta medida cautelar, fueron dictadas regulaciones y sanciones para contrarrestar dicha práctica; sin embargo, con la madurez científica del derecho romano, contenido en la Ley de las Doce Tablas, y en atención al principio de igualdad de oportunidades, la libertad del acusado, en el transcurso de la causa penal, comienza a recibir un notable respeto, que terminó aplicando la prisión preventiva en la mayoría de casos, decretándose ésta solamente contra delitos relacionados a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos.

El Derecho Romano del Imperio tenía las siguientes tres formas de prisión preventiva: *in carcelum*, donde el indiciado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; *milititraditio*, la libertad del indiciado era responsabilidad de un militar, por lo general anciano; y *custodia libera*, donde el indiciado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él.

EDAD MEDIA

En la Edad Media Alta (siglo XVI), adquirió carta de ciudadanía la utilización de la detención provisional como regla general, lo cual puede considerarse natural al tenerse en cuenta el funcionamiento de la lógica objetiva del proceso penal inquisitivo, predominante en esta época, que aplicó como método de interrogación la tortura, lo cual presuponía como “necesidad técnica” mantener detenido al imputado, en aras de la extracción efectiva de la verdad.

EDAD MODERNA

Detención provisional en la Revolución Francesa de 1789. La Revolución francesa de 1789 constituye el principal referente histórico del derecho moderno euro centrista, que marca la pauta del origen de la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos; dicha revolución promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en ese año, y en 1793 realizó una segunda versión de la misma; luego, e incluso muchos siglos después, aun los principios científicos del derecho romano, seguían latentes en el Derecho y en base a ello, fue creado en 1804 el célebre Código Civil, y en 1808 el Código de Instrucción Criminal.

La primera Declaración Francesa de 1789 estipuló en su artículo 7 la obligación de decretar la detención conforme a la ley; esta primera Declaración fue

incorporada en la Constitución francesa de 1791, la cual reguló en su artículo 10, unos mandatos para proceder a la detención del presunto culpable de un delito. Por su lado, en el Código de Instrucción Criminal de 1808 la detención preventiva se decretaba a discreción del juzgador, permitiendo a los delincuentes primarios mantener la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando estuvieran acusados por delitos castigados con pena correccional.

Las ideas humanistas, que han surgido desde tiempos remotos, no lograron hacer desaparecer a la prisión provisional de los procedimientos penales actuales, nuestros códigos son extraídos de legislaciones extranjeras, y conservan a la prisión provisional.

1.1.1 Historia de las Medidas Cautelares en la Codificación Procesal Penal Salvadoreña

Como segunda parte de la evolución de las Medidas Cautelares es interesante observarla en relación a la Historia Jurídica Salvadoreña, se estudia la regulación de las medidas cautelares en las trece Constituciones que han regido nuestra República, y en los ocho textos legales de los procesos penales que han sido aplicados hasta la fecha en nuestro país, entre los cuales se relacionan una serie de decretos específicos y ocho leyes especiales complementarias.

El tema de las medidas cautelares evolucionó paulatinamente, siendo objeto de un largo recorrido a través del tiempo hasta llegar al moderno Código Procesal Penal Vigente. Todo esto se remonta al 12 de Julio de 1854¹, donde se promulgó la *Recopilación de las Leyes del Salvador.*, sistematizando tres periodos de legislación salvadoreña; posteriormente se promulgó *el Código de*

¹ Recopilación de las Leyes de El Salvador, en Centroamérica; (El Salvador: 12 de julio de 1954).

Procedimientos y Fórmulas Judiciales en 1857², cuerpo normativo que contenía: el Código de Procedimientos Civiles, Código de Procedimientos Criminales y un conjunto de fórmulas judiciales.

En 1863 se reguló en los artículos 59 y 60 del *Código de Instrucción Criminal*, la facultad que tenían tanto a autoridades y particulares a detener o arrestar a quienes cometan una falta o delito de acción pública, ambos tenían veinticuatro horas para presentar al detenido ante el juez competente.

Pero es hasta 1882 que el Código de Instrucción Criminal³ reguló de mejor forma el arresto provisional o detención, (Título IV, Capítulo 1, artículos 76 hasta el 88 en donde se exponían las presunciones por medio de las cuales procedía el arresto provisional, manteniendo el plazo de veinticuatro horas para que las autoridades pusieran a disposición del juez competente al presunto culpable del hecho delictivo, también se reguló en los artículos 85 a 88 la prisión permanente, equivalente a la actual detención provisional; así, según el Art. 87 se exigían dos partes en el auto, una expresaba “*que ha lugar a poner o permanecer el reo en prisión formal; y el embargo de bienes;* y la otra trataba el contenido del delito y su fundamentación. *En 1904, se hace una nueva versión del Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador*⁴ en relación con el de 1882, este Código de Instrucción Criminal de 1904 no tiene cambios significativos en materia de arresto provisional.

Fue hasta 1940 que se promulgó la *Ley Represiva de Vagos y Maleantes*⁵, fundándose en las ideas de la defensa social, propias del derecho de enemigo,

² Códigos de Procedimientos y Fórmulas Judiciales. (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1857).

³ Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador de 1882 (El Salvador: Tipografía de Morazán; 1893).

⁴ Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador de 1904 (El Salvador: Tipografía Salvadoreña, 1904).

⁵ Ley Represiva de Vagos y Maleantes (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1940).

según su Art. 1º. Posterior a la Ley de Vagos y Maleantes, se promulgo la *Ley de Estado Peligroso de 1953*; esta Ley⁶, derogó mediante su Art. 31 la anterior Ley de Vagos y Maleantes de 1940.

Es hasta en 1973⁷ que se promulgó el *Código Procesal Penal* como tal, la detención provisional se reguló en el Art. 247, para decretarla se tenía que demostrar los suficientes elementos del delito y la participación delincinencial, en 1977 surgió la *Ley de Defensa y Garantía del Orden Público*; en la cual, para decretar la detención provisional bastaba cualquier presunción sobre la participación delincinencial del imputado o imputados y en 1996 se decreta la *Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y El Crimen Organizado*⁸, la cual reguló en su Art. 14 dos modalidades para decretar la detención preventiva, la primera, basada sólo en la comprobación de la participación delincinencial en los delitos referidos por la misma ley; y la segunda modalidad, donde el juez decretaba por escrito la detención provisional del reo ausente, para hacerse efectiva por la Policía, en aplicación supletoria del ordinal 3º del Art. 138 del Pr. Pn 1974.

En 1996 se decretó otro *Código Procesal Penal*,⁹ que fue promulgado hasta el año de 1998, este código se consideró un texto legal basado en la doctrina del garantismo penal; el inciso 2º del Art. 294, contenía la obligatoriedad de la detención provisional en 64 delitos, regulando en los artículos 285 al 307 las medidas cautelares penales, para decretar la detención provisional se requería la existencia del delito y la probable autoría o participación del imputado en el mismo (*fumus boni iuris*) así como los criterios del peligro de fuga del imputado (*periculum in mora*).

⁶ Ley de Estado Peligroso (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1963).

⁷ Código Procesal Penal 1973; (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1973).

⁸ Ley Transitoria de Emergencia Contra la Delincuencia y el Crimen Organizado (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996)

⁹ Código Procesal Penal 1996, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1998)

Posteriormente, surgen un par de leyes basadas en el derecho penal del enemigo y en la política criminal, estamos hablando de la *Ley Anti-Maras*¹⁰ del 2003 y la *Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales de 2004*. En 2007 se promulgó una Ley la cual, trajo consigo la creación de los *Tribunales y Juzgados Especializados*¹¹, estamos haciendo referencia a la *Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*.¹² En esta última ley encontramos que Juez Especializado de Instrucción, en un plazo no mayor de setenta y dos horas a solicitud de la Fiscalía, debe celebrar una audiencia especial de imposición de medidas cautelares y la motivación de la prisión preventiva es realizada de conformidad al Código Procesal Penal.

En el año de 2008 se decretó el actual Código Procesal Penal, que fue promulgado el 30 de enero de 2009 y entra en vigencia el 1 de enero de 2011¹³ éste texto legal regula las medidas cautelares penales de los Arts. 320 al 344, estipulando en sus Arts. 329 y 330 (Arts. 292 y 293 Pr. Pn 1996), para decretar la detención provisional se tiene que recurrir a los presupuestos de participación y peligrosidad: el “*fumus boni iuris*”, y el peligro de fuga o el “*periculum in mora*”.

1.2. Concepto De Medida Cautelar

A lo largo de la historia y conforme el Derecho Penal ha ido evolucionando, se han desarrollado varios mecanismos que buscan garantizar la ejecución eficiente del proceso. Entre esta gama de mecanismos encontramos las Medidas Cautelares.

¹⁰ Ley Anti-Maras, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2003).

¹¹ creación de los juzgados y tribunales especializados conforme a la ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2007).

¹² Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2007).

¹³ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011).

La palabra Medida Cautelar, etimológicamente significa: prevención, precaución, disposición; a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo; estas medidas se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir en favor del actor la eficacia final de la sentencia¹⁴.

En el escenario Jurídico, las Medidas Cautelares son entendidas como aquellos mecanismos con carácter provisional que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho; incidiendo en la libertad o el patrimonio de los inculcados, van destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio de los presuntos responsables y, en su caso, a la ejecución de la sentencia.¹⁵

También pueden ser definidas como la aplicación de la fuerza pública que coarta las libertades reconocidas por el ordenamiento jurídico, que pretende el resguardo de los fines que persiguen el mínimo procedimiento, averiguar la verdad y la actuación de la ley sustantiva en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento.¹⁶

Las medidas cautelares son actos que imponen los jueces o tribunales de garantías penales y limitan la libertad individual de una persona, o la libertad de disposición sobre parte de su patrimonio, y tiene por fin la comparecencia del procesado, asegurar la prueba, y cumplimiento de las indemnizaciones que correspondan¹⁷

¹⁴ “RAE: Real Academia Española” RAE, Acceso 27-10-2018 11:51 am, <http://dle.rae.es/?id=OIAN0dp>

¹⁵ José Luís, Antón Blanco y José Manuel Marcos Cos, Las Medidas Cautelares, en Casado Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, (El Salvador: Primera Edición, Justicia de Paz, Impreso Modelo, junio de 2000). 784.

¹⁶ Julio B.J Maier., Derecho Procesal Penal. (Editores del Puerto. Tomo I Fundamentos).

¹⁷ Comentario Grupal, acerca del concepto de medida cautelar.

Doctrinariamente, se entiende como medidas cautelares a aquellas resoluciones emanadas por el órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su calidad de imputado y, de otro, de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia.¹⁸

De igual forma pueden ser definidas “*como aquellas diligencias procesales, ordenadas por el juez competente, con carácter provisional, que, incidiendo en la libertad o el patrimonio de los imputados, van destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio de los presuntos responsables y, en su caso, la ejecución de la sentencia*”¹⁹

De lo anterior, podemos realizar una construcción más completa sobre lo que se debe de entender por medidas cautelares, por lo cual, las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo²⁰. Ésta es la concepción más común de las medidas cautelares.

Tradicionalmente se las designa como medidas cautelares, aunque también se les suele llamar acciones cautelares o conservativas, así como también procesos o procedimientos cautelares, haciendo alusión a la sustanciación y la forma de obtenerlas. Las medidas carecen del carácter sancionatorio y

¹⁸ Vicente Gimeno Sendra, Derecho Procesal, (Tomo ii, tercera edición, tirant lo Blanch) 354-355.

¹⁹ Derecho Procesal Penal Salvadoreño, (El Salvador: primera edición, junio 2000, edición justicia de paz). 784.

²⁰ Botos Martínez, medidas cautelares, (ed. universidad, 1990, bs. as). 27-29

condicionado por la peligrosidad del autor y no por su culpabilidad, a diferencia de la Pena²¹

1.3. Naturaleza y finalidad de las medidas cautelares

La naturaleza de las Medidas Cautelares, como su nombre lo indica es ser cautelar, esto es así, puesto para ser aplicada una medida, ya sea personal o patrimonial, se debe respetar el principio de proporcionalidad en virtud de que no se podría imponer una medida más grave, ni más dura que la pena correspondiente al autor en caso de ser culpable; es de esta manera que la finalidad de las Medidas Cautelares es garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio.

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal, Gómez Orbaneja menciona que estas disposiciones van “*encaminadas al aseguramiento de juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte*”²². Es decir, que van persiguiendo un fin garantizador para el desarrollo del proceso penal; de manera que la sentencia pueda ser ejecutoriada sin obstáculos ni irregularidades, por lo cual se trata de mecanismos o instituciones que permiten la realización adecuada de diversos actos procesales que conforman el Proceso Penal y que posibilitan la eficacia de la sentencia dictada.²³

El proceso penal viene dado por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo normas de procedimiento, por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de

²¹ Heinz Zipf Reinhart Murack, el derecho penal, (parte general tomo 1, 1994) 4.

²² Emilio Gómez Orbaneja, y Vicente Herce Quemada. Derecho Procesal Penal. (Madrid: Nueva tirada puesta al día, 1987) 206. Ver en igual sentido PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/199904ej36_07.html

²³ Francisco Peláez Sanz y Juan Miguel Bernal Neto. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal, abril de 1999. En http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-ProcesalPenal/199904-eaj36_07.html

la persona a la que le afecta el proceso, ya que su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin.²⁴

En este sentido, a partir de la normativa procesal, las medidas cautelares constituyen instrumentos de tipo procesal que buscan asegurar que el imputado no se sustraiga o evada la acción penal.

Ahora bien, estas medidas se denominan cautelares porque tienden a evitar los peligros de obstaculización del proceso “periculum in mora” teniendo como fin asegurar el efectivo cumplimiento de la posible condena, esta afirmación encuentra su sustento doctrinal en el hecho de que, si luego de pronunciada una sentencia condenatoria en juicio, el imputado podría sustraerse al cumplimiento de dicha condena.

Por otra parte, si una medida cautelar se ejerce en forma excepcional en contra de una persona cuya responsabilidad no ha sido declarada, es claro que la medida siempre será de carácter provisional, revisable en todo momento, pudiendo incluso ser revocada por el juez de la causa si los indicios preliminares que le sirvieron de fundamento se hubieren desvanecido. En el derecho penal contemporáneo se busca que el juez sea el garante del cumplimiento de las garantías fundamentales de los individuos, que los derechos no sean vulnerados ni siquiera por los mismos representantes del Estado.²⁵

1.4. Características de las medidas cautelares

Las principales características de las medidas cautelares en el proceso penal son las siguientes: La Jurisdiccionalidad, Instrumentalidad y Provisionalidad, Proporcionalidad, Homogeneidad, Oficiosidad y Revocabilidad. Estos

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Miguel Antonio Arias, “La detención en Firme”. (Editorial bgoffset Cuenca s/f)

elementos o características responden a las medidas cautelares en general, incluyendo a la detención provisional, pero esta última responde además, a otras características que desarrollaremos más adelante, pues el enfoque de este primer capítulo es el estudio de las Medidas Cautelares de manera general y *posteriori* se espera centrarse en materia penal.

1.4.1. Jurisdiccionalidad

Por esta característica se puede entender que solamente el órgano jurisdiccional puede adoptar la aplicación de estas medidas; con esto, es claro observar que existe reserva jurisdiccional en torno a la decisión de imponer una medida cautelar.

La Jurisdiccionalidad se deriva del carácter instrumental, pues, las medidas cautelares son accesorias, no tienen autonomía propia sino que son instrumentos o mecanismos de la resolución principal y solo sirven para garantizar otro proceso, lo cual, resulta lógico que solo pueden ser acordadas por quien puede adoptar la decisión principal.

Esta característica, tiene su sustento en el artículo 172 de la Constitución de la República de El Salvador, cuanto textualmente dice “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el órgano Judicial. *Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias Constitucional, Civil, Penal, Mercantil, Laboral, Agraria, y de lo Contencioso-Administrativo, así como en las otras que determine la Ley*”²⁶ éste artículo es desarrollado por la Ley Secundaria, específicamente por la Ley Orgánica Judicial, en el artículo 1 y siguientes.

²⁶ Constitución Explicada, (El Salvador: FESPAD, 1996) 106.

Los tribunales de las materias arriba señaladas son los únicos que les corresponde aplicar las medidas cautelares; es de señalar que únicamente, le corresponde aplicar estas medidas, al tribunal que está conociendo del caso y en ningún momento puede delegar la decisión de aplicar o no la medida cautelar a otro órgano o autoridad.

Así pues, los Órganos auxiliares de la Administración de Justicia, como la Policía Nacional Civil, y otros auxiliares, no pueden ejecutar medidas cautelares sin la debida autorización expresa del Juez competente; es decir que los derechos de las personas solo pueden ser afectados por las decisiones judiciales.

Además, la Jurisdiccionalidad de las medidas cautelares se regula en el Inc. 1º del Art. 320 del Código Procesal Penal vigente, el cual establece que *“Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada...”*²⁷

1.4.2. Instrumentalidad

La Instrumentalidad de las medidas cautelares es una consecuencia de la Jurisdiccionalidad, puesto que estas dependen de un proceso, como ya se menciona con anterioridad, siendo la medida cautelar instrumental no puede tener un fin en sí misma; por tanto, las medidas cautelares dependen de un proceso judicial y no pueden concebirse como independientes, ya que estas buscan garantizar el resultado del proceso.

Los efectos provisionales de la Instrumentalidad de las medidas cautelares, va encaminada a prevenir el daño jurídico al *fumus boni iuris*, y neutraliza de manera momentánea las condiciones o circunstancias del peligro específico, atribuidas al *periculum in mora*.

²⁷ Código Procesal Penal, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011).

La Instrumentalidad es reconocida por la Sala de lo Constitucional como un medio decisivo para mantener la vigencia del proceso principal, ante dificultades que frustren la petición del sujeto agraviado, dicho criterio lo manifiesta nuestra jurisprudencia constitucional, acotando lo siguiente: *“Medidas Cautelares. La adopción de una medida cautelar en el proceso o procedimiento tiende a mantener viva y resguardada la materia del mismo, mientras se dicta la resolución definitiva, pues con esa medida se intenta evitar la realización de actos o eventos que impidan o dificulten la satisfacción de la petición o pretensión deducida, mediante una incidencia provisional en la esfera del demandado o en los bienes en conflicto.”*²⁸

Por lo cual, la Instrumentalidad en las medidas cautelares, tiene que cumplir cierto requisitos, entre estos podemos señalar en primer lugar que, nacen dentro del proceso, permanecen dentro del mismo y se extinguen dentro de este; en segundo lugar las medidas cautelares surgen como una necesidad para garantizar la pretensión que dio lugar al nacimiento del proceso. Es de aclarar, para que existan las medidas cautelares se exige que dependan de un proceso que les dé vitalidad a su existencia, ya que, estas tienen por finalidad el aseguramiento de la sentencia definitiva.

1.4.3. Provisionalidad

El contenido restrictivo de las medidas tiene una vida limitada y efímera, generalmente hasta que se dicte sentencia, y si la sentencia es condenatoria, o en el caso de que sea absolutoria, las medidas simplemente se levantan, al igual que si en el proceso se sobresee anteriormente.²⁹

²⁸ Corte Suprema de Justicia, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005*) 131 y 132. AMPARO, ref. 768-2004 de las 12:05 del día 2 de febrero de 2005.

²⁹ José Luis Antón Blanco, y Marcos Cos, José Manuel, Casado Pérez, José María y otros. 784.

Tal eventualidad o perdurabilidad es consecuencia de su carácter instrumental. De ahí, que deban mantenerse mientras permanezcan las circunstancias intencionales que las motivan. "Por lo general, pueden afirmarse que las medidas cautelares perviven hasta la firmeza de la sentencia, en cuyo momento desaparecen infaliblemente".³⁰

Esta característica de las medidas cautelares encuentra su sustento en la limitación de la duración de sus efectos, diferenciándola como lo dijimos anteriormente de la ejecución; ya que, sus efectos son por un plazo que debe ser estipulado previamente en una ley y en todo caso, los efectos durarán mientras aun no existan sentencia definitiva.³¹

Teniendo en cuenta que dichas medidas van a responder al tiempo de duración que el legislador ha previsto para el proceso en el cual van a ser adoptadas, pero además, deben responder al tiempo de duración de los presupuestos que las han justificado o fundamentado, ya que de variar las condiciones que en principio motivaron la adopción de tal o cual medida cautelar, esta tendrá que ser sustituida por otra, guardando siempre el elemento provisionalidad en tanto no exista un pronunciamiento definitivo que le ponga fin al proceso.

La provisionalidad se expresa en la duración limitada de sus efectos, de tal manera que la medida cautelar está llamada a desaparecer, una vez la resolución final se haya dictado.

La Cautela Procesal de manera General, la doctrina expone que "*Las medidas cautelares son siempre provisionales, como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, pero, con anterioridad a dicho término, pueden también finalizar o transformarse en distintas medidas, si se*

³⁰ *Ibíd.*, 785.

³¹ Eduardo Font Serra, *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva en Gutiérrez de Cabiedes El sistema de Medidas Cautelares*, 144

modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción"³².

Por lo cual, en las medidas cautelares personales, por ejemplo, la provisionalidad se complementa con la temporalidad. Es decir, que la sola presencia de la provisionalidad determinaría que estas medidas no podrían mantenerse más que hasta sentencia definitiva si llegase a transcurrir el plazo legal para que se mantenga o si bien los motivos que la generaron ya se superaron.

Es de recalcar, que la temporalidad es simplemente lo que no dura para siempre, mientras que provisionalidad, es aquella condición que está destinada a mantenerse en el tiempo.

1.4.4. Proporcionalidad

Esta característica se refiere a que las medidas cautelares tienen que estar en estricta relación proporcional con la finalidad del proceso penal, la regla general está constituida por la aplicación de la medida cautelar personal o patrimonial menos intensa para el imputado, esto dependerá de la gravedad del hecho delictivo que se esté persiguiendo.

1.4.5. Homogeneidad

Las medidas cautelares, sin ser idénticas, son homogéneas con las medidas que tienden a pre-ordenar, debido a que la medida cautelar se dirige a garantizar los futuros efectos de la sentencia, en cierto modo, anticipa los

³² Vicente Gimeno Sendra, y otros, Derecho Procesal, (Valencia, España: Tomo II, Tercera Edición, Editorial Tiran lo blanch, 1989). 356

efectos de la resolución definitiva;³³ es decir, la medida cautelar será similar a la medida que será aplicada como resultante de la sentencia definitiva.

1.4.6. Oficiosidad

De acuerdo con esta característica, la adopción de la medida cautelar puede ser acordada sin previa consulta al ofendido o sin que medie petición de parte, si considera el juez de la causa, que se dan los presupuestos necesarios para ello, ya que debemos recordar que son los órganos estatales los encargados de la persecución del delito y se encuentran obligados aplicar las medidas cautelares necesarias, para garantizar el resultado del proceso.

1.4.7. Revocabilidad

Las medidas cautelares como ya se desarrolló anteriormente, son siempre provisionales y, puesto que no son definitivas, pueden modificarse o transformarse, dejarse sin efecto, sustituirse o acordarse de nuevo, si se alteran las circunstancias y los presupuestos que fueron determinantes en el momento de su adopción³⁴ o en otros términos, si desaparecen o resurgen los presupuestos que la hacían necesaria.

1.5. Diferencia entre el proceso de ejecución y el proceso cautelar

Concretizado todo lo anterior es necesario, en este punto, realizar la aclaración que el **proceso cautelar** como lo llaman algunos autores es distinto a otros procesos como lo son el **proceso de conocimiento** y el **proceso de**

³³ Juan José López Ortega, Las Medidas Cautelares, en Casado Pérez, José María y otros, "Código Procesal Penal Comentado", (Tomo II, Primera Edición, Impresos Maya septiembre 2001). 211.

³⁴ Art. 335.- La privación de libertad cesará: 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida. 2) Cuando su duración supere o equivalga a 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. 3) Cuando su duración exceda los plazos máximos establecidos en este Código.

ejecución, principal énfasis en este último porque muchas veces las medidas cautelares pueden confundirse con la ejecución de una sentencia.

Como primer punto el Proceso de Ejecución es aquel mediante el cual el Estado por medio de la actividad jurisdiccional consigue y hace cumplir la obligación o el castigo –según sea el caso de cada materia- a través de determinados mecanismos ya establecidos en la ley, en materia penal se ve desarrollada cuando una sentencia al igual que el anterior proceso adquiere firmeza después de transcurrido cinco³⁵ días sin que exista recurso alguno interpuesto o en su defecto si existiere que sea resuelto, después de haber transcurrido los dos supuestos anteriores entonces es que la sentencia adquiere esa característica necesaria de firmeza para que se pueda llamar Ejecución de la Sentencia.

El segundo de los temas; es decir, el Proceso Cautelar³⁶ el cual se refiere a los mecanismos utilizados para garantizar una posible condena, para tal finalidad surgieron las medidas cautelares para que esas clases de sentencias no se vean ilusoriamente sino que a futuro se materialicen y se lleven a cabo. Y es por ello que acá nace la importancia de esta aclaración, que las características que rigen al Proceso Cautelar son en razón del tiempo por el cual son impuestas, a diferencia del Proceso de Ejecución que son más extensas y con un tiempo de duración exactamente determinado.

1.6. Clasificación de las medidas cautelares

A manera de comentario general, cabe mencionar que las medidas cautelares iniciaron como una figura propia del Derecho Civil³⁷ debido a que en Roma,

³⁵ Art. 465 Código Procesal Penal Vigente.

³⁶ Palacio, Derecho Procesal, (Tomo VIII) 17

³⁷ Enrique M Falcon, derecho procesal civil, comercial, laboral cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, (Buenos Aires: 1ra Edición, Buenos Aires 1978).

como ya se mencionó al principio del presente capítulo, se manejaba la figura del embargo para solventar el pago que le correspondía a una persona, de tal manera que se sustraía una posesión de otra que servía como pago de la deuda que había contraído con la primera, realmente no era una medida preventiva: pues, era más bien un castigo hacia la persona que no cumplía con su palabra. Y pese a su nacimiento hemos visto como esta cautela también fue necesaria aplicarse también en el Derecho Público.

El régimen de medidas cautelares constituye una de las instituciones procesales más delicadas de todas las legislaciones, a medida de que su aplicación implica la restricción, en muchos casos, de determinados derechos consagrados no sólo en la Constitución de cada país, sino también establecidos en diferentes Convenios Internacionales adoptados por cada Legislación Interna; pues, se puede llegar a limitar desde la libertad ambulatoria hasta los bienes que posee.

Con frecuencia los fundamentos defensivos en el tratamiento de medidas cautelares cuestionan el desconocimiento en su adopción del principio de presunción de inocencia y el derecho al juicio previo que, al aplicar una medida cautelar como la detención provisional por ejemplo, se estaría imponiendo, según algunos lo consideran, una pena anticipada contra el imputado, ya que su adopción se ejecuta en los centros penitenciarios donde los detenidos preventivos reciben el mismo tratamiento que los condenados.

En tal sentido es preciso establecer como punto importante para el desarrollo de la presente investigación que, la aplicación de una medida cautelar como la detención preventiva, no constituye pena anticipada, sino tan sólo un mecanismo que garantiza y posibilita la presencia del imputado en el juicio, pero esto no quiere decir, que no puede o llegue a convertirse en una, este será un punto que a lo largo de la presente investigación se irá abordando.

En consonancia con lo anteriormente planteado, se debe reconocer que la aplicación de una medida cautelar por parte de la autoridad jurisdiccional, restringe, limita o afecta derechos constitucionales como la libertad (Medidas Cautelares Personales) y la propiedad patrimonial (Medidas Cautelares Reales) del imputado, sin embargo de ello, la resolución de autorización judicial encuentra respaldo en la propia Constitución de la República, Convenios Internacionales y el Código Procesal Penal, vale decir, que la aplicación de medidas cautelares sean estas personales o reales están establecidas taxativamente en la ley.

En el Proceso Penal, el Juez puede ordenar medidas con la que trata de asegurar el correcto desarrollo del proceso, y además que el imputado este siempre a disposición del Juzgador el tiempo necesario para investigar el delito. A estas medidas, como ya se mencionó con anterioridad, se les denomina Cautelares. El juez solo las puede adoptar si existe algún riesgo o circunstancia que pueda poner en peligro o frustrar el debido desarrollo del proceso penal.

Para lo cual, las medidas cautelares pueden ser de dos clases: **Personales:** Según limiten la libertad de la persona. **Reales:** Por la disponibilidad sobre sus bienes respectivos.

Las medidas cautelares, usualmente en la historia se han visto, de carácter patrimonial pues recaían directamente en el patrimonio de los individuos como forma de garantizar una determinada obligación, eran estrictamente un mecanismo para obtener el pago de alguna acción, por lo cual no representaban cautela en contra de una persona sino más bien una exigencia.³⁸

³⁸ José Luis Anton Blanco, y Marcos, José Manuel, Derecho Penal Salvadoreño, (El Salvador: 1ra edición, editorial Justicia de Paz).

A la mano de las anteriores surgen las Medidas Cautelares de carácter personal, las cuales se empezaron a aplicar en el área penal como mecanismo de prevención para evitar la evasión de la responsabilidad penal; es así como se comienza a implementar los mecanismos que permitan que el proceso pueda desarrollarse plenamente en todas sus etapas con la presencia de los imputados, y con la seguridad de ejecutar la sentencia.³⁹

Así pues, las *personales* pueden tener distinto efecto, según que sean privativas de libertad o simplemente limitativas de ellas. Las *reales*, por su parte pueden afectar los bienes de la persona a quien se le atribuye un delito de manera total o en su disponibilidad transitoria.

1.6.1. Medidas cautelares penales reales

Como ya se recalcó, Para aplicar las medidas cautelares es necesario hacer un examen previo, el cual es realizado por el juez competente, esta evaluación va encaminada a valorar la situación jurídica de asegurar o garantizar el eficaz cumplimiento de la sentencia definitiva, tomando en consideración, la prolongación del proceso, la naturaleza de la pretensión, además, el estudio realizado debe servir para determinar y la factibilidad de la medida a imponer.

Por lo tanto las medidas cautelares patrimoniales, también denominadas reales, en el proceso penal, son todas aquellas que van destinadas a asegurar el contenido preparatorio o resarcitorio de la sentencia, a fin de restablecer eficazmente, y en la medida de lo posible, el perjuicio causado a las víctimas del delito.

Esta clase de medida cautelar, está destinada a asegurar las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal, tales medidas son:

³⁹ *Ibíd.*

la fianza, cauciones, embargos, depósitos, y otros; cuya regulación en el Código Procesal Penal se encuentra expresamente en el artículo 342, el cual dice *“Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se regirá por las reglas del proceso civil”*.

La finalidad de toda medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. En este sentido, las medidas cautelares reales tienen por misión asegurar un conjunto de bienes en los cuales posteriormente se hará efectiva la responsabilidad pecuniaria que se derive del delito.⁴⁰

Existe una importante diferencia doctrinal entre estas medidas y las cautelares civiles: el interés protegido en estas últimas es siempre un interés privado (exclusivamente el del demandante), en cambio tratándose de las medidas cautelares reales si bien el interés de la víctima puede ser muy relevante, claramente no es el único, resguardándose también un interés público en el caso de la multa, de las costas procesales y de los gastos ocasionados durante el proceso.

De esa manera existen diferentes funciones las medidas cautelares patrimoniales diferenciadas por la finalidad y por el tipo de delito y las funciones son las siguientes:

- 1) Aseguramiento de la prueba;
- 2) Garantía del cumplimiento de la Responsabilidad Civil derivada del Delito;
- 3) Aseguramiento de la pena de multa.

⁴⁰ Juan Carlos Marín G., Las Medidas Cautelares Reales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno, (Chile: Revista de Estudios de la Justicia – Nº 4 – Año 2004) 2

De estas tres, sólo la última función corresponde de manera genuina a la teoría general de las medidas cautelares, pues, tiene la finalidad de asegurar la eficacia práctica de una eventual sentencia condenatoria de multa⁴¹.

Referente a este punto, es oportuno recalcar que el Artículo 114 del Código Penal, establece la obligación civil derivada de la ejecución de un hecho punible, y el Art. 2065 en adelante, del Código Civil, que estipula la obligación de indemnizar al sujeto pasivo del hecho punible. Y el inciso último del Art. 2 de la Constitución, regula la indemnización por daños morales.

En España la doctrina sostiene que «la existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel.⁴²

De lo anteriormente mencionado, cabe hacer el comentario, de que las medidas cautelares penales reales o patrimoniales se rigen de acuerdo a las reglas del Proceso Civil.

En su momento, la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Penal respalda tal aseveración, al establecer que el artículo 305 del Código Procesal Penal del El Salvador de 1996, el cual regulaba lo relativo a las **Medidas Cautelares Patrimoniales**; regulación que se encuentra contenida en el Artículo 342 del

⁴¹ Una multa o multa pecuniaria es la sanción administrativa o penal consistente en un pago en dinero, a veces expresado como días de multa; es decir, cuando su pago redime la reclusión por el número correspondiente de días. Y se denomina multa coercitiva a la que se reitera por plazos determinados si no se paga. Una vez dictado en acto administrativo que establezca una obligación personal frente al incumplimiento por parte de la persona obligada, la administración puede tomar diversas medidas subsidiarias, multa coercitiva, compulsión sobre las personas, y la más general y utilizada: el apremio sobre el patrimonio. El Código Penal regula la pena de multa en su Art. 51 Multa y su cuantificación, que consiste en el pago de dinero al Estado, cuantificado en días multa.

⁴² Moreno Catena (director) con VVAA, El proceso penal, (Valencia: volumen II, 2000). 1.778.

Código Procesal Penal vigente; faculta al o la juez penal para ejecutar la responsabilidad civil del delito, aplicando el proceso civil, este criterio jurisprudencial dice: “...*los jueces de lo penal están facultados por la ley para desarrollar la ejecución de la responsabilidad civil a que se refiere la sentencia condenatoria dictada por ellos mismos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código Procesal Penal. Es decir, ejecutar la responsabilidad civil, pero deben aplicar el procedimiento a que se refiere el CAPITULO V, DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES Y DE SU EJECUCIÓN, Sección 2ª, DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS, artículo 441 y siguientes, del Código de Procedimientos Civiles*”⁴³, lo anterior corresponde a la *Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 79-CAS-2005, de las nueve horas treinta minutos del día trece de febrero de dos mil siete*”⁴⁴.

En resumen, las medidas cautelares penales patrimoniales o reales son aquellos instrumentos jurídicos que afectan el patrimonio del imputado, limitándole la libre disposición de los bienes, entendiéndose como bienes a los objetos materiales, ya sean estos muebles o inmuebles; por lo general esta medida es aplicada con más frecuencia en el derecho civil, y en derecho penal se aplican o adoptan medidas cautelares reales como el caso del *decomiso* regulado en el artículo 283 de Código Procesal Penal, el cual recae sobre los objetos ilícitos; el *decomiso*, que constituye una pena accesoria, y significa la pérdida de los derechos reales o personales sobre los objetos relacionados o derivados del delito.

Otra de ellas es el *secuestro*, que sirve para asegurar la existencia de cosas, ya sea incautándolas o manteniéndolas en su estado actual y a la vez sirve

⁴³ Con la entrada en vigencia a partir del 1º de julio del corriente año 2010, del proceso Civil y Mercantil, este procedimiento se rige por el Libro Quinto *Ejecución Forzada*; Art. 551 en adelante, del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007)

para asegurar pruebas dentro del proceso penal mismo, esta medida precautoria se encuentra regulado en el artículo 183 Procesal Penal; así también está regulado en el artículo 284 del Código Procesal Penal.

1.6.2. Medidas cautelares de carácter personal

Nociones generales

En términos generales las Medidas Cautelares de Carácter Personal, pueden definirse como instrumentos utilizados por el juzgador, para asegurar la comparecencia del imputado en todas las etapas del proceso; así también para garantizar el cumplimiento de la futura sentencia.

En el proceso penal este tipo de medidas cautelares, representan una limitación al derecho natural e inherente de la libertad ambulatoria, puesto que los efectos de estas van dirigidos a privar de libertad a los individuos que son objeto de investigación.

Al aplicar y ejecutar este tipo de medidas, los derechos constitucionales del procesado quedan vulnerables, pero partiendo del principio de presunción de inocencia y de la necesidad que una persona deba de ser condenada solo ante el desarrollo en un proceso previo y vencida en juicio ante los tribunales competentes es que surge la necesidad de la adopción de este tipo de medidas de carácter excepcional, ya que son de menester existencia para garantizar los fines de la investigación del delito y la comparecencia del encartado en el juicio.⁴⁵

Esta clase de medidas cautelares en el Proceso Penal se caracterizan por:

⁴⁵ Manuel Moran Gonzales, Medidas Cautelares Personales, Revista Derecho Penal y Criminología (El Salvador: no. 171 1995).

La Instrumentalidad, pues no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para el logro de la efectividad de la sentencia que se dicte.

La provisionalidad, que conlleva su necesaria extinción cuando el proceso termine.

La variabilidad, ya que pueden ser modificadas, o dejadas sin efecto, o adoptadas de nuevo, a lo largo del proceso, en la medida que varíen, desaparezcan o resurjan los presupuestos que las hagan necesarias.

Y además, por las siguientes notas específicas: a) La necesidad y subsidiariedad⁴⁶, b) La duración legalmente limitada⁴⁷, c) La necesaria petición de parte para que puedan acordarse las de prisión y libertad provisionales⁴⁸, d) La excepcionalidad⁴⁹ y la proporcionalidad⁵⁰. Esta clase de medidas cautelares también guardan la debida relación con las previsiones

⁴⁶ En este caso, podemos hacer referencia al artículo 2 inciso segundo y artículo 8 inciso primero del Código Procesal Penal.

⁴⁷ Es decir, que tal como lo establece el artículo 8 inciso segundo, “...y en ningún caso podrán sobrepasar la pena o medida máximas previstas en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves y de veinticuatro meses para los graves, so pena de incurrir en responsabilidad penal...”.

⁴⁸ El artículo 294 inciso segundo señala que en el fiscal tendrá que solicitar al juez en su requerimiento si fuese procedente, que se decrete o mantenga en detención provisional u otra medida cautelar al imputado.

⁴⁹ Las medidas cautelares solo se deben de imponer por excepción, es decir, no por regla general y no a todas las personas, solo cuando las condiciones particulares de la persona acusada así lo ameriten; es decir, se trata de una medida de carácter eventual que sólo debe decretarse cuando resulte absolutamente indispensable, La principal exigencia del principio de la excepcionalidad es: “...asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas, distintas a la privación de libertad.” Así lo establece Alberto Bovino, en su obra; Prisión Cautelar, El fallo Suárez Rosero, 671. Y atendiendo al artículo 8 inciso primero que estipula “La libertad personal sólo podrá restringirse en los casos y con los requisitos establecidos en la Constitución, este Código y demás leyes.”

⁵⁰ Es decir, que las medidas cautelares personales estén en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga. La regla general está constituida por la aplicación de las medidas cautelares personales menos intensas para la libertad del imputado, esto ya lo expone el artículo 5 del Código Penal y 8 del Código Procesal Penal, que dice: “La detención o internamiento provisional deberán guardar la debida proporción a la pena o medida de seguridad que se espera”.

constitucionales que garantizan la libertad y uno de los factores más importantes, que es la presunción de inocencia.⁵¹

Como ya se mencionó anteriormente, la adopción de estas medidas debe ser siempre excepcional, condicionada a las circunstancias del caso y proporcionada a la finalidad que se persigue, esto con el propósito de evitar que se convierta en una pena anticipada.

De lo anterior, cabe recalcar que la finalidad de las medidas cautelares personales no es punitiva, ni de anticipación del posible castigo; por lo cual, este tipo de medidas no serán catalogadas como penas anticipadas. Así se puede observar en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, bajo la referencia 294-201, "...Así, en la sentencia del caso Suárez Rosero contra Ecuador, de fecha 12/11/1997, dicho tribunal interamericano indicó que *"de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención 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..."* añadiendo también que *"Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida"*.⁵²

⁵¹ Artículo 12 de la Constitución de la República en relación con el artículo 6 del Código Procesal Penal.

⁵² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia 294-2011. (El Salvador, San Salvador: Veinticuatro de agosto de dos mil doce).

Por otra parte, para que las medidas cautelares personales puedan ser adoptadas en el Proceso Penal, tiene que concurrir la adopción de dos presupuestos: 1) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho que permita la razonable aplicación de la medida, y 2) el *periculum in mora*, representado en el peligro de fuga, es decir, consistente en la obstaculización o ineficacia del fin del proceso que la imponga como necesaria.

1.6.3. Medidas cautelares de carácter personal reguladas en la legislación penal salvadoreña

Las medidas cautelares han sido reguladas en los artículos del 320 al 342, de tal manera que el órgano jurisdiccional pueda tener herramientas para lograr desarrollar las diferentes etapas del proceso. Es importante destacar que este tipo de medidas cautelares serán impuestas mediante resolución fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.⁵³

Encontramos además en el artículo 321, lo referente a la *citación, o detención del imputado*, esta no es meramente una medida cautelar de carácter personal, sin embargo está regulado dentro de estas; no obstante, sirve como ayuda al juez a que se solvete la necesidad de que el imputado rinda declaratoria de forma voluntaria previo requerimiento del juzgador, de no querer hacerlo el juez puede hacer uso de la fuerza para cumplir tal cometido.

1.6.3.1. Citación o detención del imputado

La citación o detención del imputado está regulado por el Código Procesal Penal en su artículo 321, el cual literalmente dice:

⁵³ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 320.

“Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye.

Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para aprehender o detener a un imputado, se solicitará la correspondiente autorización judicial, salvo los casos de excepción expresamente establecidos en este Código.”⁵⁴

De esta disposición normativa se observan tres supuestos que se derivan de la actuación judicial, en donde se requiera o sea necesaria la presencia del imputado, dentro de las cuales se observa: la citación, la orden de presentación y la orden de detención.

Citación

La citación u orden de comparecer, es un mecanismo que puede ser utilizado por el juez de la causa, el cual, viene a constituir la mínima restricción a la libertad personal del procesado, ya que su única finalidad es citarle para que comparezca y sea oído, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 165 del Código Procesal Penal.

En este caso, cuando el juez dedujere que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el requerimiento y dicha persona no se encuentra en detención, ordenará recibirle en la audiencia su declaración indagatoria y la citará al efecto⁵⁵; lo anterior es una facultad discrecional del juez y podrá realizarse tantas veces como el juez entienda que sea necesaria su presencia.

⁵⁴ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 321.

⁵⁵ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 298.

Es bastante discutible la naturaleza cautelar de esta diligencia, para algunos doctrinarios es preferible denominarla “citación para ser oído”⁵⁶, pues es la que mejor se corresponde con un auténtico significado; pues, esta diligencia no constituye propiamente una cautela que va encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso, sino más bien, es una forma de comunicarle la existencia de un hecho delictivo al posible hechor, para lo cual, se le requiere para que cumpla con su obligación de comparecencia, cumpliendo con lo establecido en el artículo 165 del Código Procesal Penal.

El solo acto de citar al imputado para ser oído, no participa dentro de la naturaleza de las medidas cautelares, es por ello, que la citación no puede considerarse, como una medida cautelar, puesto que su importancia procesal es de ser una diligencia de investigación casi siempre indagatoria y como diligencia de ofrecimiento de derechos del imputado, puesto que ha de ser instruido de todos los derechos que le asisten de acuerdo con los artículos

82 y 90 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, se advierte que en la “citación cautelar” no es necesaria la presencia del presupuesto del *periculum in mora*, siendo suficiente la verificación y comprobación del *fumus boni iuris* con la necesidad del esclarecimiento de los hechos, y el tiempo, el incumplimiento de la garantía de audiencia a todo imputado.

Debe de quedar claro, que la citación no se trata de una facultad que el juez pueda administrar discrecionalmente, puesto que existe una obligación “*ex lege*”⁵⁷ de mandar a comparecer al imputado, esto con independencia de que pueda resultar necesaria a los fines de la investigación, es siempre precisa

⁵⁶ Código Procesal Penal COMENTADO, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo II) 1094.

⁵⁷ “Ex lege” es una locución latina utilizada por el autor Guillermo Cabanellas de Torres, la cual, el Diccionario Jurídico Elemental la define en su traducción como: Según ley; por disposición de la misma.

para poner en su conocimiento el hecho atribuido y permitirle el ejercicio eficaz de su derecho de defensa, en su condición de sujeto pasivo del proceso.

La naturaleza⁵⁸ de las medida cautelar resulta clara si se tiene en cuenta, que trata de imponer a la persona que se le imputa un hecho punible o contra la que resulta alguna indicación fundada de culpabilidad, una conducta, consistente en la comparecencia ante la autoridad judicial.

Por lo cual, no se puede desconocer que la presentación se trata de una legítima medida cautelar, a pesar de que este precepto configura la orden de presentación, es catalogando como una forma intermedia entre la citación (comparecencia voluntaria) y la detención (comparecencia forzosa), a la que no se le puede dejar de aplicar las garantías idénticas a las establecidas para la detención. Hay que tener muy en cuenta que el destinatario de la medida es siempre el imputado.

La orden de detención

Junto con la prisión provisional, la detención se puede definir como aquella situación fáctica en sus diversas variantes; es otra de las medidas cautelares personales propias del Proceso penal, donde una persona experimenta la privación de su libertad; esta herramienta constituye una medida cautelar personal y provisionalísima, que pueden adoptar tanto la autoridad judicial pero además, el código en su artículo 324, faculta a la Fiscalía General de la República para poder hacer detenciones, además, puede llevarse a cabo por parte de la policía, así lo dispone los artículos 323 y 327 de Código Procesal Penal, incluso el artículo 323 de nuestra legislación penal autoriza a los particulares para poder detener a una persona.

⁵⁸ Emilio Gómez Orbaneja, catedrático de las universidades de Valladolid y la Universidad Autónoma de Madrid, El Derecho Procesal Penal (Madrid: primera y segunda edición).

La detención van en armonía con el artículo 13 de la Constitución de la república, el cual establece que ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y recalca el hecho de que estas órdenes deberán ser siempre escritas, independientemente el delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, como ya se mencionó en el párrafo precedente para posteriormente entregarlo a la autoridad competente.

Por ser la libertad un derecho tan preciado, la orden que mande a detener a una persona tiene que cumplir ciertos requisitos⁵⁹ y estos son:

Debe dictarse en la forma prevista por la ley;

Debe ser dictada por autoridad (juez) funcionario competente;

Debe constar por escrito.

Pero es de reiterar que, la privación de la libertad tiene su causa en la realización de un hecho delictivo y lo que con ella se pretende es poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, lo poco relevante en este caso es quien realiza la detención, sea hecha por la misma autoridad judicial, la fiscalía, la policía o un particular, lo verdaderamente importante no es aquella persona o entidad que materializa o lleva a cabo la detención del sospechoso, sino la finalidad que se persigue con la detención, como ya lo hemos recalcado en muchas ocasiones.

Cuando la detención se practica para garantizar los fines del proceso, lo que significa estar frente a una “detención imputativa” y participa de la naturaleza

⁵⁹ Código Procesal Penal COMENTADO, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo II) 1098.

de las medidas cautelares, ello supone la concurrencia de los preceptos de toda medida cautelar, *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Por tanto, solamente se puede ejecutar una detención si existen indicios objetivos que permitan concebir la existencia de un hecho penado por la ley y la responsabilidad del inculpado sea latente, a ello además es de añadirse el anhelo de asegurar los fines procesales y en particular, evitar el riesgo que el sospechoso evada o se sustraiga de la acción de la justicia, de tal manera, solo cuando pueda sostenerse, razonablemente los requisitos anteriormente descritos, la detención puede ser ordenada ya sea, por el Órgano Judicial, Fiscalía General de la República, Policía Nacional Civil o por los mismos particulares, en este último caso es de señalar que el detenido sea en flagrancia, de lo contrario, cualquier modo de ejecutar la detención sería atentatorio al artículo 13 constitucional.

En ese contexto, en el Código Procesal Penal, podemos identificar la existencia de tres tipos de detención:

Administrativa: este tipo de detención es aquella efectuada por los cuerpos de seguridad pública o de investigación del delito, llámese a estos, la policía nacional civil y el Ministerio Fiscal quienes deben poner al detenido a la orden de un juez dentro de setenta y dos horas después de la captura.

La detención administrativa, que es la que hace la Policía Nacional Civil por flagrante delito o por orden de la Fiscalía, no debe pasar de setenta y dos horas, plazo en el cual el Fiscal debe dar cuenta al Juez sobre el detenido y sobre los hechos que se le atribuyen, poniendo a su disposición al detenido y las diligencias de investigación que se tengan, para que éste decida si continúa o no en dicha detención.⁶⁰

⁶⁰ Fiscalía General de la Republica, <http://www.fiscalia.gob.sv/glosario/>

Por el termino de inquirir: es la ordenada por un juez, para investigar la comisión de un delito, tampoco puede durar más de setenta y dos horas; 3) **Provisional:** la ordenada por un juez para que una persona permanezca detenida hasta que finalice el juicio en el que se determinara si es culpable o inocente, o en su caso si los motivos que la generaron cambian o desaparecen.

Detención administrativa

La lógica lleva a deducir por que se denomina “Administrativa”, pues es aquella que se realiza bajo la decisión de los Órganos Auxiliares de la Administración de Justicia, para la investigación de delitos y faltas, procurando descubrir a los presuntos culpables, para ponerlos a la orden de los jueces competentes.

Resulta interesante traer a cuenta que, la aprobación del artículo 13 de nuestra constitución de 1983, hubo mucha discusión sobre la duración de la detención administrativa, algunos proponían que se mantuviera en el margen de tiempo de veinticuatro horas, posteriormente se amplió a setenta y dos horas.⁶¹

Dentro de este tipo de detención, podemos encontrar la detención en flagrancia regulada en el art 323 CPP y la detención por la Fiscalía General de la República, art 324 del mismo cuerpo normativo; en el primer caso, no hay que perder de vista que, no todas las detenciones hecha por la policía son administrativas, en el caso de la detención realizada por la Fiscalía, tiene que constar siempre por escrito, tal como lo vamos a estudiar más adelante.

Detención en flagrancia

Como primera providencia, es interesante echar un vistazo al tema de la flagrancia como tal. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española,

⁶¹ Constitución de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983) Anotada e indexada; Universidad Dr. José Matías delgado, Volumen 1.

establece que flagrancia es el delito que se está ejecutando actualmente. Por tanto, la noción “flagrante delito” tiene como significado, “en el mismo momento de estar cometiendo el delito, sin que el autor haya tenido posibilidad de huir”

Al analizar en primera instancia, la detención en flagrancia, regulada en el artículo 323 del Procesal Penal, podemos darnos cuenta con facilidad de que esta figura no es una medida cautelar propiamente dicha, a pesar de que se encuentra regulada dentro del cumulo de artículos de las medidas cautelares, pues, su función va encaminada más a la prevención, no a una cautela propiamente dicha, esto debido a que existen casos urgentes en que resulta necesaria la privación de libertad de forma inmediata, realizada a través de la actuación de los funcionarios policiales o de personas privadas, sin que sea posible obtener de forma mediata la orden de detención escrita por un juez.

Lo anterior se sustenta en el artículo en mención cuando impone a la Policía y en su caso a cualquier persona que ejecute una detención la obligación de impedir que los delitos cometidos sean llevados a “consecuencias ulteriores” y aprehender a los infractores del hecho delictivo.

Es por consiguiente que, una medida ejecutada de tal forma, en donde no hay una disposición u orden judicial, solo puede aceptarse procesalmente como una medida provisional mas no, cautelar, exhortando por disposición de ley al aprehensor la obligación de entregar al detenido, sin dilación a la policía y está en ponerlo a dispersión del juez en el plazo de tiempo establecido por la ley penal.

No obstante lo anterior, existen importantes diferencias según quien realice la detención sea un funcionario policial o un particular. Para el primero, se trata

del cumplimiento de un deber, mientras que para el particular, el ejercicio de un derecho.⁶²

Detención hecha por la policía

El artículo 323 del Procesal Penal establece “*La policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito*”. La detención ejecutada por la policía es una medida de restricción de la libertad física, consecuencia del cumplimiento de una obligación atendiendo el deber que se origina por disposición de ley, es de dejar asentado que la detención puede considerarse una facultad y una obligación⁶³.

Como facultada es la otorgada a cualquier persona para poder detener a otra que esté cometiendo un acto delictivo, dicha detención tiene que corresponder a los casos expresamente señalados por la ley, a esto, es lo que conocemos como “detención por particulares” de la que acotaremos más adelante; mientras que la detención por obligación es responsabilidad de los oficiales y agente de policía.

Esta obligación que tiene la policía de realizar detenciones viene impuesta por su especial misión de investigación de los delitos y descubrimiento de los responsables, en este caso la detención constituye el ejercicio de una potestad por parte de la policía, que se puede llamar como un “derecho-deber” y por consiguiente de cumplimiento ineludible.

⁶² Código Procesal Penal Comentado, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo II) 1108.

⁶³ Andreu Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva (Comunicación); en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; Detención y Prisión Provisional; Consejo General del Poder Judicial; (Madrid 1ª edición 1996). 393.

Lo descrito en el párrafo precedente viene a participar de la naturaleza de las medidas cautelares, en cuanto se encuentra pre-ordenada a garantizar la aplicación *del ius puniendi* estatal.

Es de señalar, que aunque la detención policial se concibe como una la realización de una obligación, la corporación policial debe de atender los principios de proporcionalidad y necesidad que rigen sus actuaciones para no incurrir en una detención ilegal, para ello, los agentes de policía se rige por unos principios básicos de actuación, de entre los que destacan la obligación de informar al detenido de sus derechos⁶⁴.

La anterior aseveración no existe cuando la detención es ordenada por la autoridad judicial o por el ministerio fiscal, no pesa sobre el policía el deber de valorar la legalidad y la licitud de la detención que se le ha ordenado, puesto, que está supeditado al cumplimiento de un deber legal de cumplir la orden emanada de aquellas entidades. Básicamente se trata del desarrollo de una actividad policial ordenada y sujeta a los términos de la orden⁶⁵, es decir, es un mero ente auxiliar de aquello.

Detención hecha por persona particular

El artículo 323 del Procesal Penal en su segunda parte del inciso primero establece *“En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.”*

⁶⁴ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011) artículo 275.

⁶⁵ Emilio de Llera Suares- Bárcena, Derecho Procesal Penal. Manual Para Criminólogos y Policías, (Editorial Tirant lo Blanch 1997). 298.

Como se puede observar en la lectura de la disposición descrita anteriormente, la detención de los particulares en relación con la práctica de la detención es sumamente distinta a la detención realizada por la policía; puesto que en primera instancia, las personas particulares no están facultados legalmente para privar de libertad a ninguna persona, en caso de que lo hagan incurrirían en responsabilidad penal.

Pero a la luz del artículo 323 en estudio, se puede llegar a pensar que este tipo de detención hecha por los mismos particulares solo se debe de realizar de manera excepcional, en los únicos casos que sea urgente o de inmediata necesidad, como sucede en los casos de flagrante delito.

Es por ello, que la ley penal autoriza a cualquier persona a practicar la detención de aquél a quien sorprenda en flagrante delito, incluso a impedir que se produzcan consecuencias ulteriores como lo describe la misma disposición legal, de igual manera el Art. 13 de la Constitución de la República establece que cuando un delincuente sea sorprendido “in fraganti”, puede ser detenido por cualquier persona.

Como se apuntó con anterioridad, la detención puede ser una facultad o una obligación, en este caso, la detención no se cataloga como una obligación, sino como una facultad que la misma ley otorga a los mismos particulares, por tanto, no están obligados a ejecutarla, a diferencia de la detención policial, pues no es competencia, y por ello no se puede exigir al ciudadano el cumplimiento de las funciones propias de la policía judicial⁶⁶.

El particular al carecer de facultades legales para realizar actos de investigación debe de dar fiel cumplimiento a lo que estipula el artículo 323 en comento cuando dice “...e *inmediatamente se entregará al aprehendido a la*

⁶⁶ Vicente Gimeno Sendra, y otros, Derecho Procesal Penal. 481

Policía Nacional Civil...” para que sea esta institución, la que se encargue de las correspondientes averiguaciones.

Así pues, la finalidad inmediata de esta detención es entregar al sospechoso a la policía y, por tanto, el tiempo de la detención no podrá ser superior al indispensable para hacerlo, de lo contrario, el particular que detuviere a una persona sorprendida en flagrancia y no diere cuenta con ella a la autoridad competente inmediatamente después de la captura, será sancionado con prisión de seis meses a un año⁶⁷.

Resulta interesante para el presente trabajo de investigación, traer a cuentas que la doctrina alemana es un tanto polémica cuando se refieren a este tipo de detención, por un lado en 1993 Marxen limita que los supuestos en que la detención por el particular es posible, circunscribiéndola a aquellos supuestos en que existe “evidencia de un comportamiento punible”, con la consecuencia de autorizar la detención del particular, exclusivamente en los delitos doloso de violencia y daño, así como la privación de libertad y hurto, en cambio para Roxin existe un derecho a efectuar una detención cuando el particular supone, sin negligencia, que concurre los presupuestos legales, teniendo en cuenta que el ejercicio de tal derecho no sirve al interés propio de la persona, sino al interés público de una persona penal eficiente y que con la detención el particular cumple con un deber jurídico.⁶⁸

1.6.3.2. Detención en realizada por FGR

El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la

⁶⁷ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1973) Art 152.

⁶⁸ Notas citadas por López Ortega, Juan José, Procedimiento Común, en Casado Pérez, José María y otros “Código Procesal Penal Comentado”, (Tomo II, Primera Edición 2001, Impresos Maya) 1104.

detención provisional, así lo estipula el artículo 324 del Código Procesal Penal. Con esto, la legislación penal, otorga a la Fiscalía ciertos poderes coercitivos, con el fin de realizar una investigación objetiva e imparcial dentro de los cuales se encuentra la facultad de ordenar detenciones administrativas, puesto que esta es la encargada de guiar la investigación, con el propósito de descubrir la verdad material del hecho investigado, para poder dirimir la situación en las instancias judiciales.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 77 del Procesal Penal, ya que, entre sus facultades delegadas a la Fiscalía para el desarrollo de sus funciones relativas a la persecución de los hechos punibles, se encuentra la de ordenar la detención administrativa de la persona sospechosa de un delito, lo consiguiente, deberá de atenerse al procedimiento y a los plazos establecidos en el artículo 13 de la Constitución y en el mismo Código Procesal Penal, por consiguiente, una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas.

1.6.3.2. Orden de restricción

Según el artículo 325 del Código Procesal Penal que reza así: “El Fiscal Podrá emitir una orden de restricción de salida del país en contra de un imputado. Una vez girada dicha orden, el fiscal en el plazo de setenta y dos horas, solicitará al juez competente la ratificación de la misma, tal petición será resuelta en el término de cuarenta y ocho horas.

La restricción migratoria ratificada por el juez tendrá una vigencia de diez días, sin perjuicio de revisión en Audiencia Inicial.”

Podemos observar que al igual que la Medida Cautelar desarrollada con anterioridad el Fiscal es el facultado para ordenarla si lo cree necesario o si éste considera que la persona podría sustraerse a la justicia antes de iniciado

el proceso, sin embargo esta orden para que se perfeccione es necesaria la ratificación del juez de la causa sin la cual no podría tener efecto.

Se envía tal medida ratificada a la Dirección General de Migración y Extranjería la cual envía una alerta a todas las fronteras aéreas y terrestres donde no se podrá permitir la salida a la persona procesada. Dentro de tal dirección existe la unidad de Restricciones de Movimientos Migratorios y este es el encargado de llevar una base de datos en donde se configuran todas las entradas y salidas del país desde 1993 aproximadamente y la cual también se puede consultar si tengo este tipo de restricción también se puede gestionar por medio de abogado facultado para ello y es la encargada de impedir las salidas a todas aquellas personas que legalmente se les ha impuesto tal medida⁶⁹.

La restricción migratoria opera como una medida cautelar que tiene como finalidad garantizar que el encartado no se sustraiga de la justicia ya que muchos imputados al tener la capacidad económica para hacerlo se dirigen a países en donde la extradición no sea posible y estando fuera de las fronteras de nuestro país poco se puede hacer para presentarlos ante el juicio, es por ello que esta medida si bien es cierto no es la más agresiva pero es muy importante para que se desarrolle la pronta y cumplida justicia sobre todo en casos de corrupción, lavado de dinero y delitos afines y de igual manera las personas que no tienen la capacidad económica de aferrarse a esos países corren hacia el Norte de América para ocultarse y evadir las leyes salvadoreñas.

Cuando la medida es dictada el Juzgador debe fijar un plazo de duración o indicar las condiciones mediante las cuales se dejará sin efecto la medida. La Restricción Migratoria constituye un mecanismo para garantizar la

⁶⁹ "Dirección General de Migración y Extranjería" <http://www.migracion.gob.sv/movimientos-migratorios/>.

comparecencia del imputado al proceso con la finalidad inmediata que se garantice la posible pena que se espera.

1.6.3.3. Detención por orden judicial

El artículo 326 del Código Procesal Penal es el encargado de regular este tipo de detención, el cual, en su texto literal dice. *“La Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez⁷⁰ o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales.”⁷¹*

Las órdenes de detención se agrupan, de acuerdo la autoridad que la emana, en órdenes de detención de la Policía Nacional Civil, de la Fiscalía General de la República y del Órgano Judicial, llámese a este último, Jueces y Tribunales.

El presente artículo hace referencia a la forma de ejecución realizada por parte de la Policía, atendiendo las órdenes de detención emitidas por el juez o tribunal y por el fiscal asignado a la investigación.

En los comentarios que se realizan en el Código Procesal Penal⁷² se enmarca una clasificación muy interesante de traer a cuenta para efectos didácticos de este trabajo de investigación, acerca de las órdenes de detención que en el proceso penal deben de obedecer a una ciertas circunstancias para que se efectúen:

⁷⁰ En palabras de Antón Blanco y Marco Cos, si el juez vienen a ser en ultimo termino, el receptor de cualquier persona detenida, ya que esta debe ser puesta a su disposición por ser él quien tienen que legalizar la situación, obviamente en caso de considerarlo necesario también puede y debe acordar directamente la detención en los casos precisos donde su presencia sea de vital importancia para aclarar asuntos relacionados a la situación jurídica del imputado.

⁷¹ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2011). artículo 326.

⁷² Código Procesal Penal Comentado (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura) Tomo II. 1112-1113.

Orden judicial del imputado que debidamente citado e intimado no comparece al llamamiento judicial art 321 C.Pr.P. La no comparecencia dará lugar a la declaración de rebeldía, así mismo lo hará la fuga y la ausencia del lugar de residencia asignado y a la expedición de la orden de captura (Art 86 y 87). El artículo 321 del Código Procesal Penal, parece matizar entre orden de presentación y orden de detención del imputado. La diferencia radica en el trato a dispensar al imputado en función del objeto del llamamiento judicial.

Orden judicial de detención para inquirir de varios sospechosos. En el primer momento de la investigación de un hecho, con el fin de individualizar al responsable (Art 322 C.Pr.P.)

Orden de detención de la Fiscalía General de la República, antes del requerimiento fiscal, cuando concurren los presupuestos que justifican la detención provisional (art 324 C.Pr.P.)

Orden judicial de detención del imputado por el término de inquirir. Es decir, para averiguar si existen o no razones para que se dicte la detención provisional o la libertad del imputado consignado por la Policía o la Fiscalía (art 328 C.Pr.P.)

Orden judicial de detención provisional del imputado (art 327 y 329), en la resolución de la audiencia inicial, tras la recepción de la declaración indagatoria (art 300)

Orden judicial de internación provisional del imputado mentalmente incapacitado (art 333), en el supuesto anterior.

Lo que resulta interesante de esta clasificación, es que denota que la razón fundamental por la cual el juez ordena la detención de un sujeto es con el fundamento de considerar necesaria la *presencia del imputado*; ya sea para

declaración indagatoria, practicar pruebas, etc. Siempre con el propósito de que este no se sustraiga del proceso.

1.6.3.4. Otros casos de aprehensión

El artículo 327 del Código Procesal Penal resulta muy interesante, ya que faculta a la Policía Nacional Civil a realizar detenciones además de las reguladas en los artículos 321 en los caso que la persona no atiende a la citación, 323 y 324, este artículo en lo que se centra es en la detención en caso de fuga o rebeldía, en caso de sospecha y en los casos donde haya girado difusión roja contra una persona.

Detención por causa de fuga

En el numeral primero del artículo en estudio establece que la detención por parte de la policía sin la necesidad de una orden judicial procede “Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención.” Es decir, hace referencia a la al quebrantamiento de custodia o fuga del imputado del lugar donde estaba detenido o en su efecto donde se encuentre recluso cumpliendo una pena privativa de libertad.

En este caso, hay que tener muy en cuenta que a diferencia de los demás supuestos de detención, esta no gira alrededor de la sospecha del cometimiento de un hecho delictivo, sino a aquella situación de custodia en que el sujeto se encontraba o a la condena que se ve quebrantada.

Detención por sospecha

La sospecha son aquellas circunstancias de tiempo, modo y lugar⁷³, que llevan al agente policial, a conformar un cuadro razonable y objetivo para considerar

⁷³ Universidad Católica Argentina, Diario de doctrina y Jurisprudencia “El Derecho” (Buenos Aires 16 de Noviembre de 2017, edición 275).

que se encuentra frente a la presencia de la posible comisión de un delito o al menos en presencia de una situación que lo llevase a presumir que una determinada persona fue la hechora del móvil.

La disposición legal del art. 327 C. Pr. Pn., en el numeral segundo estipula *“cuando tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o presentare huellas o señales que indiquen que ha participado en un hecho delictivo.”*

Este tipo de detención supone la existencia de una imputación policial del hecho investigado al sujeto que se pretende detener. Las sospechas deben de estar revestidas de ciertos requisitos para que puedan ser consideradas razonables: La sospecha debe de estar fundada en el resultado de la investigación realizada y ser bastantes para justificar la detención. De acuerdo con ello el legislador limita la discrecionalidad policial, realizando una interpretación auténtica de la racionalidad de la sospecha, circunscribiéndola al hallazgo o vestigios que permitan suponer que ha participado en el hecho delictivo⁷⁴

1.6.3.3. Aprehensión que realiza la policía en atención de una difusión o circular roja

En el artículo 82 del Reglamento de Interpol⁷⁵ sobre el Tratado de Datos, encontramos la finalidad de la noticia roja, el cual dice:

⁷⁴ Código Procesal Penal comentado, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura) Tomo II. 1117.

⁷⁵ La Organización Internacional de Policía Criminal, comúnmente conocida como (INTERPOL) es la mayor organización de Policía internacional, con 192 países miembros, entre ellos, El Salvador. Esta es una de las organizaciones internacionales más grandes del mundo, tan solo por detrás de las Naciones Unidas Creada en 1923 bajo el nombre de Comisión Internacional de Policía Criminal, tomó el nombre común de INTERPOL a partir de su dirección telegráfica.

*Artículo 82: **Finalidad de las notificaciones rojas.** Las notificaciones rojas se publicarán a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal para solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares⁷⁶.*

El Código Procesal Penal, faculta a la Policía Nacional Civil a realizar detenciones cuando las instituciones policiales internacionales hayan emitido una circular roja contra una persona, así lo expone el artículo 327 numeral tercero de dicho código “...la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes: 3) Cuando respecto de la persona exista difusión o circular roja de instituciones policiales internacionales...”

La difusión roja, también conocida como circular o notificación roja, es un mecanismo de detención preventiva, que utilizan las instituciones policiales a nivel internacional, que es muy utilizado para capturar a criminales.

En cuanto al tema de extradición este tipo de mecanismo es muy importante para lograr la aprehensión de una persona con un nivel de peligrosidad bastante alto.

1.6.3.4. Duración de la detención en los casos de aprehensión regulados en el artículo 327 del Código Procesal Penal

El artículo 13 de la Constitución estipula que una persona no puede ser privada de su libertad por un plazo mayor a setenta y dos horas, dentro de este término

⁷⁶ Reglamento de Interpol Sobre Tratamiento de Datos (en español). Secretaria General, Conforme lo dispuesto en el artículo 33(3) del Reglamento Interno de la Asamblea de la OPIC-INTERPOL. 14 de marzo de 2013. 37

el detenido debe ser puesto ante la completa disposición de la autoridad judicial, dicho lapso de tiempo es independiente que la detención la haya realizado la Fiscalía o la Policía.

El plazo máximo⁷⁷ de la detención no siempre será preciso agotarlo, pues el derecho de libertad como derecho fundamental, impone que la detención solo se mantenga por el tiempo indispensable para realizar el fin al que sirve la privación de libertad cautelar. Esto básicamente se trata de una consecuencia del principio de proporcionalidad de la detención.

Sobre la base de lo anterior, el artículo 327 en su inciso segundo estipula que la policía en los casos de aprehensión de los numerales 1 y 2 deberá de presentar materialmente de forma inmediata al detenido ante la fiscalía o en su defecto ante la autoridad judicial; es decir, el plazo de detención policial es único, sobre ello se refiere el autor Salido Valle quien dice: *“el comienzo de la detención debe venir referido al mismo instante que el sujeto es privado de su libertad personal, y el fin, al instante en que el individuo es puesto a disposición del juez más próximo o en libertad. El derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial, o en libertad, en el plazo máximo de setenta y dos horas, no admite dilaciones. Por ello, dentro de ese plazo, las autoridades policiales deben haber dispuesto lo necesario para que la entrega se haga dentro del plazo legalmente establecido. En definitiva, el plazo de la detención policial debe finalizar en el mismo instante en que comienza el de la detención judicial, sin que exista periodos intermedios no computables.”*⁷⁸

Por otro lado, el numeral tercero del inciso uno del artículo 327 aplicara las reglas previstas para la Cooperación Judicial Internacional, para que la Cooperación Internacional pueda materializarse, requiere de la concurrencia

⁷⁷ José Luis Antón Blanco, y José Manuel Marcos Cos, Derecho Penal Salvadoreño. 803.

⁷⁸ Carlos Salido Valle, La Detención Policial. (Editorial Liberia Bosch, 1997). 122

de tres elementos: una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad y unos fines determinados⁷⁹.

La cooperación judicial internacional penal podría ser definida como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados, y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados.

La Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros Estados a través de su actividad jurisdiccional⁸⁰.

Por su parte la expresión cooperación judicial internacional puede identificar hasta dos formas distintas de colaboración, por un lado, la que brinda y ejecuta una autoridad nacional para la aplicación del derecho penal de un Estado extranjero, pero también, la que consiste únicamente en la tolerancia de la actuación de las personas designadas por un Estado extranjero en territorio nacional ⁸¹ . Por consiguiente, la primera modalidad de colaboración corresponde a una **cooperación activa**, mientras que la segunda expresa una forma de **cooperación pasiva**.

La cooperación judicial internacional se reducía a los procedimientos de extradición y de tramitación de cartas rogatorias y exhortos internacionales. Con ellos se procuraba la detención y captura en territorio extranjero del autor

⁷⁹ Gregorio Garzón Clariana. Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional, (Revista Española de Derecho Internacional N° 1, 1976) 33

⁸⁰ Raúl Cervini, La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección, en Curso de Cooperación Penal Internacional. (Carlos Álvarez Editor. Río de Janeiro, 1994) 6

⁸¹ Luis De Castello Cruz. Informe del Brasil. Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales. (Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983) 118

de un delito cometido en el espacio nacional del Estado requirente. A lo largo de la historia la cooperación internacional ha ido evolucionando en cuanto a la asistencia judicial ya que, sus procedimientos y medidas se han diversificado, esto se ha logrado debido a la influencia de los procesos políticos de integración regional, económica y política, que se han manifestado desde mediados de la década del cincuenta en Europa y América.

El hecho evolutivo más relevante de la asistencia mutua fue la consideración de procedimientos dirigidos a posibilitar el desplazamiento de las autoridades judiciales del Estado requirente hacia el requerido, a fin de intervenir directamente en las diligencias procesales de investigación; también se incorporó las técnicas de entrega vigilada⁸²; es decir, formas de autorización para que remesas de drogas salgan del territorio de un país, atraviesen o ingresen a otros con el conocimiento y bajo la vigilancia de sus respectivas autoridades competentes, para con ello lograr identificar a las personas involucradas en la comisión del delito.⁸³

La asistencia mutua en materia penal comprende un amplio catálogo de procedimientos vinculados con la actividad procesal, estos son: a) Notificación de resoluciones y sentencias; b) Recepción de testimonios y declaraciones de personas; c) Notificación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio; d) Práctica de embargos y secuestro de bienes; e) Inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a la incautación; f) Inspecciones; g) Examen de objetos y lugares; h) Exhibición de documentos judiciales; i) Remisión de documentos, informes, información y otros elementos de prueba; j) Traslado de personas detenidas; k) Desplazamiento de autoridades

⁸² Esto a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

⁸³ Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Catedrático de Derecho Penal, Vocal Superior Titular de Lima, (cooperación judicial internacional en materia penal: el estatuto de roma y la legislación nacional). 4

competentes de un país a otro para realizar actos de investigación o acopio de medios de prueba.⁸⁴

En contexto con lo se pueden identificar tres tipos de medidas dentro de la asistencia mutua penal atendiendo al grado de afectación de derechos personales que estas pueden generar:⁸⁵

Primer grado: comprende a las medidas de asistencia leve o simple. Incluye aquellas conceptuadas como de mero trámite (notificaciones) y las instructoras o sea aquellas que se dirigen a la averiguación de ciertos hechos acontecidos en un lugar determinado de otro Estado o a la obtención de pruebas en el mismo que sirven al Tribunal competente (pericias, informes, tramitación de pruebas en el Estado requerido, e incluso diligenciamiento de traslado voluntario de personas para prestar testimonio en el Estado requerido bajo un estricto régimen de garantías e inmunidades, etc.)

Segundo grado: abarca las medidas de asistencia procesal penal internacional susceptibles de causar gravamen irreparable a los bienes de las personas (registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier objeto).

Tercer grado: comprende aquellos niveles de cooperación extrema susceptibles de causar gravamen irreparable en los derechos y libertades propios de quienes alcanza. Siendo absolutamente inadmisibles desde el punto de vista de los principios de salvaguarda del Derecho interno y de la propia Cooperación Judicial Penal Internacional, la posibilidad de trasladar compulsivamente a personas a prestar testimonio en etapa instructora de un

⁸⁴ *Ibíd.* 4-5

⁸⁵ Luis de Castillo Cruz, Informe del Brasil. Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales. (México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1983). 20 y ss.

Estado a otro. Este campo, pues, del tercer grado quedaría entonces exclusivamente reservado a los procedimientos de extradición.

Para que lo apuntado anteriormente se logre llevar a cabo, coexisten documentos internacionales que vinculan recíprocamente a los Estados con la aceptación y aplicación de procedimientos de asistencia judicial mutua, algunos tienen cobertura global como los acuerdos y convenios suscritos a iniciativa de las Naciones Unidas; Otros, alcanzan únicamente una influencia regional, como aquellos instrumentos que se han elaborado bajo el auspicio de la actual Unión Europea o de la Organización de Estados Americanos, entre los de mayor importancia en el medio internacional se encuentran:

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal (1992).

Reglamento Modelo Americano para la Prevención y Represión del Delito de Dinero de Lavado de Activos Provenientes del Tráfico Ilícito de Drogas y de Otros Delitos Graves (1992),

Convención Europea Sobre Blanqueo, Seguimiento, Secuestro y Decomiso del Producto del Crimen (1990).

Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI (1990)

Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal (1959)

Convención Europea sobre Transferencia de Personas Condenadas (1964)

Convención Europea sobre Validez Internacional de Sentencias Penales (1970)

Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el

Extranjero (1975) y su Protocolo Adicional (1984).
Convención Interamericana sobre Extradición (1981)
Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1940)
Código de Derecho Internacional Privado (1928)
Acuerdo Bolivariano sobre Extradición (1911) y su Acuerdo Interpretativo (1935)
Convenios o Tratados Bilaterales Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal Suscritos entre los Estados.
Legislación Nacional Interna de Cada País Sobre Procedimientos de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal.

El Salvador regula la asistencia legal en materia penal en el artículo 182 numeral 3º de la Constitución de la República, el cual establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a la cooperación judicial,⁸⁶ haciendo referencia a la *COMISIÓN ROGATORIA*, es decir, la solicitud o el documento que redacta el juez o tribunal que requiere la cooperación internacional expresando:

Lo que solicita, el proceso de que se trate, el juez o tribunal que lo acuerda, y el plazo de realización, con identificación de las partes con los que hay de realizarse la comisión.

La manera para enviar dicha comisión será a través de la Corte Suprema de Justicia que a su vez lo enviara al Ministerio de Relaciones Exteriores para que

⁸⁶ Artículo 182, numeral 3º de la Constitución de la República *"Conocer de las causas de presas y de aquellas que no estén reservadas a otra autoridad; ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados; y conceder la extradición."*

la tramite por vía diplomática.⁸⁷ El Código Procesal Penal derogado⁸⁸, desarrollaba en los Artículos 139 y 140 lo referente a este tema, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2008, se suprimen estos artículos y se condensa en el artículo 78 el cual regula la cooperación en investigaciones internacionales.

Para que se lleven a cabo los procesos y procedimientos de cooperación internacional en nuestro país, es de tener en cuenta dos escenarios; Cuando el Salvador es el Estado requerido y cuando El Salvador es el Estado requirente.⁸⁹

El Salvador como Estado Requerido: Pedidos Oficiales hechos bajo tratados.

Una vez que la Comisión Rogatoria ha sido recibida en el país, es remitida a la Corte Suprema de Justicia, la cual determinara si la documentación presentada cumple o no con lo establecido en el Tratado invocado y las leyes del país, si la solicitud procede, la Corte Plena elabora una Resolución, ordenando su cumplimiento y la autoridad que deberá realizar la diligencia; si por el contrario, se determina que el Estado Requirente no ha llenado los requisitos o se necesita información adicional, se elaborara una Resolución, devolviendo la Comisión Rogatoria señalando las deficiencias de la misma o en su caso, la información que se requiere; en el caso que la Corte Suprema de Justicia determine la improcedencia de la solicitud por razones previstas en

⁸⁷ Código Procesal Penal comentado, (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Tomo II) 515.

⁸⁸ Artículo 139 "Respecto a los tribunales extranjeros, se empleará la fórmula de comisión rogatoria. El juez o tribunal interesado enviará la comisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de la Corte Suprema de Justicia, para que lo tramite por la vía diplomática", Artículo 140 "La Comisión Rogatoria de Tribunales Extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país y la respuesta se enviará a través del Ministerio de Relaciones Exteriores."

⁸⁹ Proceso de asistencia legal mutua en materia penal en el salvador.
En https://www.oas.org/juridico/mla/sp/slv/sp_slv_asist_materia_penal.pdf

el tratado mismo, se elabora una Resolución motivada, que será firmada por Corte Plena, denegando dicho requerimiento.

Una vez que se procede a realizar la diligencia y cumplida la misma, la Corte Suprema de Justicia procede a la revisión de lo actuado para posteriormente emitir una Resolución en la que ordena la devolución de la solicitud de cooperación al Estado Requirente. Tanto la recepción como la remisión de las actuaciones se realizarán por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores a través del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, por ser éste el medio de comunicación entre el Órgano Ejecutivo y el Órgano Judicial⁹⁰ o por la Autoridad Central de forma directa.

Siempre que el Estado Requerido, proceda a la devolución de cualquier solicitud de Asistencia Legal al Estado Requirente, ya sea que ésta se encuentre debidamente diligenciada, adolezca de alguna omisión, se requiera de información adicional, o se deniegue la misma, se podrá utilizar cualquiera de los siguientes medios:

Si se utilizare la figura de la **Autoridad Central** de conformidad con la aplicación de un tratado, existen dos opciones: Si la Corte es la autoridad central, se remite la solicitud de asistencia cumplimentada en forma directa a la autoridad central de Estado Requirente; si la Corte Suprema de Justicia no es la autoridad central, la solicitud de cooperación diligenciada se le envía a la autoridad central salvadoreña, para que ésta a la vez la haga llegar a la autoridad central del Estado Requirente;

⁹⁰ En este punto es de traer a cuenta la publicación de fecha 9 de febrero del 2007, Decreto No. 11 Diario Oficial Número 27, Tomo N° 374, en el que se establece la Reforma al Reglamento Interno del órgano Ejecutivo, en relación a las Competencias al Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, sobre la atribución que se le da de servir como medio de comunicación entre el Órgano Ejecutivo con la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Comisión Coordinadora del Sector Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura.

Si en el Tratado se ha dispuesto la vía **diplomática** como medio a utilizarse, ésta se remitirá al Ministerio de Seguridad Pública y Justicia de El Salvador, quien deberá hacerlo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de este mismo país, que a su vez lo remitirá, ya sea a su Embajada acreditada ante el Estado Requirente, o a la Embajada de este último acreditada ante El Salvador.

El Salvador como Estado Requerido: Pedidos Oficiales hechos sin que se aplique algún tratado:

Como ya se mencionó, el Artículo 182 numeral 3º de la Constitución de la República establece las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en esta materia⁹¹, en los casos que no exista un tratado vigente, está debe recurrir a la aplicación de la costumbre internacional y junto con la ley nacional vigente, para determinar la procedencia o no de la solicitud que le ha sido presentada.

En el caso que la solicitud proceda, se elabora en la Corte Suprema de Justicia una Resolución, en la que Corte Plena ordena su cumplimiento, determinándose en la autoridad nacional que deberá realizar la diligencia; si por el contrario, se determina que el Estado Requirente no ha llenado los requisitos mínimos establecidos por la Costumbre Internacional o la legislación vigente de El Salvador, se elabora una resolución devolviendo la Comisión Rogatoria y señalando las deficiencias de la misma o en su caso, la información que se requiere, a efecto de que la autoridad del Estado Requirente que la libró complete la misma.

⁹¹ Artículo 182, numeral 3º de la Constitución de la República "... ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que procedan de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados...".

Si la Corte Suprema de Justicia determina la improcedencia de la solicitud por razones distintas a aquellas de mero procedimiento, se elabora una Resolución motivada, que será firmada por Corte Plena, denegando el requerimiento de asistencia presentada por el Estado Requirente. Una vez cumplida la diligencia ordenada por la Corte Suprema de Justicia por la autoridad nacional, según la naturaleza de la solicitud de cooperación, esta última deberá remitirla nuevamente a la Corte Suprema de Justicia, quien procederá a la revisión de lo actuado, emitir una Resolución en la que ordena la devolución de la solicitud de cooperación a la autoridad que la librara.

Seguidamente, esta es devuelta al Estado Requirente por la vía diplomática, es decir, que ésta se remite al Ministerio de Seguridad Pública y Justicia de El Salvador, quien deberá hacerlo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de este mismo país, que a su vez lo remitirá, ya sea a su Embajada acreditada ante el Estado Requirente, o a la Embajada de este último acreditada ante El Salvador.

El Salvador como Estado Requirente.

Cuando El Salvador actúa como Estado Requirente se utiliza la vía diplomática para que la Comisión Rogatoria deba ser complementada en el Estado extranjero; el proceso es el siguiente: El Juez competente solicita a la Corte Suprema de Justicia la necesidad de realizar determinado acto procesal en el extranjero, para que está conforme a derecho se le dé cumplimiento por el Tribunal Superior, enviándose las diligencias al Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia para que este lo remita a la autoridad competente en el Estado extranjero donde se necesita que se practique dicho acto procesal o diligencia.⁹²

⁹² Lo anterior tiene sustento legal en el Artículo 182 Numeral tercero Constitución de la República; Artículo 27 Código Procesal Civil; Artículo 139 Código Procesal Penal (derogado)

1.6.3.5. Detención por el término de inquirir

La detención por el término de inquirir regulada en el artículo 328 del Código Procesal Penal estima que cuando a un juez le sea presentada la persona a quien se le impute la comisión de delito, podrá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito al jefe del mismo.

Por tanto, es potestad otorgada a los Tribunales de Justicia por disposición expresa de ley los únicos que pueden decretar este tipo de detención corresponde exclusivamente al Juez de Paz, de acuerdo a los artículos 269 y 328 del Código Procesal Penal, que lejos de conceder la facultad al juzgador de apreciar las diligencias extrajudiciales y resolver a su juicio prudencial, el legislador lo está obligando expresamente a que lo mantenga en prisión decretándole detención por el término de inquirir; con la entrega del detenido al juez competente por parte del órgano auxiliar captor o por cualquier particular que hubiese procedido a su aprehensión se da por iniciada la fase judicial de la detención.

En el Código Procesal Penal podemos observar una distinción que hace el legislador entre la detención judicial imputativa, que es aquella donde el imputado se halla en libertad, (artículos 321 y 322 CPP) y la detención confirmatoria, (artículo 328 CPP) la cual, recibe este nombre por ser un mero mantenimiento de la detención ordenada por parte de la Fiscalía (artículo 324 CPP) o practicada por la policía (artículos 323 y 330 CPP).

La detención por el término de inquirir es denominada por la doctrina como “confirmatoria”, por otra parte, la jurisprudencia salvadoreña sostenida por la

y Artículos 32 No. 4 y 35 No. 5 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo. En caso de utilizarse el Artículo 139 del Código Procesal Penal, debe la Comisión Rogatoria ir traducida en el idioma del Estado requerido de acuerdo al Artículo 392 del Código Bustamante.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, denomina a este tipo de detención como "detención judicial confirmatoria", la cual comprende el tiempo en que el detenido, que ya está a disposición del juez, permanece privado de libertad en tanto aquél decide sobre su situación personal; es decir, es un mero mantenimiento de la detención ordenada por la Fiscalía General de la República o practicada por la Policía.⁹³

Ahora bien, otro aspecto importante de toda medida cautelar de carácter personal, es lo referente al tiempo que una persona debe ser privada de libertad, el legislador tanto constitucional como penal conciben el hecho que una persona no pueda ser privado de su libertad más del tiempo establecido, ya que hacerlo sería una arbitrariedad.⁹⁴

La Constitución crea un marco o referente jurídico, para evitar la violación o inobservancia de derechos, para que ninguna autoridad pueda tomarse el derecho de retener a alguien que ha sido señalado por la Fiscalía General de la República como sospechoso de haber perpetrado un delito, por más de setenta y dos horas⁹⁵, y aunque el artículo 328 del Procesal Penal no establezca expresamente lo referente a la resolución en este caso, es de dejar en claro que la decisión en donde se acuerde la detención por el termino de inquirir debe de revestir forma de Auto⁹⁶.

1.6.3.6. Caso especial de detención para inquirir

El Artículo 322 del Código Procesal Penal otorga al juez de carácter especial la facultad de detener a toda persona presente en el lugar de los hechos, esto

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus, Referencia: 602004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 27 de octubre de 2004).

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, *Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus*, Referencia: 1222003, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 28 de enero de 2004).

⁹⁵ Artículo 13 de la Constitución de la República en relación con el artículo 328 inciso tercero del Código Procesal Penal.

⁹⁶ Código Procesal Penal comentado, Tomo II. 1123.

se hará cuando no sea posible distinguir entre testigos y partícipes del delito. Para ejecutar lo dispuesto en el artículo en mención, deben concurrir tres presupuestos: 1) que la investigación se dirija contra varias personas; 2) que no sea posible individualizar inmediatamente a sus responsables y 3) que no se pueda dejar de proceder sin menoscabo para la instrucción.⁹⁷

Si analizamos estos tres presupuestos, es evidente que la auténtica relevancia de este tipo de detención es la existencia de un grupo de personas en el lugar donde se ha cometido el hecho delictivo, acompañada de la falta de probabilidad de individualizar al sospechoso.

Lo anterior se traduce en términos doctrinarios a la falta del *fumus boni iuris*, es decir que este tipo de detención está prevista para casos de cierta confusión en cuanto, no se pueda identificar la participación en el hecho punible cometido⁹⁸, es decir, en los que el presupuesto material de la detención consistente en el “*fumus boni iuris*” falta o es más débil, es el “*periculum in mora*” el que soporta todo el peso de la decisión judicial, que se justifica por no ser posible “dejar de proceder sin menoscabo para la instrucción”.

Aunque nuestro legislador ha tratado de plasmar en el artículo en estudio, el carácter excepcional, resulta incongruente esta disposición por dos motivos: 1) el plazo de duración de la detención es de setenta y dos horas; lo cual resulta sumamente exagerado frente a otros supuestos equivalentes establecidos por el mismo legislador; 2) el problema que conlleva al momento de interpretar la exigencia de que la detención, no podrá durar más del tiempo necesario para tomar las declaraciones; pero lo que en realidad se pretende lograr es identificar al sospechoso que atentó contra un bien jurídico protegido.

⁹⁷ *Ibíd.* 1100.

⁹⁸ José Luis Antón Blanco, y José Manuel Marcos Cos. 806.

1.6.3.7. Detención provisional

En esta oportunidad abordaremos el tema de la detención provisional de manera general, ya que se dedicará un capítulo completo para estudiar y analizar dicha figura.

La detención provisional ha ejercido a lo largo de la historia un papel fundamental en el proceso penal, este mecanismo de carácter personal nace en el seno constitucional del artículo 13,⁹⁹ ya que además de regular lo esencial de este tipo de medida cautelar, el artículo se ocupa de establecer los plazos de las diferentes formas de aprehensión de una persona.

La concepción del artículo en mención encaja perfectamente con la definición hecha por Gimeno Sendra,¹⁰⁰ estableciendo que es una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, donde el juez competente resolverá sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos gravosa.

El derecho internacional ha regulado ampliamente esta medida cautelar, puesto que muchas veces se convierte en objeto de vulneración de derechos y garantías inherentes a la persona humana, dejando de lado su carácter de excepcionalidad, esto se logra mediante Tratados Internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que en su artículo 9

⁹⁹ Constitución de la Republica, Artículo 13 “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido in fraganti, puede ser detenido por cualquier personal para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.”

¹⁰⁰ Vicente Gimeno Sendra, y otros, Derecho Procesal Penal. 349

numeral tercero estipula que “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.¹⁰¹Lo que quiere decir que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general.

Además, el artículo 7 numeral quinto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰²establece que una persona en detención provisional debe ser juzgada en un plazo razonable.¹⁰³ Para los intereses de este trabajo de investigación, resulta muy importante abordar la práctica antijurídica, por irrespeto a leyes de la aplicación automática de la detención provisional ante la sola concurrencia de los presupuestos procesales de los Arts. 329 y más con lo dispuesto en el artículo 331 de Procesal Penal.

1.6.3.8. Otros casos de detención provisional

A parte de la detención provisional propiamente dicha regulada en el artículo 329 de Código Procesal Penal, el artículo 330 del mismo cuerpo normativo¹⁰⁴,

¹⁰¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.El cual, Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

¹⁰² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita, tras la *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

¹⁰³ Artículo 7 numeral quinto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

¹⁰⁴ Artículo 330 CPP. procederá también la detención provisional en los casos siguientes: 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario; 2) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentará evadir la acción de la

establece otros supuestos en los cuales será oportuno aplicar la detención provisional, preceptos como la incomparecencia del imputado, que es un supuesto de medida cautelar aunque con carácter totalmente objetivo en la apreciación de sus presupuestos, ya que no se toma en consideración la gravedad de la pena previsible ni siquiera otra circunstancia. Para que se configure y se ejecute basta con la sola incomparecencia injustificada del imputado.

Lo que resulta interesante de este artículo es el numeral sexto, puesto que la revocatoria de las medidas sustitutivas se produce cuando nuevas circunstancias llevan a la mente del juzgador a valorar los motivos que ha permitido sustituir la detención provisional, sobre todo cuando el imputado violente algún precepto que se le ha impuesto, estos tienen que ser suficientes para ordenar el ingreso en prisión, entre los que podemos mencionar los siguientes:¹⁰⁵

Que el imputado contravenga gravemente las obligaciones o limitaciones que se le han impuesto;

Que el imputado se prepare para la fuga;

No comparezca ante una citación legal sin causa justificada;

Cuando nuevas circunstancias sobrevinidas hicieran necesaria la prisión.

justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliario, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso; 3) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentará evadir la acción de la justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliario, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso; 4) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos; 5) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles; 6) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.

¹⁰⁵ Código Procesal Penal comentado, Tomo II. 1138.

1.7 Presupuestos procesales

Las medidas cautelares con su carácter de asegurativa pueden afectar derechos fundamentales; por lo que su adopción requiere de presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales son entendidos como aquellas razones, causas o motivos de la utilización de las medidas cautelares; es decir, que toda decisión judicial que imponga una medida cautelar ya sea personal o patrimonial es necesario que cumpla ciertos requisitos.

Los presupuestos procesales pueden decirse de una manera simple, y es que no son más que meros requisitos que se tienen que cumplir de manera previa, para que se pueda constituir una relación jurídica.¹⁰⁶

En ese sentido al hablar de medidas cautelares, los presupuestos procesales no son la excepción; en el proceso penal es sumamente necesario que concurren requisitos tanto formales como materiales para poder constituir válidamente la ejecución de una medida cautelar tanto patrimonial como personal, esto con el propósito de que el Juez pueda tener los medios necesarios para dictar una sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto.

Para tal propósito se tiene que cumplir presupuestos materiales y formales. Entre los presupuestos materiales para la aplicación de una medida cautelar encontramos los siguientes: el Fumus Boni Iuris o apariencia de buen derecho y el Periculum In Mora representado en el peligro de fuga; y entre los presupuestos formales están: Las medidas cautelares han de ser decretadas por Autoridad Judicial, las medidas cautelares requieren resolución motivada. La ausencia de un presupuesto procesal significaría la trasgresión de derechos

¹⁰⁶ Oscar Von Bulow, Teoría de las excepciones y los presupuestos, 1868.

y principios tanto constitucionales como procesales, hasta el grado de incurrir en una pena anticipada en el caso de una detención provisional.

1.8. Presupuestos materiales

Son dos los presupuestos materiales exigidos por el Código Procesal Penal en su artículo 329, para que el juez estime o no la adopción de las medidas cautelares; en primer lugar, la existencia del **“Fumus boni iuris”**, este se trata de la apariencia del buen derecho ejercitado de su buen fin. Este presupuesto implica un pronóstico ineludible de razones y una valoración sobre la calidad incriminatoria de una persona; es decir, un juicio de probabilidad razonable de la imputación, que recae no sobre la existencia de un derecho, sino sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida.

Lo anterior no basta de una mera sospecha sino motivos o elementos de convicción que puedan servir de base y fundamento de prueba, por virtud del cual se le considere a una persona criminalmente responsable del delito.

En segundo lugar encontramos el **“Periculum in mora”**, consiste en un juicio de probabilidad por el que se verifica el alto riesgo de que, durante el procedimiento, un evento, generalmente voluntario, impida o limite la resolución de fondo o impida su ejecución, en el aspecto personal a través de la fuga del encartado.

Este presupuesto viene determinado por la sospecha de que el inculpado desaparezca e impida el desarrollo del juicio y con ello la efectividad de la sentencia. La finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra, que la de garantizar la presencia del inculpado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal de inmediación, contradicción, oralidad y defensa; de tal manera que, si

el acusado no está presente, el juicio no se pueda celebrar, con grave daño a la justicia.¹⁰⁷

1.9. Presupuestos formales

1.9.1 Medidas cautelares decretadas por autoridad judicial

La situación jurídica del imputado es un amplio tema de discusión para el Derecho; significando la restricción de Principios y Garantías; por ello, la ley y la ejecución de la misma necesita ser clara. El artículo 13 de la Constitución de la República, 320 y siguientes del Código Procesal Penal, establecen categóricamente que las medidas cautelares tienen que ser decretadas por autoridad judicial competente, remarcándose además, el carácter de oficialidad para dar cumplimiento a uno de los fines básicos del proceso penal: la restauración del orden jurídico perturbado.

Tal carácter de oficialidad se justifica por la necesidad de urgencia en la prevención y la ejecución de la medida. Para que el Juez resuelva sobre la situación jurídica de la persona a la que se le atribuye la comisión de un delito tiene que realizarlo a la luz del artículo 329 del Código Procesal Penal, en donde se plasman dos criterios raíz, ya que de ellos se desprenden muchos otros, que sirven para valorar si el imputado puede o debe continuar el proceso en detención o con una o varias medidas sustitutivas.

1.9.2. Las medidas cautelares requieren resolución motivada

La resolución judicial en la que se decreta la adopción de una medida cautelar patrimonial o personal debe estar motivada sobre la base de dos presupuestos procesales: el "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*"; además es necesaria

¹⁰⁷ José María Casado Pérez, y Otros Derecho Procesal Penal Salvadoreño Editorial Justicia de Paz, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, Primera Edición). 811 y 812.

la existencia de los elementos de convicción, ya que estos permiten exponer las razones por las cuales se configura los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de fuga.

Además el artículo 144 del Procesal Penal, establece la obligación que tiene el juzgador o tribunal de fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten.

Por lo tanto, la fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.

Es por ello, que el artículo 144 del Código Procesal Penal establece; que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirá en ningún caso a la fundamentación.

El deber de motivación se deriva de los derechos a la seguridad jurídica y de defensa, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 de la Constitución; e implica por parte de la autoridad judicial respeto a los derechos fundamentales de los enjuiciados, pues tiene por finalidad garantizar a las personas que pueden verse afectadas con una resolución judicial, conocer los motivos por los cuales el juez resuelve en determinado sentido y permite impugnar tal decisión por medio de los mecanismos que la ley prevé para tal efecto.

1.10. La coerción procesal

En la Constitución de la República se encuentran consagrados todos los derechos fundamentales que goza una persona dentro de la sociedad, partiendo desde el artículo uno de nuestra carta magna, en el cual, el Estado reconoce a la persona humana como el origen y el fin de su actividad, ésta

disposición sienta las bases en la que descansan absolutamente todos los derechos y garantías; uno de ellos es el goce a la libertad, pero cabe mencionar que ésta como todos los derechos fundamentales no es absoluta; por el simple hecho de que, el Estado por medio de su ordenamiento jurídico pretenderá siempre alcanzar la justicia, seguridad jurídica y el bien común.

La pregunta que puede surgir en base a lo expresado en el párrafo precedente es ¿Cómo el estado es capaz de alcanzar sus fines?, la respuesta es simple, lo hace por medio de la aplicación de la coerción; esto significa, que el Estado como ente soberano tiene la potestad de usar la fuerza legítima que le otorga su poder de imperio; es así, ya que a lo largo de la historia ha contado siempre con diversos instrumentos o mecanismos orientados a facilitar su mandato Constitucional, entre estos, se encuentra la coerción o el uso de la fuerza; con la cual, puede llegar a limitar o restringir la libertad ambulatoria de aquellas personas que lo ameriten.

Es de esta manera, como surgen las medidas cautelares como manifestación de la coerción estatal, tal como ya lo hemos estudiado a lo largo de éste capítulo. Las Medidas Cautelares o de Coerción, persiguen un fin, que es la cautela procesal; es decir, que la finalidad de las medidas cautelares se reduce a asegurar la comparecencia de los imputados en el proceso y la ejecución de una eventual pena a imponer, básicamente este es el fundamento y la justificación de las medidas de coerción en el proceso penal.

La coerción del Estado manifestada en las medidas cautelares, también tiene límites para que no se convierta en un uso de fuerza descontrolado o desproporcionado, tal y como lo hemos desarrollado en este capítulo, lo cual se puede resumir de la siguiente manera: *“la fuerza del Estado llega hasta donde se respeta los derechos y garantías constitucionales”*, o como diría el

expositor de Derecho Procesal Penal Argentino Julio Maier¹⁰⁸, la aplicación de la coerción estatal se basa en el respeto pleno del principio de principios, el cual es la supremacía de las normas Constitucionales y la correcta aplicación de la norma Penal y Procesal Penal, en concordancia con el catálogo de los Derechos Humanos. Por tanto el Derecho Procesal Penal es en verdad Derecho Constitucional Reformulado y Reglamentado, ya que contiene las líneas estructurales del Derecho Procesal Penal y además las reglas de organización Judicial para juzgar Penalmente, conteniendo también los principios que orientan al procedimiento y a la aplicación de las medidas cautelares.

¹⁰⁸ Julio V. J., Maier, Derecho Procesal Penal Argentino, (Buenos Aires Argentina: Tomo I, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989). 195.

CAPÍTULO II

DETENCIÓN PROVISIONAL

Para indagar en el análisis jurídico-penal de la detención provisional es indispensable conocer estructuralmente el concepto del mismo, la naturaleza jurídica y los fines legítimos, de la anterior materia hubo un traslado de postulados teóricos al campo procesal penal, adaptados a las singularidades de este proceso, en el cual se retomaron los principios del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, por tanto, asimilar sus postulados y sus aplicaciones penales, todo lo anterior contribuirá a la construcción de conocimiento que nutrirán las bases para la aplicación de la medida cautelar más gravosa como es la detención provisional.

2.1. Concepto

En el artículo 329 del Código Procesal Penal Vigente no establece literalmente el concepto de Detención Provisional; si no que, anuncia sin más palabras cuales son los presupuestos de su adopción.

En palabras del jurista Guillermo Cabanellas la Detención con la Detención Provisional pueden llegar a ser lo mismo, ya que su definición reza así: “Acción o efecto de detener o detenerse. Tardanza o dilación. Privación de libertad. Arresto provisional¹⁰⁹” sin embargo, por ser un diccionario elemental jurídico sí podría decirse que la palabra detención en general puede abarcar la detención provisional, pero para el efecto de esta investigación debemos de dejar en claro que no se trata de lo mismo.

¹⁰⁹ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, (Nueva Edición Actualizada, Corregida y Actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, editorial Heliasta S.R.L., Undécima edición, 1993). 104.

Para Manuel Ossorio, por el contrario realiza una sutil diferencia entre la detención, estableciendo que esta tiene la característica de preventiva: “Privación de la libertad de quien se sospecha autor de un delito; tiene carácter preventivo y previo a su presentación ante el juez. (v. arresto.)¹¹⁰” Aunque al final de su concepto establece que se refiere a la detención antes de que se ponga a cuenta de las autoridades competentes, el Derecho Penal Salvadoreño se refiere no se refiere a otra detención más que en la detención antes que sea presentado al juez de turno, y antes de haber finalizado las 72 horas.

A palabras de Aragonese Martínez, “la detención provisional suponen un punto más crítico del difícil equilibrio entre los dos intereses aparentemente contrapuestos, sobre los que gira el proceso penal: El respeto de los derechos del encausado- aquí el derecho a la libertad- y la eficacia en la represión de los delitos como medio para restablecer el orden y la paz social”¹¹¹

Según el pensamiento de Carlos Valle “en un sentido lato se puede definir la detención como aquella privación de la libertad ambulatoria que impide al sujeto pasivo trasladarse libremente al lugar deseado según su libre voluntad, o bien, que lo obliga a dirigirse a un lugar no deseado”¹¹²

La detención provisional siempre afectará la libertad personal del imputado e impondrá una obligación a que este se dirija a ciertos lugares al que no desea ir, es decir, en contra de su voluntad.

En sentido estricto tenemos que la detención cautelar de carácter personal y provisionalísima que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares consistente en la privación de libertad de una persona durante un

¹¹⁰Manuel Ossorio, Diccionario De Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, (1ª edición), 325.

¹¹¹ Sara Aragonese Martínez y Otros, Derecho Penal, 412 y 413.

¹¹² Carlos Salido Valle, La detención policial. 44.

tiempo imprescindible para su puesta a disposición judicial; si bien, si ya se encuentra en tal situación resolverá restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos gravosa.¹¹³

Jesús Miguel, establece lo siguiente “La detención es una medida cautelar consistente en la privación de la libertad durante el tiempo imprescindible para su supuesta disposición judicial o la realización de las diligencias que la han motivado. Su adopción, por afectar a libertad de las personas, está sometida a una serie de requisitos que la hayan provocado.”¹¹⁴

Según Aragonese Martínez indica que “la prisión provisional supone la privación de la libertad del encausado, durante la tramitación del procedimiento penal dentro de los plazos señalados en la ley.”¹¹⁵

Para Víctor Moreno “la prisión preventiva consistirá en la total privación del inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal.”¹¹⁶

Y para Carlos Brañas “La prisión provisional constituye uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del órgano judicial para asegurar el normal desarrollo del proceso penal y la correcta aplicación de sus Puniendi del Estado.”¹¹⁷

Y como último autor consultado tenemos al jurista Roxin, que considera “la prisión de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.”¹¹⁸

¹¹³ Vicente Gimeno Sendra, Lecciones de Derecho Procesal Penal, 266.

¹¹⁴ Jesús Miguel Hernández Galilea, El sistema español, 177

¹¹⁵ Sara Aragonese Martínez, Ed Tirant, 456

¹¹⁶ Víctor Moreno Catena Derecho Procesal, Proceso Penal, (Ed Tirant Valencia 1993). 368.

¹¹⁷ Carlos Martín Brañas, Configuración del Proceso Penal, 79.

¹¹⁸ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, (Buenos Aires: Editorial del Puerto 2000). 257.

En base a la concepción de los autores anteriormente citados no trataremos lo referente a aquellas detenciones especiales, es decir aquellas que no se encuentran reguladas en la ley o las referidas en leyes internacionales que pueden variar de región en región, sino más bien aquellas que se realizan por los organismos autorizados para decretar la detención provisional incluyendo no solo delitos en contra de la vida sino en delitos en donde el bien jurídico protegido es otro, como lo son las detenciones por accidentes de tránsito, controles policiales, etc.

Esta detención también se conoce doctrinariamente como prisión preventiva en donde es una privación de libertad temporal ordenada legalmente por un Juez competente antes de que exista una sentencia firme, basada en el peligro de fuga, para evitar la realización del juicio oral o en el peligro de que vaya obstaculizar la averiguación de la verdad.

En ese sentido, hay que analizar lo siguiente: se puede incluso modificar la Detención Provisional o Las Medidas Sustitutivas a la misma hasta que la sentencia quede firme, en variada jurisprudencia veremos que los jueces desde el momento en que realizan el juicio y dan el fallo detienen al imputado, sin esperar que quede firme la misma, sin embargo a criterio de otros jueces no hacen efectiva la pena establecida al indiciado sino hasta que quede firme; a nuestro criterio, esa práctica puede ser un poco absurda debido a que la principal finalidad de la detención es el aseguramiento del imputado al proceso, y al fallar con una condena efectiva de pena de prisión sobre todo, a una persona, por supuesto que existe un mayor porcentaje de fuga, en ese momento los arraigos no podrán ser suficientes para asegurar al imputado, puesto que la diferencia de ese momento con los anteriores de aplicación o no de medidas sustitutivas es crucial, porque antes el procesado podría tener alguna oportunidad para que se demostrara su inocencia, pero si ya vencido en el juicio y se deja en libertad mientras que quede ejecutoriada la sentencia,

es un escenario bastante alejado a la realidad que alguien ya condenado espere tranquilamente en su hogar, mientras se llega el plazo para su firmeza, y se ha visto como en ese momento ha existido fuga de parte de los procesados en los procesos penales salvadoreños.

Dado todo lo anterior, podemos verificar que la ley no contiene una definición propia, y es por ello que recurrimos a la jurisprudencia y en ella sí encontramos la respuesta a esa definición.

Definiéndola como una medida cautelar de tipo personal, en razón de la cual se priva al sindicado de un hecho delictivo de su libertad física durante la sustanciación de un proceso penal.¹¹⁹

Su imposición es de exclusiva potestad jurisdiccional y por ello se convierte en una medida para asegurar al imputado a un juicio o cualquiera que sea los actos procesales en que se necesite su comparecencia obligatoria.

2.2. Naturaleza de la detención provisional

Respecto de la naturaleza jurídica de la detención provisional, encontramos que ésta es considerada una medida cautelar dentro del proceso penal, precisamente como una medida cautelar penal personal.

Por lo tanto, todas las medidas que se adoptan en el curso del proceso penal, la prisión preventiva es sin lugar a dudas, la más grave y polémica, debido a que mediante la adopción de esta medida se conculca uno de los derechos fundamentales más importantes, siendo este el derecho a la libertad ambulatoria.

¹¹⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Habeas Corpus, Referencia: 102-2001. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 29-01-2002).

Lo anterior indudablemente trae a cuenta el conflicto existente entre el *ius Puniendi* y el derecho fundamental a la libertad personal, en el proceso penal, conlleva problemas dentro del mismo, y en este contexto la prisión preventiva aparece como un indicador del grado de democracia existente en un determinado Estado, puesto que dicha medida confronta con dos derechos fundamentales:

Por un lado el **deber estatal** de perseguir eficazmente el delito,

Por el otro, existe la **obligación del Estado** de respetar la libertad de la persona, a quien reconoce como principio y fin de la actividad del mismo, otorgándole vigencia real, consecuentemente, a cada uno de los derechos fundamentales que confluyen en el proceso penal.

La figura de la detención provisional o sus expresiones equivalentes como prisión provisional o prisión preventiva, existe prácticamente en todo sistema procesal penal. En nuestro país, se halla expresamente regulada por la normativa Constitucional: Art. 13 inc. 3° se establece: “... *a decretar su libertad o detención provisional.*”

La cuestión radica, entonces, no tanto en afirmar la posibilidad de la custodia preventiva, lo que parece muy claro, sino en afirmar su naturaleza cautelar y sus fines, para no violentar garantías constitucionales que consiste, para el caso, en no ser penado antes del juicio previo.

Por ello, se puede decir que la detención provisional es una medida cautelar que debe fundarse en la necesidad de impedir que el procesado evada la acción de la justicia o que perturbe el desarrollo del proceso, teniéndose como

regla general, la libertad del imputado, y el encarcelamiento la excepción, procurando sustituirlos por otros medios asegurativos.¹²⁰

Según la jurisprudencia la Sala de lo Constitucional se refiere a ello que su naturaleza es estrictamente jurídica la de una medida cautelar en general y dentro de ella como ya anteriormente se expuso, se encuentra la Detención Provisional y por ello su imposición busca exclusivamente el aseguramiento de los fines que el proceso penal persigue, los cuales son “Garantizar la integridad de la prueba y la comparecencia del imputado al acto del juicio¹²¹.”

“En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen.¹²²”

La naturaleza cautelar y no punitiva de la medida de detención preventiva se entiende y justifica perfectamente por el hecho que todas las personas tenemos reconocido a nuestro favor el principio constitucional de presunción de inocencia.

También se afirma que tiene una Naturaleza Cautelar y no punitiva debido a que es por un periodo determinado que se aplica y por ningún motivo puede sobrepasar este plazo que en nuestro código lo regula en el artículo 8 del código procesal penal.

¹²⁰ Carlos Alberto Martell Brizuela, Julieta Margarita Zepeda Villacorta y Juan Antonio Franco Rivera, Detención Provisional ¿Medida cautelar o pena anticipada?, (Trabajo de graduación para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2003) 25 y 26.

¹²¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus de 20-IV-99 con Referencia 57.99* así como se encuentra en la sentencia con Referencia 81-2005.

¹²² Sala de lo Constitucional, Ex. 0791–2002–HC/TC, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 21 de junio de 2002) f. j. 6.

Teniendo en cuenta que según el principio de presunción de inocencia plasmado en la Constitución Salvadoreña, toda persona es inocente hasta que sea vencida en juicio con las leyes preestablecidas y por los tribunales correspondientes, esta medida no puede llegar a ser punitiva, siempre y cuando se haya decretado en legal forma.

2.3. Fines de la detención provisional

En cuanto a su finalidad, decimos que va de la mano con su naturaleza jurisprudencial debido a que hemos podido notar una aceptación por las Salas a lo largo del tiempo.

Desde que entró en vigencia el Código Procesal Penal del 2010 que la Detención Provisional se volvió en la Medida Cautelar “preferida” y esto tiene una clara explicación práctica:

El Salvador se centró en un problema Político y Social de las Maras y Pandillas a causa de la post guerra vivida en los años 80' y tanto el Gobierno cualquiera que estuviese en el poder como cualquier funcionario que tenga a su cargo la administración de justicia, se siente presionado socialmente por demostrar resultados de mayor seguridad ciudadana; es por ello que, la Detención Provisional se ha vuelto en un espejo para quienes se organicen con el fin de cometer ilícitos, y es que si bien existen otras formas de darle solución a este problema, que sin embargo no es punto central de nuestra investigación, pero en la realidad social la Detención Provisional ha llegado a ser una medida paliativa para que al menos quien quiera cometer actos antijurídicos le tema a un centro preventivo, ya sea por el hacinamiento, por las medidas extraordinarias adoptadas por el Gobierno, o por el estigma que se tiene ante la demás sociedad.

Es así como doctrinariamente y jurisprudencialmente se sostiene que el fin y objeto de la detención preventiva es que el proceso se desarrolle correctamente, culmine con sentencia y que el procesado se encuentre presente al momento del juicio; además se le ha agregado que se deban proteger la prueba vertida en el juicio que el indiciado no obstaculice la investigación ya sea desapareciendo prueba, modificándola o creándola.

Ha de admitirse, pues, que junto a los fines específicos de su naturaleza cautelar (evitar la fuga del imputado, asegurar el éxito de la instrucción e impedir la ocultación de futuros medios de prueba), cumple otros de naturaleza extraprocesal (impedir la reiteración delictiva y aliviar el desasosiego derivado de la alarma social que generan las presuntas conductas delictivas).¹²³

Cabe mencionar que la aplicación de la detención provisional atiende a dos grandes fines principales, siendo estos *el peligro de fuga y la obstrucción de la investigación*, por lo que son estos pilares esenciales de la jurisprudencia de la prisión provisional, es así que el Tribunal Constitucional español en resolución emitida se pronunció así:

“El contenido de privación de libertad, que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico. –Sentencia de AMPARO, Ref.

¹²³ Alberto Jorge Barriero, La prisión provisional en la Ley de enjuiciamiento criminal; contenido en: Ibáñez, Perfecto Andrés. Magistrado. Director, y Otros, Detención y Prisión Provisional; (Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial; Cuadernos de Derecho Judicial; 1º Edición, Madrid, España, 1996) 50 y 52.

128/1995 del 26/7/1995, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 22/8/1995.¹²⁴

De lo anterior resulta necesario tener por definido precisamente la finalidad de la detención provisional, dado que en el menor descuido descriptivo, puede confundirse su finalidad con la de la pena, y eso resultaría peligroso en el plano dogmático, puesto que al momento de legislar y aplicar la ley, los resultados niegan y distorsionan la imagen y estructura del proceso penal, concebido éste como democrático. Confundir la finalidad cautelar de la prisión preventiva, con la finalidad punitiva, acarrearía graves consecuencias intolerables en un Estado, como es la vulneración de principios fundamentales como la presunción de inocencia, juicio previo y el debido proceso legal.¹²⁵

2.3.1. Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado

Este es considerado como el principal fin de la detención provisional siendo que ha nacido para asegurar el cumplimiento de la sentencia que se espera obtener.

Y existe un fundamento constitucional para el control de la detención provisional y este es el resguardo de La Libertad Personal y Seguridad Individual en la que esta garantía constitucional cobra especial importancia como objeto de protección, cuando es el proceso penal el que puede llegar a suprimirla, siendo particularmente crítico el ejercicio de pura fuerza que una detención provisional normalmente establece. Y para explicar este fundamento del control de la detención con base en la protección de este derecho fundamental de Libertad.

¹²⁴ Yazmin Elizabeth Campos Ávalos, La fundamentación del auto de detención provisional, (Trabajo de graduación para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2008) 111 y 112.

¹²⁵ Carlos Alberto Martell Brizuela. 29.

El Autor Hernando León, habla de la finalidad de la detención como “un fin previsto y permitido” en donde el control jurisdiccional que tienen los jueces puede dar lugar a arbitrariedades ya que es evidente que mientras una persona está privada de libertad es más vulnerable como sujeto pasivo del proceso que estando en libertad y es por ello que considera, debemos de poner énfasis en que esa detención cumpla con su fin de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y no desviarnos a otros fines como lo son la obtención de prueba ilícita por medio de vejaciones y torturas que concluyen en confesiones bajo esta misma prisión.

En este punto es necesario hacer un paréntesis ya que en nuestra actual jurisprudencia los jueces optan por la no aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional como castigo individual del imputado, ya que como es bien conocido por todos los salvadoreños, los Centros Penales no precisamente tienen en su mayoría las condiciones mínimas necesarias para resguardar a un encartado, es necesario hacer ver que el solo hecho de estar detenido provisionalmente constituye una prevención individual ya que los Centros Penitenciarios están combinados los Condenados con los Procesados y son tratados de la misma manera a todos, siento esto lo incorrecto ya que las libertades que se les tienen que limitar a los condenados son distintas a los procesados.¹²⁶

Como ejemplo claro podemos traer a cuenta que una de las limitantes para los condenados al adquirir firmeza la sentencia condenatoria es que queda descartado para que pueda emitir su sufragio como derecho y deber ciudadano y siendo el caso que los procesados al no haberseles comprobado y vencido en juicio oral y público su culpabilidad aún pueden ejercer ese derecho

¹²⁶ Londoño Berrío Hernando León, La detención preventiva en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, 59.

ciudadano, sin embargo se les ve infringido debido a que sería bastante difícil tener un control para que el día de elecciones se pueda trasladar a los procesados a sus diferentes centros de votación, sin embargo, como todo, eso no es imposible, pero claro está, la modificación de este “procedimiento en la práctica” conlleva a un aumento en el presupuesto para el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, o bien se tendría que crear Centros especiales de Prevención.

2.3.2. Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba

Asegurar el éxito de la Instrucción, según nuestro proceso penal la instrucción es aquella etapa procesal en la que el Fiscal autorizado recaba todos los medios probatorios para fundamentar su acusación, en la que la finalidad es una posible condena.

En cuanto a la ocultación de futuros o los presentes medios de prueba podemos decir que este consiste en aquel peligro que el imputado realice una actividad que obstruya el proceso, ocultando, destruyendo, o bien atentando de otra forma contra la prueba del proceso e incluso contra la víctima porque en muchos de los casos y delitos el principal medio de prueba por costumbre del proceso salvadoreño es el testimonio y la víctima es quien se vuelve vulnerable y teniendo presente en base a la jurisprudencia consultada en esta investigación, la víctima usualmente frecuenta el mismo medio físico que el imputado, y veremos que el procesado puede pasar todos los demás exámenes para la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional pero el solo hecho que el imputado viva cercanamente a la víctima es un criterio para no optar por medidas sustitutivas.

2.4. Características de la detención provisional

Y como lo dice Carlos Valle, “la libre responsabilidad”¹²⁷ que hace alusión a que la libertad personal no es absoluta, es decir, Constitucionalmente somos libres, de realizar actos, de expresar nuestros pensamientos y muchas libertades más; sin embargo, en la medida en que contravengamos a las leyes previstas esa libertad es válida restringirla siempre según las leyes anteriormente establecidas y de acuerdo a los procedimientos para ello es así que se basan en las siguientes características para limitar esa libertad cuando realizamos actos antijurídicos enmarcados a realizarle un daño a otro ser de la sociedad salvadoreña.

Conviene para este subtema, analizar el grado de aplicabilidad de las características comunes de las resoluciones cautelares penales a las específicas de la detención provisional.

Estas características dentro del proceso penal, son perfectamente aplicables a las otras medidas de la misma naturaleza como la fianza y el embargo; en tal sentido, se hará un breve estudio de tales características.

2.4.1. Instrumentalidad

Esta característica basa su existencia en tanto exista otro proceso principal, del que tienden a garantizar su resguardo y las medidas cautelares deberán extinguirse cuando el proceso principal termine, la Instrumentalidad de la detención provisional indican que estas deberán ser acordadas únicamente, por motivos procesales de aseguramiento del proceso, evitando así, el riesgo de fuga y la obstrucción del proceso que puedan frustrar los fines del mismo¹²⁸

¹²⁷ Carlos Salido Valle, I.U.C.; Sanguiné, Odone, Prisión Provisional. 79.

¹²⁸ José María Rifa Soler y José Francisco Vals Gombáu, Derecho Procesal Penal. 162.

Sobre esas finalidades que ya hemos hecho mención, se tiene que aún pueden ser logradas a través de otras medidas con menor gravedad, lo que hacen inviable la aplicación de la detención provisional. La Instrumentalidad de esta cautela está regulada en el inc. 1º del Art. 340 del Código Procesal Penal, cuando ordena tratar como inocente al imputado detenido provisionalmente, y considerarlo como alguien detenido en prisión con la finalidad de comparecer en el procedimiento o cumplir la pena.

2.4.2. Provisionalidad

Las detención provisional como medida cautelar personal no son definitivas como lo es en el caso de una Pena, por el contrario pueden ser dejadas sin efecto o ser adoptadas de nuevo a lo largo del proceso penal, según varíen o se modifique las circunstancias por las cuales fueron adoptadas y esto va muy estrechamente relacionada a la característica posterior de *rebús sic estantibus* como lo veremos a continuación.

De la provisionalidad se puede decir que la detención provisional se reviste principalmente de temporalidad es decir, su duración ha sido establecida con límites en las leyes, de esa manera se ha fijado un plazo máximo de duración y que esta medida no podrá exceder como lo dice nuestro código penal de doce meses para delitos menos graves y veinticuatro meses para los delitos graves.

Cabe resaltar que este presupuesto es, aun, muy utilizado en nuestro día a día judicial es decir, es común que en los procesos penales, a los imputados les decreten medidas sustitutivas a la detención provisional, quizás no porque sean merecedoras o cumplan con todos los requisitos para su adopción sino más bien porque el plazo ha excedido.

Por esta parte es lamentable que la sobrecarga judicial les haga tomar este tipo de decisiones ya que muchos imputados con varios delitos en sus expedientes son procesados en libertad quizás por la falta de diligencia de las partes o por la misma sobrecarga y a nuestro parecer se debería de buscar una salida a tal situación ya que la investigación requiere de muchos elementos como tiempo, economía de parte del Aparato Estatal, para que se gaste todo ello con el fin de hacer cumplir la ley y que por un error de falta de observación en el proceso o falta de diligencia en el mismo los casos queden paralizados ya que veremos que a los indiciados que se les aplican estas medidas por esta razón ya no vuelven al proceso y es así como queda la impunidad de muchos delitos, es decir, hay que ser más diligentes con este tipo de problemas judiciales ya que de nada le sirve al estado invertir en punidad si por errores que en gran medida se podrían evitar se deja en el limbo todo aquello que se invirtió para la consecución del fin que es una posible condena.

2.4.3. Obedecer a la regla *rebús sic stantibus*

La teoría de la Imprevisión es conocida en jurisprudencias como la española, da lugar a un amplio conocimiento de esta regla; pues la variabilidad, fundada en la regla *rebús sic stantibus*, y la temporalidad, las cuales es fácil confundirlas entre sí y con la provisionalidad.

La variabilidad de la medida cautelar consiste en la mutación de las condiciones del *periculum in mora* o bien, del *fumus boni iuris*, lo que significa que toda disminución en cualquiera de estos dos presupuestos será razón suficiente para modificar, revocar, levantar o sustituir las medidas cautelares impuestas. En razón de ello, esta característica significa que deberá mantenerse la detención provisional solo si se cumple la finalidad procesal por la que fueron impuestas y en el momento que desaparezcan así mismo deberán desaparecer la medida cautelar acordada.

Según la Sala de lo Constitucional, esta característica se refiere a la variación o modificación del estado sustancial de los hechos que sirvieron de fundamento a la providencia cautelar; así queda expresado en lo siguiente:

“...es necesario señalar que las medidas cautelares se rige por el principio rebús sic stantibus, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aún su revocación, siempre que se altere el estado sustancial de los datos por los cuales se adoptaron. Sobre la base de tales premisas, se debe afirmar que calificar si se han modificado las circunstancias que permitieron adoptar una providencia asegurativa corresponde a la autoridad que conoce de los hechos por su necesaria inmediación con el caso llevado a su conocimiento, de manera que tal labor no compete a esta Sala”. ¹²⁹

2.4.4. Jurisdiccionalidad

La medida cautelar personal de la detención provisional solo pueden ser acordadas por el órgano judicial competente, en ese sentido, si bien existen medidas cautelares que pueden ser practicadas por la Policía Nacional Civil, inclusive por particulares, la misma requerirá la corroboración judicial, siendo en ese instante en donde se adoptan para la decisión final sobre la procedencia de aquella.¹³⁰

Esta consiste no solamente en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio.¹³¹ Pone al juez en una situación en que su control tiene alcances limitados ya que, al resolver sobre su procedencia, se actúa con criterios de urgencia y se dispone de

¹²⁹ Sala de lo Constitucional, *amparo*, Referencia: 744-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 7/1/2005 Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005) 133.

¹³⁰ Sendra Gimeno, Vicente, Lecciones. 264

¹³¹ Ferrajoli: 19951. 555. Sobre el carácter punitivo de la Detención Provisional, cfr.

mínimos antecedentes, que son proporcionados por la parte interesada en obtenerla y que la otra no está en situación de controvertir.

Así mismo, los órganos de la administración ni pueden optar por una medida cautelar de esta índole, de restricción a La Libertad ambulatoria, ya que corresponde únicamente su aplicación exclusivamente al Órgano del Poder Judicial.

2.4.5. Homogeneidad

En el proceso penal, es de tener muy en cuenta que, la pretensión de llevar a juicio al imputado no debe determinar en una forma mecánica la privación de libertad del mismo, ya que de acuerdo a las circunstancias *sui generis* de cada caso, podrá optarse a hacer uso de medidas cautelares que no tengan siempre que pasar por negarle al detenido su derecho a la libertad.

Dicho lo anterior, que las medidas cautelares sean homogéneas, esto significa la existencia de una relación entre la medida cautelar adoptada y la medida definitiva esperada como resultante de la sentencia, adoptar la detención provisional como medida cautelar debe garantizar la eficiencia en el ejercicio de derechos que posteriormente serán declarados en la sentencia, y es de esta manera que el doctrinario López Ortega define esta característica, y establece que: *“Las medidas cautelares, sin ser idénticas, son homogéneas con las medidas que tienden a pre-ordenar”*,¹³² debido a que la medida cautelar se dirige a garantizar los futuros efectos de la sentencia, en cierto modo, anticipa los efectos de la resolución definitiva.

¹³² Juan José López Ortega, Las Medidas Cautelares, en Casado Pérez, José María y otros, “Código Procesal Penal Comentado”, (Tomo II, Primera Edición, Impresos Maya septiembre 2001) 211.

La homogeneidad es básicamente una exigencia para las medidas cautelares, es decir, que representa un límite a sus efectos. Según su formulación inicial, la homogeneidad de las medidas cautelares implica una semejanza entre éstas y las ejecutivas, pero además, y esencialmente, una prohibición de identidad entre ambas; De hecho, parece que la homogeneidad integra el concepto de idoneidad: la semejanza entre medidas cautelares y ejecutivas puede tener su causa en que el parecido material las hace idóneas para el aseguramiento de determinadas sentencias. Visto así, la homogeneidad propiamente dicha sería sólo la prohibición de identidad entre ambas medidas. En tanto, se defenderá, no pueden existir medidas cautelares indeterminadas, la exigencia de homogeneidad puede sustituirse, en la teoría general de medidas cautelares penales, por las de idoneidad y proporcionalidad strictu sensu (esta última impide vaciar de contenido el derecho afectado con la imposición de una medida cautelar).

La homogeneidad explicada en palabras simples es aquella adecuación de la medida cautelar que se adopta con la pena que se espera obtener, por ejemplo, en un delito de previa instancia particular, como puede ser el caso de la injuria, si se le decretan medias cautelares no se le aplicará la medida de Detención Preventiva ya que la pena que se espera obtener es incluso sin prisión, en la contraparte podemos ejemplificar el caso de una violación a menor incapaz, especialmente si se tratare de un menor a los cinco años el juez deberá realizar una ponderación de la pena con la detención y más aún si el menor es un familiar cercano a la víctima que puede seguir cometiendo el delito o atentar contra el testimonio de ella, no es posible que los jueces consideren dejan en medidas sustitutivas como no salir del país y firmar cada cierto período sin valorar que atentan gravemente con los principios de las medidas cautelares ya que retomando la finalidad de estas, es garantizar la

pena y muy probablemente se dará a la fuga el imputado o podría obstruir a la investigación o modificar o destruir prueba.

En este sentido hay que ser precavidos y es acá el centro clave de esta investigación, hay que tener cuidado con la adopción de criterios para adoptar o no adoptar cierta medida cautelar, ya que bienes jurídicos que están por encima de muchos otros como la Libertad, La Vida, etc.

2.5. Regulación legal

Al estudiar las “medidas cautelares en materia penal” es evidente encontrar, además de una desorganización legislativa y la ausencia de una teoría general, un especial distanciamiento entre las dispersas propuestas teóricas y la práctica forense en esta materia.

Más allá de la advertida situación legal y doctrinal, la sentida necesidad de abordar una sistematización de este tipo de medidas viene dada por una inevitable preocupación por el futuro, puesto que no puede sostenerse, en nuestra opinión, una situación como la actual, en que el estudio y análisis de las medidas cautelares penales resulta excesivamente complicado y su aplicación, en consecuencia, normalmente superficial y automática.

Una correcta sistematización, facilitará un buen aprendizaje, y un buen aprendizaje favorecerá, a su vez, una correcta aplicación por parte de futuros y presentes abogados, jueces y fiscales.

La actual regulación de la prisión provisional, fruto de un importante esfuerzo doctrinal, tanto científico como jurisprudencial, mostrará hasta qué punto la anterior reflexión es factible o sólo una muestra de exceso de ingenuidad.

Dicho lo anterior debemos de citar la constitución como aquel conjunto de normas, principios y valores reconocidos por una sociedad, con el objeto de

establecer los fundamentos de la convivencia nacional sobre la base del respeto a la dignidad de la persona humana, convirtiéndose el principal cuerpo normativo, que regula el presente tema, puesto que en ella se encuentran los cimientos para desarrollar la legislación necesaria y alcanzar la armonía social.

En la actual Constitución de la República, la detención provisional no experimentó mayores cambios; la única diferencia en su regulación es la modificación del término de la detención para inquirir, el cual, de tres días se cambió por el de 72 horas. Aparte de este cambio, el fundamento constitucional de tal esta medida no varió en lo más mínimo.

Nuestra carta magna establece una serie de derechos y principios que marcan un lineamiento que las medidas cautelares como la detención provisional tiene que seguir.

Para entender la forma en que la detención provisional opera, se debe de tener presente tres cosas muy importantes: 1) el derecho a la libertad; 2) el juicio previo; 3) presunción de inocencia. El artículo 2 de la constitución de la república establece que “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.”, de la misma manera, encontramos el principio o derecho al juicio previo, según el cual, no puede privarse de su libertad a ninguna persona sin que ésta haya sido previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, así lo establece el artículo 11 de la Constitución: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”, consecuentemente, toda persona es revestida del principio o presunción de inocencia, “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y

en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa” así lo estipula el artículo 12 de citado cuerpo normativo.¹³³ Otorgando con ello un punto de partida al tema en estudio.

En la Constitución de la República se encuentran los cimientos para desarrollar la legislación necesaria para alcanzar la armonía social, pues esto, debe ser entendido como un conjunto de normas, principios y valores aceptados por la Sociedad, con el objeto de construir los fundamentos de la convivencia social, sobre la base del respeto a la dignidad de las personas humanas. El Estado salvadoreño desde el Art. 1 de la Constitución reconoce a la persona humana como el origen y el fin de su actividad, y es en atención a ese reconocimiento que está organizado para conseguir la justicia, la seguridad y el bien común. En ese sentido, es su obligación: *“...asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social...”*

Por otro lado el Art. 11 desarrolla el derecho al juicio previo, el cual señala, que no puede privarse de su libertad a ninguna persona sin que ésta haya sido previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, en atención a este principio una persona debe de ser condenada en un juicio y sólo entonces puede sufrir una pena privativa de libertad, y restringirse o limitarse este derecho humano fundamental, salvo casos excepcionales en los que se impone al procesado una detención provisional y no una medida sustitutiva a la misma. Los fundamentos constitucionales de la motivación de la detención provisional siempre son los mismos para toda clase de resolución judicial, es decir, la seguridad jurídica y el derecho de defensa, establecidos en los artículos 2 y 12, respectivamente de la Constitución.

¹³³ Constitución de la República (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1983).

En virtud de estos dos fundamentos la motivación de esta medida cautelar reviste importancia constitucional en el proceso de hábeas corpus, volviendo procedente decretar la libertad del imputado en los casos donde se demuestra la falta, insuficiente o incompleta motivación de los fundamentos fácticos y jurídicos de la detención provisional.

Todo proceso tiene como fin, la eficacia de la persecución penal y garantía de los derechos esenciales del imputado en la resolución del conflicto penal. Así, para poder cumplir a cabalidad estos objetivos, es que surge el concepto de medida cautelar como sistema de autodefensa del ordenamiento jurídico; que asegura la consecución del proceso, ante el posible daño jurídico, si se burlan las sanciones impuestas al imputado, en la medida en que quede en libertad y oculte la verdad o provoque la inaplicabilidad de la ley penal, pues la función jurisdiccional debe juzgar, y poder ejecutar lo juzgado.

Esta es la razón de la existencia de las medidas cautelares de carácter personal en el proceso penal, la cual es lógica y racional, pero a su vez, es una justificación para vulnerar un derecho superior como es la libertad ambulatoria; ya que con el objeto de garantizar los objetivos del proceso se produce el daño colateral de restringir la libertad ambulatoria de una persona a la cual se le atribuye un hecho constitutivo de delito, pero que no se la ha oído ni vencido en juicio.

Debe asegurarse el cumplimiento del proceso penal y garantizar la ejecutoriedad de la sentencia; ya que es una deuda con la sociedad que aspira a vivir en armonía y sobre todo se debe tomar en cuenta a la víctima de los delitos. Sin embargo, es de recordar que la ley está sometida a ciertos pilares de existencia entre ellos la igualdad; por tanto hay que entender que igual derecho tiene quien es víctima de un delito como el imputado que está siendo sometido a un proceso judicial.

Aunque muchas veces es olvidado pero debe reiterarse que el imputado tiene derechos y uno de ellos es ser considerado inocente, además tiene derecho que se le realice una investigación que concluya con una sentencia definitiva y justa, la cual puede ser condenatoria o absolutoria; ya que condenando o absolviendo, de ambas maneras se hace justicia, y esto es lo que los jueces deben valorar al momento de aplicar una medida cautelar a una persona a la que se le atribuye el cometimiento de un delito; ya que son ellos los obligados de la aplicación correcta de la ley en su integridad, y no deben estar condicionados por prejuicios o sentimentalismos que puedan nublar la percepción y el criterio meramente jurídico.

Por ejemplo es posible mencionar, que al iniciar un proceso en donde el imputado tenga apariencia de ser culpable del delito, este no debe ser tratado como culpable, ya que la imputabilidad no es sinónimo de culpabilidad, si no que hace referencia a una persona que simplemente está siendo investigada, y que probablemente en otro momento del proceso podría ser encontrada culpable, pero mientras ese momento no llegue, él debe ser considerado y tratado como inocente; y la razón fundamental es que no existe la sentencia firme que destruya dicha calidad.

En ese sentido, la autoridad competente está obligada a respetar la normativa constitucional y aplicar todas las garantías y derechos del imputado; quien ostenta la calidad de inocente, la cual debe prevalecer en todo momento del proceso desde su inicio hasta su culminación; puesto que de lo contrario de nada serviría iniciar un proceso en que se busque la verdad material y real de cómo sucedió el delito y quien con certeza lo realizó; si no se respetaran hasta las más mínimas garantías, como la asistencia del defensor, el derecho a contradicción y sobre todo la presunción de inocencia, el proceso penal sería improcedente.

El lector no debe confundirse con la idea que la detención provisional es una ilegalidad; pues al aplicarla respetando su naturaleza, como medida provisional momentánea y de carácter de última ratio, esta es una figura útil para el desarrollo del proceso penal.

El problema coyuntural con la medida cautelar analizado es que se ha desnaturalizado y no se aplica acorde a sus existencia doctrinal y legal, ya que se aplica de manera casi obligatoria en los delitos de acción pública; su duración no está reglada según principios psicológicos; y con respecto a la presunción de inocencia, muchos menos a la libertad ambulatoria.

Tal parece que el comportamiento de los legisladores y de los aplicadores de justicia es el de enfrentar el delito con un delito aún más grande que el que se trata de investigar, tratando a los imputados como presuntos culpables del delito, a los cuales previo al desarrollo del proceso se impone la sentencia. Pareciera ser que la idea de las autoridades competentes que dirigen la investigación, es que en todos los casos la sentencia sea condenatoria, sin dejar ninguna posibilidad de culminar el proceso con la absolución del imputado.

En este orden de ideas, se corre el peligro de intercambiar los papeles, ya que sería el Estado el que estaría adecuando su conducta en la antijurídica, y el imputado se transformaría en el sujeto pasivo de un delito, lo que generaría una dificultad jurídica, pues generaría que esa detención se transformara en una detención ilegal, ya que una detención que se transforme en prisión preventiva por más de 3 o 5 días, deja de ser cautelar, preventiva o provisional pues su duración puede ser considerada como una sanción penal, puesto que el imputado sea o no sea responsable, ya ha empezado a pagar una pena, por un delito cuya sentencia definitiva aún no se ha emitido, consecuentemente la

responsabilidad no ha sido determinada, su inocencia no ha sido destruida ni su culpabilidad demostrada.

Y por otro lado, estas medidas se establecen con un carácter excepcional, debiendo existir proporcionalidad entre la utilidad de ellas en la persecución penal, frente a la afectación de los derechos del imputado, quien se encuentra investido de la presunción de inocencia; no pudiendo en principio sufrir ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto estos no se vean afectados por la imposición de una pena.

El ordenamiento jurídico Salvadoreño es un sistema en el que unas normas están subordinadas a otras de mayor jerarquía y en ese sentido se realiza un análisis jurídico a fin de ubicar el principio de inocencia, La libertad Personal, y medidas cautelares; iniciando con el análisis del ordenamiento jurídico constitucional, siguiendo con los tratados internacionales los cuales se ubican en segundo lugar de jerarquía por encima aun de las leyes, pues están en tercer lugar.

2.5.1. Código Procesal Penal Salvadoreño

El inciso primero del Art. 1 del Código Procesal Penal apunta que el objeto del juicio penal es establecer la existencia de una infracción penal, averiguar quién o quiénes la cometieron y sancionar o absolver a las personas que resultaren o fueren declaradas culpables o inocentes. Por lo cual, no se podrá condenar a una pena ni someter a una medida cautelar a una persona sin antes haberse sometido a un juicio que deberá de concluir con una sentencia firme, que dictara la situación jurídica de una persona.

Por lo tanto resulta claro entonces, que de parte del Estado el objeto principal del proceso penal está encausado en efectivizar el *Ius Puniendi* respecto del sujeto acusado de cometer la infracción penal, y asimismo, como objeto

accesorio satisfacer el derecho privado del particular ofendido sobre el que recae la acción criminal del agente. Para lograr estos objetivos, es indispensable que el juzgador tenga a disposición suya al acusado, en principio para realizar una investigación efectiva, luego para juzgarlo y finalmente para que cumpla la pena que se imponga en caso de ser encontrado culpable.

La disponibilidad del acusado en el proceso penal se logra a través de una serie de medidas que tienden a asegurar la persona del imputado en el proceso penal, denominada: Medidas Cautelares Personales, como la detención para inquirir y la detención provisional, siendo esta última objeto principal de éste apartado; es así que en nuestro Código Procesal Penal, en su Art. 329 regula los presupuestos procesales bajo los cuales se debe decretar la detención a una persona tomando como supuestos fácticos: primero, que esté suficientemente comprobado el cuerpo del delito y segundo, que hayan elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo. Es por ello que los jueces toman de base solamente el artículo antes mencionado.

Lo anterior hace referencia al Principio *Fumus Boni Iuris*, que significa apariencia de buen derecho, y esto da como consecuencia que el juez no motive su resolución; en cuanto al otro principio que es el *Periculum in mora*, que significa peligro de fuga o peligro de obstaculización de la investigación, el Código Procesal Penal no regula tal situación y es esa la causa principal por la cual no se impone otra medida sustitutiva generando una pena anticipada.

2.5.2. Tratados Internacionales

El derecho procesal penal es un derecho constitucional aplicado y para ello se establece la jerarquía de las normas el Art. 246 de la Constitución, hace referencia a la prevalencia de la Constitución sobre leyes y reglamentos, es

necesario mencionar que estos derechos y garantías constitucionales, no pueden ser vulnerados por las leyes que regulan su ejercicio.

La Constitución de la República es la norma primaria, todas las demás normas jurídicas están subordinadas a esta. Los tratados Internacionales son normas que nacen por acuerdos, pactos, de carácter internacional celebrados generalmente entre Estados; puesto que puede celebrarse por sujetos de derecho internacional regidos por los mismos Estados parte y destinado a producir efectos jurídicos.

Una vez que el Estado de El Salvador Celebra un tratado internacional, y este es ratificado por el órgano legislativo, se constituye en ley de la república; al entrar en vigencia éste pasa a ser norma interna y por lo tanto los sujetos puede ampararse en este derecho objetivo. Los tratados internacionales están por encima de las leyes, según se dice en el artículo 144 de la Constitución Inciso segundo, de la constitución el cual prescribe “en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado”.

Lo acordado en un tratado no puede contradecir los preceptos constitucionales, en caso de darse lo contrario, cualquier ciudadano puede pedir la declaración de inconstitucionalidad, conforme al art. 183 de la Constitución. Siguiendo el mismo proceso para la inaplicabilidad de tratados, leyes y reglamentos. La ley encuentra su fundamento y proceso de creación en la Constitución de la República en el art. 133 y Siguientes.

Dentro de las leyes se encuentran un cúmulo de normas jurídica que tienen íntima relación con el código procesal Penal.

En el artículo 13 de la Constitución se han establecido los mecanismos para que los jueces puedan en un determinado momento hacer uso de las medidas sustitutivas a la detención provisional, y es por eso que la República de El

Salvador al igual que otros países ha suscrito sobre este tema Tratados Internacionales que protegen y regulan el goce de esos derechos y su base se sustenta en el Art. 144 de la Constitución, que literalmente dice: "Los Tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con Organismos Internacionales constituyen leyes de la República y al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. En caso de conflicto entre el Tratado y la ley prevalece el Tratado". Este artículo más que todo da la pauta para integrar al Derecho Interno los Tratados ratificados por el Estado de El Salvador.

Entre los Tratados que la República de El Salvador ha suscrito tenemos: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el Art. 9.3 establece "Que la prisión preventiva de las personas que han de ser juzgadas no debe ser la regla general", asimismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art. 7.5 dice: "Que toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario...", tendrá derecho a ser puesto en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Las Reglas de Tokio adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, contienen una serie de Principios básicos para promover la aplicación de las medidas no privativas de libertad, las cuales no constituyen ley de la República.

En el Art. 3.2 dice: "Que la selección de una medida no privativa de libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de la víctima" como se puede apreciar este artículo sienta las bases de lo que han de tomar en cuenta los juzgadores al momento de imponer una medida privativa a la libertad. Los instrumentos internacionales antes mencionados en relación con el Artículo 144 de la Constitución constituyen el

fundamento legal para la adopción de medidas no privativas de libertad; basándose además en los criterios establecidos por las reglas de Tokio. Además de las anteriores podemos mencionar el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Asamblea General. ONU, 1989) Arts. 37 y 39, las cuales se refieren al derecho a que en el proceso penal la libertad personal sea la regla general y la prisión preventiva la excepción. Derecho a gozar de medidas cautelares distintas a la detención provisional.

2.6. Presupuestos de la detención provisional

Debe quedar claro que para aplicar la detención provisional deberá siempre estar presente el *fumus boni iuris*, con relación al peligro de fuga, o bien con relación al peligro de la obstrucción de la investigación de forma que no procederá la aplicación de una medida cautelar personal sino existiera el *fumus boni iuris*, aunque existiesen los otros presupuestos procesales y que no podría aplicarse una medida cautelar a un indiciado que no ha cometido un delito y tampoco concedería la medida cautelar si solo existiese el *fumus boni iuris* y los otros presupuestos, ya que atentaría contra la finalidad cautelar de la detención provisional y con ello se vulneraría el principio de presunción de inocencia.¹³⁴

De acuerdo con todo lo anterior los presupuestos para ordenar la detención provisional o los criterios de valoración para aplicar o no una medida sustitutiva a la detención deberán obedecer a motivos cautelares de aseguramiento del proceso, sin embargo, como se verá en el desarrollo más amplio de esta investigación, la legislación penal Salvadoreña y los criterios jurisprudenciales han dado cabida a presupuestos extra-cautelares o como se pueden

¹³⁴ Manuel Díaz Martínez, La introducción en el proceso penal de menores, (Madrid: Editorial Colex, 2003) 130.

denominamos, presupuestos extra-procesales ya que no se limitan al marco de la ley sino más bien toman de la realidad nacional criterios que le son analizados y se tornan de gran valor para la aplicación de una detención o una medida sustitutiva.

A palabras del jurisconsulto Barona establece: “ *Si bien el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal es el de garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, la realidad forense está justificando la adopción de medidas que, aun cuando se denominan cautelares se rigen por otros fines no cautelares, tales como la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para garantizar la tranquilidad de la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculpado (prevención especial); funciones que justifican conceptos tales como la alarma social, reincidencia, frecuencia, entre otros, a los que se refiere la ley al configurar los presupuestos de la prisión y libertad provisionales. El grave problema deriva en confundir la función coercitiva cautelar de estas ideas con otras funciones coercitivas no cautelares, pues no toda coerción supone función cautelar en el proceso penal*”¹³⁵

2.6.1. Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho)

Como ya lo hemos planteado en el desarrollo de la presente investigación este presupuesto procesal significa la existencia de elementos de convicción suficientes, que permitan establecer la posible comisión o participación de una persona imputada en el proceso penal, en la comisión de un delito regulado en la ley, ya que el presupuesto material de toda medida cautelar es la imputación,

¹³⁵ Silvia Barona Vilar, Derecho Jurisdiccional, 444 y José Antonio Moran Alarcón, Derecho procesal y Procesal de Menores, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002) 161.

pues sin imputado no existe posibilidad alguna para acordarla, y acá un poco antagonismo lo tenemos en cuanto al proceso civil, esta acreditación no se logrará a través de la prueba documental sino se estaría basando en el resultado de una investigación preliminar o bien de acuerdo a una actuación policial previa que compruebe este presupuesto.

Este criterio de valoración trata de la apariencia del buen derecho ejercitado, de su buen fin. Naturalmente, tal juicio entraña un cálculo de posibilidades sobre el cual será contenido de la sentencia, ponderación que ha de conducir a que esta probablemente será condenatoria, lo cual implica un pronóstico ineludible sobre el número de razones que así lo determinan y una valoración sobre la calidad incriminatoria de las mismas. “*Periculum in mora*”. Consiste en un juicio de probabilidad por el que se verifica el alto riesgo de que, durante el procedimiento, un evento, generalmente voluntario, impida o limite la resolución de fondo, o impida su ejecución, en el aspecto personal a través de la fuga del encartado.

El legislador tiende a objetivar la determinación de ese riesgo, al menos en orden a la adopción de la medida cautelar más grave, estableciendo un límite referenciado al tipo de pena aplicable al hecho delictivo investigado, por encima del cual entiende que existe riesgo de fuga.

2.6.1.1. Existencia de una imputación delictiva

Los elementos de convicción se refieren a la valoración subjetiva, que hace el operador de la Ley, pero esta valoración subjetiva debe de recaer sobre elementos objetivos que rodean el hecho; así pues, estos elementos de convicción suficientes, deben de ser exteriorizados por el titular, a fin de fundamentar esa convicción.

Estos elementos de convicción suficientes, no significa la existencia de una prueba en concreto. Para que esta imputación delictiva se materialice, tiene que existir la pretensión punitiva del Estado, reflejada en el derecho sustantivo y a la vez tiene que ser ejercitada por una conducta antijurídica, realizada por el sujeto activo del delito.

La imputación a la que se hace referencia no es aplicable a las faltas, ya que es propia de los delitos, por cuanto que las faltas no se les aplican la detención provisional.

2.6.1.2. Elementos de convicción suficientes para tener como responsable penalmente al encartado

Los elementos de convicción se refieren a la valoración subjetiva, que hace el operador de la Ley, pero esta valoración subjetiva debe de recaer, sobre elementos objetivos que rodean el hecho; así pues, estos elementos de convicción suficientes, deben de ser exteriorizados por el titular, a fin de fundamentar esa convicción. Estos elementos de convicción suficientes, no significa la existencia de una prueba en concreto.

2.6.2. Periculum in mora (peligro en La demora):

A diferencia del presupuesto anterior este se ha indicado en el proceso penal como peligro de fuga de tal forma que este presupuesto consiste en aquel peligro producido del retraso que sufre la tramitación de todo proceso penal y de la no consecución inmediata de sus fines, que el procesado evada el proceso, frustrando por consecuencia lógica los fines, este riesgo debe de ser tomado en cuenta y atendiendo la gravedad de la pena prevista para el delito cometido, así como a las características personales y sociales del imputado,

una vez valoradas, sean tomadas en cuenta para la probabilidad de fuga que tiene la persona.¹³⁶

2.6.2.1. Criterios objetivos

La gravedad del delito

En esa misma línea para aplicar la medida cautelar o no de la detención provisional es menester que la autoridad competente deberá tomar muy en cuenta la proporcionalidad de la medida acordada con relación al hecho cometido, así mismo de entre varias medidas hay que optar oír aquella que restrinja en menos medida los derechos del imputado, y que favorezca a su interés superior, optando como la privación de libertad como último recurso.

Las circunstancias del hecho.

En este criterio se plantea la necesidad de que el delito cause algunas condiciones para estimar que el procesado vuelva a cometer otro hecho delictivo; estas condiciones revelan la posibilidad de que si el imputado es puesto bajo una medida cautelar sustitutiva de la detención provisional, abría la posibilidad potencial, de que este sujeto cometa otra infracción penal.

Entre estas condiciones se encuentran: a) la alarma social, es decir que el hecho sea de tal naturaleza, que cause repudio por parte de la sociedad y que este repudio sea generalizado, dando la posibilidad de que la sociedad, se sienta segura al estar el sujeto en detención provisional, este criterio no cumple con los postulados de las medidas cautelares, más bien, es un criterio utilizado para las medidas de seguridad; b) Frecuencia, al igual que la alarma social, la frecuencia causa un malestar e inseguridad en la sociedad por cuanto el imputado ha cometido infracciones a la normativa penal de manera reiterada,

¹³⁶ VID. Juan Cámara Ruiz, Manuel Marchena Gómez, Ley Orgánica. 307.

dichas infracciones deben ser de la misma naturaleza y realizados por el mismo sujeto.

2.6.2.2. Criterios subjetivos

Estos criterios están determinados sobre la condición de la personalidad del imputado, es decir, que lo que se pretende, es establecer las condiciones del procesado, para poder adoptar una medida cautelar, en tal sentido, es que se tiene que establecer, en primer lugar, los arraigos en el lugar; es decir, que tenga familia y propiedades en el lugar donde habita; además las condiciones o posibilidades que tiene para viajar al exterior, antecedentes, que puede marcar un punto de partida para establecer la necesidad de decretar o no la detención provisional, de igual manera, encontramos la reiteración y habitualidad, la valoración de la apariencia física y la peligrosidad del imputado.

Arraigos

Pasando a un segundo plano referente a los criterios subjetivos del *periculum in mora*, se encuentran aspectos personales del encartado, como los arraigos, la problemática en este punto es que para el convencimiento de unos aplicadores de la ley los documentos como recibos de servicios básicos, testimonios de escrituras de bien inmueble, y cartas de constancia de trabajo tienen valor suficiente para aplicar medidas sustitutivas a la detención provisional ya que no se sustraerá de la justicia y para otros toda esa documentación no es suficiente para demostrar que no se evadirá.

Estamos claros que se necesita una armonía de criterios a valorar para decretar o no detención provisional pero en muchas ocasiones, como lo evidenciaremos en el desarrollo de la investigación, se proyecta cosa distinta,

pues son tomados criterios por si solos para decretar detención provisional y en otras ocasiones justifican que no es posible su motivación por si solos.

Un ejemplo de lo anterior podemos citar la resolución con referencia 185APE-2015 emitida por la cámara especializada de lo penal de San Salvador en donde conoce del recurso de apelación de la resolución emitida por el juzgado de instrucción especializado de Santa Ana, en donde decreta medidas sustitutivas al encartado. La cámara en esa resolución fundamenta que pese a que el delito es grave cuya pena probable oscila entre cinco a ocho años sin embargo se han presentado documentos que garantizan que el imputado va a estar atento a las resultas del proceso.

Otro ejemplo paralelo a este es la resolución con referencia APE-114-1CPRPN-2016¹³⁷ en donde la cámara segunda de la sección de oriente conoce del recurso de apelación de la resolución emitida por el juzgado segundo de paz de Jiquilisco en donde la cámara dice que la detención provisional es la medida cautelar más adecuada porque los arraigos que ha presentado el imputado no son suficientes para desvanecer o desaparecer el peligro de fuga.

Antecedentes

Este criterio tiene como base la conducta delictiva que precede al imputado, podemos observar que en la práctica forense como los impartidores de justicia de nuestro sistema penal salvadoreño, toman este criterio como indicativo o alerta de una posible fuga del imputado, esta valoración se da muy frecuentemente en muchas resoluciones, la cual se acredita por medio de constancias de antecedentes penales, informes de otros juzgados de procesos

¹³⁷ Cámara Segunda de lo Penal de la Sección de Oriente, Resolución de Recurso de Apelación, Referencia: APE-114-1-CPRPN-2016 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, diez de Octubre del año dos mil dieciséis) 6

penales fenecidos, etc., y esto logra aportar elementos para decreta o no la detención provisional.

Al analizar la jurisprudencia salvadoreña es importante estudiar la existencia de verdaderos arraigos para debilitar el peligro de fuga, ya que se refiere a aspectos personales del procesado, que conlleva a valorar sus antecedentes, arraigos, su carácter, condición y voluntad de someterse al proceso.¹³⁸

El problema en discusión es que este criterio no se encuentra regulado en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo un poco difícil establecer los alcances del mismo, dejando a libre discreción para los jueces y juezas su valoración, y es su falta de fundamento legal la que contradice el artículo 11 parte final de nuestra Constitución, por el doble juzgamiento realizado, en cuanto el juzgador que los valora en el fondo realiza un doble juzgamiento, convirtiéndolo en un juicio anticipado de culpabilidad, en contraposición al Art. 12 Constitución, con respecto a la presunción de inocencia.

Reincidencia y Habitualidad

Este criterio subjetivo hace referencia al comportamiento del imputado, a diferencia del criterio precedente, la reincidencia y habitualidad, se encuentra regulado de forma dispersa en nuestro sistema penal, la reincidencia delictiva la encontramos en el artículo 330 numeral 4° del Código Procesal Penal; mientras que la habitualidad se regula para los delitos de acción privada en el artículo 8 del cuerpo normativo antes citado.

¹³⁸ Esta parte es solo un fragmento de la resolución 465-APE-2015 Cámara especializada de lo penal, San Salvador, a las quince horas y tres minutos del día veinte de noviembre del año dos mil quince. La cual establece que al decretar una medida cautelar, y más el de la detención provisional, el juez conocedor de la causa tiene que llevar a un análisis tanto los criterios objetivos y subjetivos que logren desvanecer el peligro de fuga, y uno de las variables que se tiene que tomar en consideración es el tema de los antecedentes, el análisis de estos criterios logran determinar que la detención provisional es o no necesaria.

La reincidencia y habitualidad delictiva convierten a la detención provisional en una pena anticipada, distorsionando su naturaleza cautelar procesal de medida precautoria y de aseguramiento de las resultas del proceso; este mismo criterio existe en la doctrina progresista española, señalando la reiteración delictiva fundamentada en las ideas de la peligrosidad.

Apariencia física

Continuando con los criterios de tipo subjetivo, la “apariencia física de una persona tatuada” como presupuestos personales de los imputados, donde muchas veces el proceder no es el adecuado para determinar este punto, ya que genera inseguridad jurídica.

En resolución de la Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador con referencia 425-APE-2015, se hace el comentario, que debe de existir un Acto Urgente de Comprobación donde se determine que el imputado tiene tatuajes alusivos a una mara o pandilla, pero se señala que al interponer un recurso haciendo ver este punto, no se trata de atacar la investigación de Fiscalía, o la prueba que falta o no debió hacerse, sino más bien el yerro cometido por el Juzgador al pronunciar la misma.

Por ello la Cámara considera preciso aclarar que la “...apariencia física de una persona tatuada, por antiestético que le pueda parecer a cualquier persona, en su libertad de opinión, por sí solo no es una conducta penalmente relevante...”, en otras palabras para el Código Penal e incluso para la Ley de Proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, el solo hecho de tener tatuajes no es delito y ello es así porque la responsabilidad penal no puede derivarse de “las características físicas o de vestimenta de un individuo, porque si se permite eso, estaríamos incurriendo en un “derecho penal de autor”, en lugar de un

“derecho penal de acto, entendiendo que el derecho penal de acto, es aquel que sanciona “las conductas, o actos penalmente relevantes”, sean estos de comisión u de omisión.

De lo anterior tenemos que no porque una persona tenga o no tatuajes alusivos o no a la pandilla, ya con ello se acredita su culpabilidad o inocencia en el delito, pues debe existir prueba que acredite de manera certera que es miembro de la pandilla, por la realización del Acto Urgente de Comprobación consistente en Inspección Corporal del imputado no es una diligencia necesaria o forzosa, más aun tomando en consideración que existe la libertad probatoria, y este es el error que genera un problema al valorar la sustitución de la medida cautelar de la detención provisional, configurándose en una pena anticipada.

El problema radica cuando las resolución emitidas por los juzgadores, es contraria a derecho, en razón de que muchas de esos fallos se fundamentan en una afirmación dogmática que no contiene sustento legal, ya que en algunos caso parte de una presunción o criterios subjetivos, fuera de lo que regula el artículo 144 del Código Procesal Penal, vulnerando en un primer momento derechos y principios tanto constitucionales, penales y procesales, hasta caer con ello, en una pena anticipada.

Peligrosidad

El criterio de Peligrosidad se refiere a que la coyuntura social que atraviesa el país, existen estos grupos denominados maras o pandillas, estos muchas veces al ser identificados por uno u otro ya se le aplica este criterio ya que son grupos considerados peligrosos, que atentan con la paz pública y automáticamente se le decreta Detención Provisional, eso lo desarrollaremos a continuación:

Cabe mencionar el término acuñado por Raffaele Garofalo a finales del siglo XIX “Atemorización” entendida como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo”. Es de este término del que deriva el concepto de peligrosidad el cual mide y computa la importancia del daño causado con el delito, la potencia delincencial de su autor y la probabilidad de reiteración del accionar delictivo por el mismo transgresor.¹³⁹

Se entiende por lo tanto que, una persona será considerada peligrosa cuando se crea que puede causar un daño o que puede cometer un acto delictivo, lo cual significa, que no es necesario que una persona cometa previamente un delito para que sea considerada como una persona peligrosa. Esto hace que existan dos tipos de peligrosidad y según Sergio Correa García¹⁴⁰ las podemos definir de la siguiente manera:

Peligrosidad social: Individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlos.

Peligrosidad criminal: Individuo que siendo delincuente puede volver a violar la Ley penal.

La diferencia que existe entre estos términos es que la peligrosidad social aparece antes del hecho delictivo o antes de la violación de la ley, y por el contrario, la peligrosidad criminal se da cuando se produce la violación de la ley.

Hay que mencionar también, que la peligrosidad es determinada por el Juez o por el Tribunal en función de la personalidad del sujeto, propensión del sujeto a ciertas conductas. Podemos decir, que es por lo tanto una institución

¹³⁹ A. W. Rodríguez. y B. Galetta. (2001): *Fundamentos del derecho penal y criminología*. Argentina: Juris.

¹⁴⁰ Sergio García: Peligrosidad. Recuperado de:
[Http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/15.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/854/15.pdf)

criminológica y no jurídica. De ese modo, dichas circunstancias del autor permiten relacionar la acción del sujeto tanto con el delito cometido como con la posibilidad de que el sujeto vuelva a cometer otro delito.

Por lo tanto, la peligrosidad criminal se basa en un juicio de probabilidad de que un sujeto llegue a cometer un acto delictivo. Debemos tener en cuenta que se trata de una peligrosidad post delictual, lo cual significa que para poder determinarla es necesario que el hecho delictivo se haya cometido previamente.

Las medidas cautelares no se fundamentan en la peligrosidad del individuo; si bien es cierto que hoy en día este es un criterio que los jueces toman muy en cuenta para establecer las medida cautelar de detención provisional y no la de medidas sustitutivas a la misma, atendiendo a la peligrosidad criminal del sujeto, esto no es aplicado de acuerdo a los parámetros que doctrinariamente, jurisprudencialmente y hasta la misma Ley establece, ya que los jueces están decretando este tipo de medida cautelar a sujetos que pertenecen a un grupo de crimen organizado o a grupos delincuenciales denominados “pandillas” o “maras” por el simple hecho de pertenecer a un grupo criminal de este tipo o el hecho de tener tatuajes en sus cuerpos, sujetos con estas características ya son catalogados como sujetos que generan un “estado de peligrosidad” los cuales, esto no supone la comisión de un hecho tipificado como delito, tal como lo sostiene la Cámara Especializada de lo Penal de San Salgado en referencia 425-APE-2015, dictada a las a las ocho horas con quince minutos del día veintiséis de octubre del año dos mil quince,327-APE-16, dictada a las doce horas treinta minutos del día veintinueve de junio de dos mil dieciséis.

Esto se realiza haciendo referencia a la forma o manera de la comisión del ilícito penal, por su especial violencia u otras circunstancias anormales que concurren en su realización, que revelan una virtud de peligrosidad del

imputado de forma tal que la no adopción de la medida cautelar supondría el riesgo de una posible reiteración delictiva por la misma persona.

De igual forma, en la resolución de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006, se sostuvo que la detención provisional tiene una naturaleza netamente asegurativa; y por tanto no se puede caracterizar como una sanción derivada de la infracción a una norma penal sustantiva. Por el contrario, es útil para el juzgador penal, a fin de ejecutar lo juzgado y evitar que el resultado del proceso quede burlado ante situaciones que podrían ser aseguradas mediante la tutela cautelar.

A partir de estas consideraciones, que se han reiterado en múltiples pronunciamientos previos por parte de las Cámaras de lo Penal, Cámaras Especiales de lo Penal, Sala de lo Constitucional, en donde, en diferentes resoluciones se ha configurado la naturaleza de la medida cautelar con una concepción eminentemente procesal, y sólo bajo tal razonamiento su justificación adquiere sustento procesal y constitucional; de esta manera, también se descarta *in limine* que dicha medida pueda fundamentarse en criterios extra-procesales, control del crimen, peligrosidad social, prevención general e iniciación, entre otras tesis históricas que se han desarrollado en ese sentido.

CAPÍTULO III

MEDIDAS SUSTITUTIVAS

Una de las clasificaciones dentro de las medidas cautelares podemos encontrar la aplicación institución menos restrictiva a la detención provisional, pero que pueden compartir diversos aspectos similares, por lo que es necesario establecer un claro concepto de medidas sustitutivas, realizar una distinción entre medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional, teniendo en cuenta un desarrollo de las medidas sustitutivas en El Salvador para observar su evolución y finalidad de las medidas sustitutivas que se encuentran reguladas en el código procesal penal salvadoreño. De esta manera obtener una perspectiva constitucional de las medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional y poder establecer una comparación de la normativa internacional de las medidas sustitutivas a la detención provisional aplicadas en la legislación penal salvadoreña.

3.1. Concepto de medidas sustitutivas:

Las medidas sustitutivas o alternativas, son medios o instrumentos jurídicos procesales, que dispone el órgano jurisdiccional (juez), para interponerlas siempre aplicando los principios de excepcionalidad en el proceso penal, limitando todo tipo de medida coercitiva que restrinja la libertad del indiciado, haciendo efectivo los derechos y garantías constitucionales del imputado. La medida sustitutiva, es aquella que sustituye una medida cautelar de cierto rigor por una más flexible o que se adapta al caso concreto.

Es una forma de aplicar una medida alternativa a la prisión preventiva, para que los imputados, no estén en prisión antes de que se les dicte sentencia condenatoria o absolutoria instruido en su contra. Por lo tanto las medidas

sustitutivas constituye una excepción a la prisión preventiva, y para el sindicado un beneficio, por supuesto este beneficio estaría sujeto a una serie de condiciones que el Código Procesal determina, así como prohibiciones que el sindicado debe cumplir.

*La libertad provisional*¹⁴¹, consisten básicamente en una restricción de la libertad adoptada en el curso del proceso penal mediante la cual se asegura su presencia en la causa, por medio de la imposición de medidas muy variadas, estas pueden ser entre la obligación de comparecer ante la autoridad judicial determinados días del mes o hasta de prestar una caución económica del cumplimiento de sus obligaciones.

Las medidas sustitutivas constituye excepciones a la prisión preventiva, y para el procesado un beneficio, por supuesto éste beneficio estaría sujeto a una serie de condiciones que el Código Procesal determina, así como prohibiciones que el imputado debe cumplir; por lo tanto las medidas sustitutivas son alternativas que se ofrece a la prisión preventiva en aquellos casos en que los fines de la misma se pueden lograr por otras vías menos gravosas para el sindicado.

La doctrina emplea las expresiones medidas alternativas o sustitutivas penales para identificar a un variado conjunto de procedimientos y mecanismos normativos, que tienen como función común la de eludir o limitar la aplicación o la ejecución de penas privativas de libertad, de corta o mediana duración.

¹⁴¹ José María Asencio Mellado, El proceso procesal penal, (Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch, 1998) 197

El Autor De Le Cuesta Arzamendi, precisa que se trata de mecanismos que operan de modo diferente sobre la "pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar¹⁴²:

Algunos sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.

Otros, basados en la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad.

Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.

Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad.

3.2. Medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional

Mucho se ha escuchado hablar respecto a las medidas sustitutivas o alternativas pero en realidad existe alguna diferencia entre ambos términos, o solo es un concepto así utilizado por la doctrina para emplear la misma idea, en cuanto a esta situación se establece lo siguiente:

En el artículo 332 del código procesal penal salvadoreño, establece que cuando fuere procedente se pueden aplicar medidas alternativas a la

¹⁴² José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas 1993) 322 y ss.

detención provisional o sustituirla por otra medida menos gravosa para el imputado, por lo que se genera la interrogante siguiente: las medidas alternativas es una figura jurídica distinta de la medida sustitutiva a la detención provisional, de lo anterior el legislador no hace distinción evidente, lo único que tenemos es lo que literalmente establece el artículo 332 del código procesal penal el cual citamos a continuación .

“Art. 332.- Cuando fuere procedente aplicar medidas alternativas a la detención provisional o sustituirla por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o a petición de parte...”

Este artículo genera debate si realmente existe una diferencia entre ambos aforismos, por lo que hemos adoptado realizar una interpretación literal del artículo.

Este consiste en argumentar si la “o” que aparece en mencionado artículo es una “o” disyuntiva¹⁴³ o copulativa¹⁴⁴, siendo el primer caso estaríamos suponiendo que la “o” se utiliza como una coordinación disyuntiva, un nexo conector que se utiliza cuando dos o más elementos oracionales presentan una alternativa que puede ser o no excluyente.

En el presente caso, se estaría afirmando que son aforismos distintos ya que estaríamos frente a una medida alternativa que conllevaría a supuestos diferentes al de una medida sustitutiva.

Por un lado se tiene la restricción total de la libertad de una persona dentro de un proceso penal siendo este recluido dentro de un centro de reclusión preventiva, y el otro una restricción parcial de la libertad de una persona dentro

¹⁴³ Situación en la que hay que elegir entre dos cosas o soluciones diferentes.

¹⁴⁴ Que sirve para unir dos o más palabras, sintagmas u oraciones del mismo rango sintáctico y expreso la idea de adición de significados.

del proceso penal, se menciona el término “parcial” ya que el sujeto no se encontrará dentro de un centro preventivo, ya que este puede permanecer dependiendo de la situación que revistan al proceso, estas podrían ser:

El arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad, la prohibición de salir del país, entre otros.

Las medidas antes mencionadas no tienen etiqueta de ser “alternativas” o “sustitutivas” ya que todas tienen la finalidad de garantizar la correcta finalización del proceso penal respetando el principio de excepcionalidad de la detención provisional, y dependiendo del criterio del juzgador al momento de establecer qué medida optará como más adecuada para respetar todos los derechos y garantías del procesado.

Por lo que se puede concluir que la teoría más adecuada al interpretar el artículo 332 del código procesal penal, es que la “o” es copulativa, ya que es una conjunción que sirve para unir, añadir, elementos de una oración sin hacer una distinción de una con otra, ya que se pretende mantener el mismo orden de ideas respecto de una medida distinta a la de la detención provisional.

Aunado a ello el legislador no ha hecho ningún tipo de desarrollo por aparte de medidas alternativas o sustitutiva a la de la detención provisional, sin embargo si la hizo respecto a las medidas que si restringen la libertad de una persona y las que no.

3.3. Antecedentes

Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva son mecanismos que les rige el mismo fin que la Detención Provisional, con la singularidad que estas tienden a ser menos gravosas respecto a los Derechos que restringen, pero no hay

que perder de vista que de cierta manera también restringen la libertad de varias clases como la libertad de movilizarte de un país a otro, y esto resulta una medida grave si por ejemplo se tratara de una persona que su trabajo consiste en transportar mercadería de frontera a frontera o la medida de no visitar ciertos lugares o a ciertas personas, también resulta una restringían con el derecho de las personas a sociabilizar; es decir, no porque las medidas sustitutivas sean menos gravosas que la detención en un centro penitenciario, quiere decir que no detenga el normal diario vivir de los imputados.

Es por ello que no solo hay que entrar a valorar si se puede elegir entre las dos grandes medidas cautelares si optar por la detención provisional o no, sino que también valorar si la medida sustitutiva que se aplicará contribuirá al normal desarrollo de la investigación.

A continuación veremos el desarrollo de cómo éstas medidas sustitutivas a la detención provisional ha evolucionado sobretodo en nuestro país ya que ha pasado de una sustitución a la detención provisional arbitraria, sin fundamento y antojadiza a una medida regulada y en teoría optada porque se cumplen los requisitos establecidos en el cuerpo normativo que la rige, estas medidas sustitutivas siempre ha contado con influencia internacional, pues nuestro modelo jurídico es una mezcla de corrientes de otros países, aplicando la ley penal en el espacio y según las necesidades en las que se ha visto El Salvador, así mismo, se ha visto como a muchas personas les ha funcionado estas medidas y en cierta manera beneficiado y como en muchos otros casos se ha fracasado debido a que estas medidas no han sido suficientes para asegurar al imputado al proceso ni evitar que siga cometiendo el mismo antijurídico a la misma o distintas víctimas.

3.3.1. Desarrollo de las medidas sustitutivas en el salvador

El primer Código que hubo en El Salvador desde su independencia se llamó Código de Procedimientos civiles y criminales, y de fórmulas de todas las instancias y actos de circulación de la República¹⁴⁵, promulgado en 1857, elaborado por el Presbítero Doctor Isidro Menéndez, conocido como padre de la Legislación Salvadoreña, este código tenía gran influencia por el Código Penal de 1822 de España, Valencia, aunque no se aplicó propiamente tal en toda España.

Sin embargo y debido a que Isidro Menéndez fue criado por su familia de descendencia española colonizada en Ahuachapán y el entorno que dio lugar a ese código español era para regular los motines que se daban a raíz del reinado de Carlos III¹⁴⁶, sin embargo tal código, tuvo dificultades al aplicarse concretamente porque no existían sitios para las personas que se les aplicara medidas de privación de libertad así como mecanismos para medidas sustitutivas a éstas, aunque para ser claros, la finalidad de ese entonces era un castigo anticipado antes de poder ser vencido en juicio, sin embargo y aunque El Salvador, o La Región el ambiente si era un poco distinto pero aun siguió latente esas prácticas de amotinamientos y levantamientos en contra de los colonizadores.

Es por ello, que esa influencia se vio marcada en nuestro primer código y resultaba difícil poder hablar en esos momentos de respeto a los Derechos de las personas a las que se les aplicaría tal disposición.¹⁴⁷

¹⁴⁵ También conocido por Recopilación de Leyes Patrias del Padre Menéndez de 1857, este estuvo presente desde el coloniaje, pues toda la legislación para España e Indias era incorporativa, y sus textos eran compilaciones.

¹⁴⁶ Motines generados por el descontento de reformas que sostuvo el Rey Carlos III, respecto a temas fiscales y sobre todo teniendo descontento el clero con la nobleza de la época.

¹⁴⁷ Garely, Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821 discusión del Proyecto del Código Penal. (Madrid 1822, tomo III) 481 y sig.

En el primer Código de Procedimientos Civiles y Criminales, se decía que se podría decretar detención o prisión de una persona, en virtud de existir plena prueba y haberse cometido el delito y quien sea el delincuente; y que sí el delito que se adjudica fuera de naturaleza que por la ley no merezca pena, más que correccional se otorgará al procesado libertad, bajo fianza, esta fianza era de tres clases:

Fianza de la Haz, cualquiera de las que, por razón de una causa, se constituyen en juicio ante el Juez y el Secretario, o ante éste por orden de aquél. Por tanto, lo mismo puede aplicarse esta denominación a la fianza a las resultas del juicio que a la de estar a derecho. Oportunamente aludimos a esta especie de fianza y la que se encuentra normada en el título VII del Código de Instrucción Criminal.

En otras palabras, la fianza de la haz, nació como termino en Castilla España, ésta se constituía por dos personas obligadas a cumplirla, la una era el reo propiamente tal y la otra un fiador, que vendría a ser un cuidador del primero, ya que si el juez en algún momento requería de la detención de nuevo del reo, éste fiador deberá entregarlo ante el juez y si no, el fiador debía de responder con todos sus bienes a pagar la posible condena que se le impusiere al reo.

La segunda de estas era la **Fianza de Cárcel Segura**, similar a la primera, Existirían dos personas obligadas, el reo y una más y ésta suponía la misma obligación para el fiador, con la única consecuencia que en el caso de no presentar al reo ante el juez en el momento que lo ordenase, aparte de pagar con sus bienes el juez podía imponerle una multa a su arbitrio por considerarlo “como carcelero que no dio cuenta del preso que se le entregó”¹⁴⁸, está por supuesto tendía a ser una más rígida que la anterior.

¹⁴⁸ De Herrera Villarroel Fernández, Práctica criminal. 187 N. 10 y 189 N. 11.

Y la tercera que se regulaba dentro de ese código era la **Fianza de Estar a Derecho por el reo**¹⁴⁹, que llevaba junta la obligación de pagar lo que se le juzgue o Condene en Sentencia, sin la necesidad de devolver al reo a prisión, también tenía el significado aplicativo que el reo se obligaría y daría la seguridad por medio de sus bienes que asistirá al juicio y no usará el dolo, en roma se denominaba "*Judicio Sisti*"¹⁵⁰ en causas criminales consistía en que el Fiador del Reo debería de entregarlo en el Juicio en el día y hora señalado, y no habiendo sido posible esto, tendrá un plazo similar al que se le dio para que lo resguardara, para buscarlo y entregarlo y habiendo trascurrido ello y no lo encuentra ahí si debía pagar con todos sus bienes que se obligó.

Todas estas fianzas como se regulaban antes en lo relativo al derecho criminal, ahora llamadas medidas sustitutivas a la Detención Provisional tenían una excepción y era que si el reo fallecía antes del juicio, el fiador no estaría obligado a pagar la pena, pero si fallece después que se le ordenó entregarlo y no lo hizo y se le otorgaba el plazo para buscarlo, entonces si estaría obligado a cancelar con sus bienes. Así también si el fiador de mala fe no lo entregaba, el juez podía imponerle a su arbitrio pena mayor a la de pagar con sus bienes, y esta pena no debía de recaer sobre lo corporal sino que debería de ser pecuniaria, aunque el fiador haya actuado de mala fe.¹⁵¹ El Art. 84 al 98 del cuerpo normativo al que hemos hecho mención, regulaba la pena correccional y esta era de hasta 30 días y se exigía para decretar detención provisional semiplena prueba y se excarcelaba si el delito tenía medida correccional como pena.

¹⁴⁹ María Paz Alonso Romero, El Proceso Penal en Castilla, 203 y 204 año 1982

¹⁵⁰ Se traduce como: Por comparecer ante el tribunal, o Será Presentado

¹⁵¹ Don Juan Marcos y González, Prontuario General, clasificado y cronológico de las leyes, ordenanzas, reglamentos y decretos que constituyen la legislación Administrativa, (Madrid: Imprenta de Prudencio Cuartero Conchas 2 y 4. 1863) esta reglamentación constituía un sinfín de materias que regulaba, civiles, criminales, militares, laborales, marítimos, etc.

En 1863 se dio el Nuevo Código, sin embargo, como el anterior contenía en sí, mucha influencia Española siempre refiriéndose a la creación de las normas para regular las revueltas surgidas por el descontento de la monarquía¹⁵², pero en éste ya se fue separando lo referente a los procedimientos civiles y los criminales y se hizo por aparte el Código de Procedimientos civiles y el Código de Instrucción Criminal¹⁵³, en éste último, se reformó de la siguiente forma: Bastaba para decretar la detención provisional, cualquier presunción, en ciertos delitos que se consideraban graves y presunciones graves para otra clase de delitos se amplió la excarcelación para delitos sancionados con prisión menor (3 días a 6 meses).

De este segundo Código de Procedimientos Criminales¹⁵⁴, se hizo una segunda edición, hasta muchos años después.

La Gaceta Oficial del 14 de enero de 1877, insertaba un artículo de uno de los representantes al Congreso, y entre otras cosas decía: "La legislación patria, los Códigos Civil, Penal y de Procedimientos, necesitan ya de nueva edición por la multitud de reformas, reformas de reformas, disposiciones derogadas, suprimidas y adicionadas que vagan fuera de los Códigos y que vienen a formar un caos de donde difícilmente pueden aún salir los abogados más competentes, y si para éstos es difícil con mayoría de razón para los que no lo son".

Luego surgió en Abril de 1882 el Tercer Código de Instrucción Criminal, estuvo vigente hasta el 15 de junio de 1974 (Más de 90 años), hubo reformas que

¹⁵² Inicia el periodo conocido por "La crisis final del reinado de Isabel II"

¹⁵³ Creado para la averiguación de los delitos y castigo de los delincuentes estrictamente relacionado con el Derecho Público.

¹⁵⁴ Obra del presidente Rafael Zaldívar, de cierta manera dentro de esas regulaciones el presidente de El Salvador de esa época buscaba opacar un poco el descontento que surgió por otras leyes promulgadas en su gobierno, destinadas a despojar a los indígenas de las tierras comunales y ejidales.

ampliaron el régimen de excarcelación aún en delitos de prisión que iban desde los 6 meses hasta los 3 años.

Sin embargo, hubieron demasiadas excepciones a la excarcelación para los casos del imputado con antecedentes procesales, que pudiera ser declarado delincuente habitual o profesional y cierta clase de delitos que obedecían a regímenes autoritarios, bastando cualquier presunción para detener a los indiciados en delitos de rebelión, sedición, actividades anárquicas o contrarias a la democracia, homicidio en cualquiera de sus formas, hurto, robo, estafa e incendio; bastando cualquier presunción en delitos que atentaban contra la seguridad interna del Estado, para decretar una detención siendo posible la excarcelación para delitos con pena máxima hasta de 3 años de prisión.

En 1973 se hizo una reforma al Código de Instrucción Criminal que fue integral, puesto que se dio un nuevo Código Procesal Penal se dio la ley de Régimen Penitenciario¹⁵⁵ y una ley para menores.

Este nuevo Código decía en el Art. 247 que para decretar la detención provisional se requiere las circunstancias siguientes:

Que está suficientemente probada la existencia de un delito, y que existieran elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo y bastaba la segunda circunstancia cuando se trate de delitos de homicidio doloso, agravado, violación, secuestro, hurto, robo, estafa, extorsión, y actos de terrorismo.

¹⁵⁵ Esto se debió por la influencia de países como México y Venezuela respecto al régimen progresivo, fue creada la Ley del Régimen de Centros Penales y de Readaptación de 1973, Esta normativa establecía en su art. 6 que “Los sistemas y tratamientos serán concebidos para su desarrollo gradualmente progresivo en lo posible y deberán encaminarse a fomentar en el recluso el respeto a sí mismo y los conceptos de responsabilidad y conveniencia social. Así mismo no hay que perder de vista que en ese mismo año comenzarían a fundarse formalmente varios movimientos de resistencia clandestina de diversos sectores sociales como el Frente de Acción Popular Unificada (FAPU) entre otros.

Pudiéndose decretar la detención provisional con cualquier presunción aumentando considerablemente el número de reos en las cárceles, formándose un problema urgente de resolver, ya que se dieron una serie de motines y circunstancias que hicieron necesario que en 1991 y 1994 se dieran algunas leyes de emergencia para resolver el problema de los reos sin condena¹⁵⁶.

En los considerandos de esas leyes se decía primero: Que el Art. 1 de la Constitución reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado y es obligación de éste asegurar a los habitantes de la República el goce entre otros bienes, de la libertad.

El Art. 12 de la misma, consagra el principio de inocencia en toda persona mientras no se pruebe su culpabilidad, y que además frente a la preocupante situación de los denominados presos sin condena, era preciso adoptar las medidas inmediatas y transitorias tendientes a resolver tal problema; entre estas medidas se dieron varias categorías de excarcelación:

Primera categoría para los procesados por delitos cuyas penas máximas excedan de 5 años y no pase de 8.

Segunda categoría para los procesados por delitos cuyas penas máximas sobrepase los 3 años y no pase de 5, y

¹⁵⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 1989-1990, destacaba que "La agudización de la violencia, así como la suspensión de las garantías individuales bajo el estado de sitio, han determinado que se haya incrementado significativamente el número de personas privadas de su libertad. Según información inicialmente proporcionada a la Comisión, muchas de estas personas se encontraban actualmente alojadas juntamente con delincuentes comunes y en condiciones muy negativas. La Comisión no ha sido informada, sin embargo, de la evolución reciente de este problema y de las formas en que el Gobierno de El Salvador le está dando solución. (...) Organizaciones no gubernamentales informaron también de un marcado incremento en casos de tortura a presos políticos por parte de sus interrogadores.

Tercera categoría para los procesados por delitos cuyas penas máximas no excediera de 3 años o estuviera sancionado con pena de multa.

Reuniéndose una serie de requisitos procesales, los presos podían ser beneficiados con una excarcelación a través de una caución.

Surgió otra reforma en nuestro actual Código Pr. Pn. que amplió el criterio para conceder la excarcelación (Fue en Junio de 1995) y se concedió excarcelación a aquellos procesados por delitos que a pesar de que el máximo de la pena excediera de tres años, pero que existiera una causal de justificación o inculpabilidad, y la prueba de tales circunstancias deben ser las necesarias que hagan presumible la justificación o la inculpabilidad.

Así llegamos al año de 1994 cuando al elegirse nuevos integrantes de las Salas de la Corte Suprema de Justicia en consecuencia una nueva Sala de lo Constitucional que se impusieron (los magistrados) darle cumplimiento a los principios constitucionales, así a los principios de las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales suscritos por El Salvador.

Desde 1983 se había incluido expresamente en la Constitución el Principio de Inocencia que especifica que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad, etc. sin haber sido previamente oída y vencida en juicio, y además lo contempla el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de esta forma, la Sala de lo Constitucional comienza a resolver procesos de Hábeas Corpus aplicando los principios antes mencionados en base a la Constitución y a los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, especialmente el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) pronunciando una serie de sentencias, ordenando en unas la inmediata libertad del procesado y en otras ordenando

al juez la sustitución de la medida cautelar de la detención preventiva por otra medida cautelar mediante caución.

Hay que plantear que el contexto de ese código fue después de la firma de los acuerdos de paz, después de la guerra civil aun comenzando a cicatrizar por la población, éste fue un período de renacimiento de garantías, que si bien siempre estuvieron contempladas en nuestra carta magna pero siempre se hizo de lado por los administradores del Estado, es así que esta nueva Sala de lo constitucional vino con un enfoque garantizador.

En el curso del mismo año se comenzó a gestar la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado¹⁵⁷, que fue objeto de varios recursos de inconstitucionalidad¹⁵⁸ y por sentencia pronunciada por la Sala, se definió la situación relativa a la detención provisional que negaba la excarcelación para los delitos que contempla esa ley, asimismo, posibilita el aumento de las penas para los mismos; concluyendo la Sala de lo Constitucional en sentencia que no puede perderse de vista nunca que la libertad es una condición imprescindible para la vigencia de un régimen constitucional y como lo señala Luis López Guerra, desde un punto de vista material que el derecho constitucional es en última instancia, el sistema de normas que regula las materias directamente vinculadas a la garantía básica de la libertad.

Sin embargo, la libertad no es un derecho absoluto por lo que la misma Constitución autoriza restricciones al mismo para proteger otros bienes igualmente esenciales y ya que la libertad constituye la regla general, toda restricción de la libertad, debe interpretarse por un lado restrictivamente

¹⁵⁷ Ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1996).

¹⁵⁸ Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad, a las quince horas del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete. 15-96 y Ac. Decreto Legislativo N° 668.

(Principio Pro-libertad) y por otro lado debe aplicarse excepcionalmente, (provisionalidad y excepcionalidad).

Lo anterior cambió la jurisprudencia tradicional que solo se limitaba a analizar las pruebas del proceso Penal que buscaba si había fundamento legal para decretar la detención de una persona; y se determinó que algunas disposiciones del Código Procesal Penal están en contradicción tanto con la Constitución como con los Tratados Internacionales.

Lo anterior se debió a que nuestro Código Procesal Penal exigía para decretar la detención provisional la prueba de la existencia de un delito, que existan suficientes elementos de juicio sobre la participación del Imputado en el mismo, ahora se exige que además debe de haber (para decretar la Detención) peligro de fuga y peligro de obstaculización de la investigación; debiéndose respetar también el Principio de la Proporcionalidad; es decir, que de no haber peligro de fuga ni obstaculización de la investigación se debe aplicar medidas sustitutivas a la detención provisional y como estos requisitos no los tenemos regulados expresamente en el Derecho interno ha dado lugar a críticas muy severas por parte de personas y organismos de nuestro país, alegando que la Corte es sumamente complaciente con los delincuentes y que se viola la Constitución y Tratados, ya que estos criterios no deberían ser de aplicación directa mientras no los contemple nuestra legislación interna; se ha dicho que se está atentando contra la seguridad ciudadana y críticas de todo tipo; y además la Fiscalía General de la República mediante documento enviado a la Corte Suprema de Justicia, se quejó de que todos los funcionarios judiciales están aplicando indiscriminadamente las medidas sustitutivas a la detención provisional aplicándolas para delitos muy graves y que las cauciones son risibles que no garantizan que el reo se presente en el juicio.

Antes del 20 de Abril de 1998, cuando entro en vigencia la ley transitoria para regular la tramitación de los procesos penales y ocurso de gracia iniciados antes del 20 de Abril de 1998, nuestro sistema penal salvadoreño se regía propiamente tal por un sistema penal mixto, es decir, era inquisitivo, escrito, a diferencia que los procesos son orales, era secreto, y con sobrecargo de burocracia y a consecuencia de todo ello la justicia apenas y podía sobrevivir entre todos los casos, ya que el juez de paz iniciaba el proceso y realizaba la investigación, en este no se reconocía la mayoría de las garantías constitucionales, el imputado era el objeto sobre quien recaía el proceso, peor aún existía la presunción de culpabilidad, la clara diferencia con el proceso actual que está por encima de cualquier otro el principio de inocencia hasta que sea vencido en juicio por los tribunales competentes y las leyes previamente establecidas, esta normativa anterior estaba totalmente alejado de los principios que establece nuestra Carta Magna, ya que no existía congruencia entre la suprema ley y la ley secundaria, es por ello que se vio sumadamente necesaria una reforma.

Es necesario dejar en claro que la legislación penal anterior vulneraba en gran medida los derechos humanos, que hizo gran peso en la sociedad salvadoreña ya que debido a esa vulneración de derechos se fue generando esa guerra civil, el derecho lastimosamente ha servido como mecanismo de control a favor de unos y en desavenencia con otros y solo cabe dar una vista al pasado salvadoreño para probarlo.

La insurrección de 1932 fue un levantamiento campesino ya que por medio del derecho se les desproveía a muchas personas de sus tierras, y daba la oportunidad para que unas pocas obtuvieran más de las que ya tenían, entonces, a través del tiempo esas vulneraciones de derechos por medio de las leyes solo fue aumentando concluyendo en el hito Nacional que ya mencionamos, que es la guerra civil, sin embargo y después la finalización de

la guerra el país debería de estar en un periodo de sanación y no fue una tarea fácil ya que debía de modificar casi todo en base a la constitución que como ya se dijo, se plasmaban muchas garantías pero poco o nada de eso era dado por el Estado, y antes de 1994 generó graves problemas internos de país, y esto iba creando las circunstancias adecuadas para que se incrementara la corrupción y dando como resultado un grave problema de inseguridad jurídica, económica y social.

El sistema Inquisitivo duró muchísimos años, a lo que con forme transcurría más el tiempo la población salvadoreña fue aumentando su descontento y apatía, por su corrupción, ineficiencia para darle solución a problemas sociales y un proceso que aparte de ser largo era muy lento, por lo tanto resulto ser un proceso inadecuado para la nueva realidad nacional ya que ni en lo mínimo respetaba las garantías plasmadas en la constitución, dejando de lado las victimas que son sujetos de derecho, quienes en una realidad social como la salvadoreña , son las que resultan más vulneradas.

Otro de los problemas de ese sistema era su gran ineficiencia para la investigación de los delitos ya que una misma persona, un mismo juez debería de ser quien se encargara de la investigación, y veamos con lupa este aspecto, como una persona podía ser capaz para una correcta investigación de innumerables casos, como es que esa persona podía trasladarse de un lugar a otro o bien dejar desprotegida una escena por resguardar otra, y más grave aún, estos jueces no recibían capacitación continua sobre todas las áreas investigativas, delitos relativos a la vida, al patrimonio, a actos de corrupción, etc.,.

La instrucción en este proceso era la fase que traía mayor importancia, pero como se dijo en el párrafo anterior, poco o nada podía cubrir el juez ante tales situaciones, este sistema inquisitivo solo traía consigo injusticia, procesos de

oficios, el juez debía también ser quien realizara los interrogatorios, esto es una grave inseguridad ya que muy probablemente los casos los recibía minutos antes de apertura audiencia y no iba a destacar los detalles o deficiencias de los testimonios, y al final las resoluciones que dictaba quedaba claro que estaban provistas de falencias.

Así mismo se manejaba el sistema de prueba tasada que significaba que la apreciación de la prueba consistiría en vincular al juzgador a una valoración preestablecida, la ley fijaba un determinado efecto para el resultado de un medio probatorios y en esta prueba la confesión hace prueba contra el imputado.

La confesión del imputado era la regla general en los procesos salvadoreños dándose a consecuencia desprotegido el imputado a que por medio de otras pruebas con más peso que la confesión, definieran su estado legal.

Otra de las graves falencias del proceso anterior era que quien investigaba también era el responsable de fallar, esto contraria a los principios procesales de Derecho, ya que daba lugar a apreciaciones personales para Condenar o Absolver.

Uno de los problemas más amplios y complejos es lo que se refiere a la prisión preventiva y a las medidas sustitutivas a la detención provisional.

En nuestro país como en la mayoría de países latinoamericanos, durante muchos años ha dominado una concepción inquisitoria del proceso penal, debemos tener en cuenta que la regulación de la prisión preventiva o detención provisional es una de las Instituciones, que mejor revelan el sistema procesal de formación de un Estado Democrático.

La regulación de la prisión preventiva o detención provisional ocupa un puesto central de la discusión política, ya que se vuelve problemática especialmente debido al aumento de la delincuencia, violencia que propugna, al aumento del dictado de la Detención provisional por la demanda de una mayor seguridad ciudadana.

Por otro lado, se considera la protección y garantía de los Derechos Humanos; pero esta divergencia no significa que los dos intereses estén en un conflicto irremediable sino que hay que armonizarlos para que el Sistema Procesal Penal, sea eficiente y garantice razonablemente la seguridad del público, sin violar valores humanos, fundamentales y los requisitos procesales técnicos.

En resoluciones de Hábeas Corpus, la Sala de lo Constitucional ha dicho que dos de los presupuestos exigidos para que pueda adoptarse una medida cautelar son: *FUMUS BONI IURIS* y *PERICULUM IN MORA* (No basta en consecuencia que hayan suficientes elementos de juicio de la participación del imputado en la comisión del delito, y la existencia del mismo, sino que hay un segundo requisito *periculum in mora* y para apreciarlo, se debe ver criterios de éste, las circunstancias coincidentes) y subjetivos relacionados con la persona del imputado, grados de participación, arraigo en el país, antecedentes policiales y delincuenciales del indicado.

Por otra parte la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en numerosos recursos y procesos de hábeas corpus sobre la duración de la detención provisional en el sentido que muchos procesos sobre todo en la fase de instrucción, duran no meses, sino años y ante ello la Sala ha decretado la sustitución de la medida de detención, por otra; dándose parámetros a los jueces para establecer cuando puede haber peligro de fuga u obstaculización de la investigación y también se fijan términos para la revisión de la Detención provisional en el sentido de que el tribunal debe revisar

si subsisten las condiciones de cuando se declaró inicialmente la detención, a los tres meses.

Históricamente y antes del auge de los principios procesales de los Tratados Internacionales en nuestro país, se ha venido aplicando la detención provisional como la única de las medidas cautelares aplicables en un proceso penal, la cual está contemplada en el Código Procesal Penal Salvadoreño en su Art. 329 exponiendo los parámetros a utilizar para imponer la misma (cuerpo del delito y elementos del juicio de la participación delincinencial esto constituye el *Fumus boni iuris*).

3.4. Finalidad de las medidas sustitutivas

Cuando se trata de las medidas alternativas a la prisión, se hace desde un doble ángulo; antes de que se produzca sentencia y luego de ella. Se distingue así entre penas y medidas alternativas: se alude a “penas alternativas” como aquellas diferentes a la pena de prisión que se impone como resultado de una sentencia condenatoria. Se denominan “medidas alternativas” las que se utilizan en el proceso, previo a la fase de juicio, y que pretenden ser sustitutivas de la prisión preventiva con el fin de no entorpecer la investigación y evitar la fuga de la persona procesada.

Las medidas y penas alternativas hacen resurgir el fin de socializador de las penas pues están exentas de las críticas hechas a la prisión – no así al sistema penal o a la política criminal en su conjunto- y plantean la posibilidad de que el Estado no abandone su poder sancionatorio y que, a la vez, provea a quienes hayan infringido la ley penal, un régimen de penas en libertad que les permita un mejor ejercicio casi pleno de sus derechos fundamentales.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Revista de ciencias penales de Costa Rica, 84

En definitiva, la finalidad de esta medida cautelar es bastante similar a la Detención Provisional y es asegurar al imputado en el proceso para que pueda realizarse el juicio, y resguardando la pena que se espera imponer, con la diferencia muy bien marcada que ésta restringe en mucho menos medida derechos del procesado.

Como ya lo planteamos la Detención Provisional no solo restringe la libertad ambulatoria de los procesados sino muchos más derechos como lo son el derecho a sufragio, ya que son tratados como un condenado por estar en un centro de prevención junto con los que ya fueron vencidos en juicio, sin embargo estas medidas minimizan estas vulneraciones ya que en muchos casos el procesado puede vivir una vida normal, continuar trabajando, estando cerca de su familia, en su hogar, etc. Pero siempre con el fin de asegurar que la persona comparezca en el proceso cuando se le requiera.

3.5. La perspectiva constitucional de las medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional

La Constitución de la República entendida como un conjunto de normas, principios y valores *supra* que tiene como objeto construir los fundamentos de la convivencia social, teniendo como base el respeto a la dignidad de la persona humana, establece las bases para la aplicación y justificación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

La persona humana es reconocida por el Estado Salvadoreño como el origen y el fin de sus actividades, y es en atención a ese reconocimiento que está organizado para conseguir la justicia, la seguridad y el bien común.

En ese sentido, es su obligación: "...asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, cultura, bienestar económico y la justicia social".¹⁶⁰

El goce de la libertad contemplado en el citado artículo 1 inciso tercero de la Constitución, es un aspecto que no se puede dejar de lado cuando se estudia y analiza del tema de las medidas cautelares en materia penal, pues la *libertad* es un derecho que reviste a toda persona, por lo cual requiere su protección y defensa de la misma,¹⁶¹ esto se logra a través de mecanismos desarrollados en la normativa constitucional, leyes secundarias como el Código Penal y Procesal Penal y tratados internacionales tales como Tratados sobre Derechos Humanos y los Tratados de la ONU y OEA.

Estos mecanismos normativos buscan la protección a la libertad de las persona tal como lo contempla el artículo 2 inciso primero de la Constitución, pero además, identificamos en dicho cuerpo normativo el "Derecho al Juicio Previo" como mecanismo de protección a la libertad, el cual señala, que no puede privarse de su libertad a ninguna persona sin que ésta haya sido previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.¹⁶²

En atención a este principio una persona debe de ser condenada en un juicio y sólo entonces puede someterse a una pena privativa de libertad, restringirse

¹⁶⁰ Art. 1. Cn "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común." "En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social."

¹⁶¹ Art. 2. Cn. "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos."

¹⁶² Art 13 Cn. "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa."

o limitarse este derecho humano fundamental, salvo casos excepcionales en los que se impone al procesado una detención provisional y no una medida sustitutiva a la misma.

Por otra parte, encontramos el “derecho de presunción de inocencia,” siendo un mecanismo de protección a la libertad que estipula: *"toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa"*.¹⁶³

Es importante señalar, que estas dos últimas garantías, *el juicio previo y la presunción de inocencia*, son el fundamento constitucional sobre el cual, en estricto derecho el desarrollo del proceso penal puede realizarse en libertad del imputado, salvo casos excepcionales. Igualmente evitar que la imposición de medidas no privativas de libertad atenten en contra de la colectividad. Nuestra constitución regula la detención provisional;¹⁶⁴ sin embargo, nada se menciona sobre su excepcionalidad ni su duración, no obstante en el citado artículo 11 de la Constitución. Se consagra el principio del debido proceso, y esto al integrarlo a Tratados Internacionales relacionado con el Art. 144 de la Constitución, da como resultado la aplicación de medidas no privativas de libertad.

¹⁶³ Art. 12.Cn “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”

¹⁶⁴ Art 13 Cn. “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.”

3.6. Medidas alternativas o sustitutivas reguladas en el código procesal penal salvadoreño

La detención provisional no es la única herramienta con la que cuentan los jueces para asegurar los intereses del proceso penal; pues, es posible atender a dicho interés decretando una medida cautelar alterna, siempre y cuando, se pueda creer razonablemente que el imputado no tratara de sustraerse de la acción penal en su contra, así lo regula el artículo 331 de nuestro Código Procesal Penal.

Es de recalcar, que al igual que la detención provisional, a la que sustituye o que es alternativa, son medidas cautelares personales, cuya finalidad siempre será la de asegurar los fines del proceso y que, por tanto, han de fundarse en la existencia de una imputación.

La diferencia principal que se puede identificar entre las medidas sustitutivas con la detención provisional, es que las medidas sustitutivas consisten en una obligación que el imputado se compromete a cumplir, al tiempo en que asume las consecuencias derivadas del incumplimiento de las mismas, mientras que la detención provisional, como ya lo hemos establecido en capítulos anteriores, constituye en una situación de sujeción personal.

Por ende, no se puede negar que la situación de la detención provisional a la excarcelación, puesta esta solo se produce por el transcurrir del tiempo, constituyendo el único supuesto en que se reconoce al imputado el auténtico derecho a recuperar la libertad, si el proceso no concluye con sentencia definitiva en un determinado tiempo; muy por el contrario, la medida sustitutiva representa una autentica medida cautelar que el juez acuerda discrecionalmente, es decir, que se trata de una facultad o potestad discrecional del órgano jurisdiccional.

En consonancia con lo anterior, se debe de advertir Las Medidas Sustitutivas o Alternativas a la Detención Provisional se trata de una discrecionalidad limitada, porque se establecen unos parámetros a los que se debe de ajustar la decisión judicial; es por ello, que se debe de acatar el principio de proporcionalidad, el cual exige la sustitución de la detención provisional cuando el fin que se persigue con ella puede conseguirse aplicando otra medida cautelar.

Es de esta manera que la prisión provisional podrá ser sustituida por una medida alternativa cuando el juez considere suficiente garantía su aplicación, lo que significa que el peligro de fuga tiene que ser desvirtuado en su totalidad.

Ahora bien, para que sea procedente la sustitución de la prisión provisional se deben de atender a determinados presupuestos:

- 1) Se deben de cumplir los requisitos establecidos para la detención provisional;
- 2) Que el imputado no hay sido sometido previamente a otra medida cautelar;
- 3) Que no exista riesgo de fuga y;
- 4) Que el delito no haya causado alarma.

El cumplimiento de estos requisitos dan la pauta para sustituir la detención provisional, de lo contrario no habría nada que sustituir, no obstante, es de tener en cuenta que a estos efectos, resulta indiferente que la pena rebase o no el límite de tres años, establecido en el artículo 329 inciso segundo, pues en ambos casos es posible sustituirla, esto haciendo referencia al primero de los requisitos enunciados con anterioridad.

Con la concurrencia de dichos requisitos, abocando la discrecionalidad del juzgador, este podrá disponer la sustitución de la privación provisional de

libertad, imponiendo de esta manera las medidas alternativas previstas en el artículo 332 del Procesal Penal.

Ahora bien, es necesario recalcar que, las medidas sustitutivas de la detención provisional a pesar de su denominación, esto no impide que pueden ser acordadas alternativamente a la detención provisional, es decir, nada impide que su adopción tenga que estar precedida de una situación previa de privación provisional, la cual tenga que ser sustituida por una medida alterna.

Como lo advierte los juristas¹⁶⁵, “que la calificación de sustitutivas, podría hacer pensar lo contrario por una cuestión de congruencia gramatical, confusión que se eliminó con la denominación, más propiamente de “medidas alternativas” y en su caso “subsidiarias”; no obstante, entendemos que la cuestión no puede ofrecer duda alguna no solo si atendemos a los principios de intervención mínima, proporcionalidad y excepcionalidad, que informa la adopción de todo tipo de medidas y con mayor exigencia cuando se trata de la más grave de todas, la detención provisional”¹⁶⁶, lo anteriormente descrito adquiere lógica cuando vemos lo dispuesto en el artículo 300 numeral 1) el cual no deja margen a tal duda cuando con referencia a la audiencia inicial señala que se “decretara o mantendrá la detención del imputado u otra medida cautelar.

Por otra parte, el artículo en estudio (331 CPP) señala en su inciso segundo que *“No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la*

¹⁶⁵ José Luis Antón Blanco, y José Manuel Marcos Cos, Derecho Penal Salvadoreño, (El Salvador: Primera edición, Editorial de la edición Justicia de la paz, junio 2000) 825.

¹⁶⁶ *Ibíd.* 826.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activo”, a groso modo, la razón por la cual el legislador restringió la medida cautelar en este tipo de proceso es por la gravedad de los delitos y lo prolongada de la sentencia, aparentemente estos delitos son catalogados de esta manera en función a su gravedad, y consiguientemente al consagrarlos de esta manera nace una presunción legal de fuga, o simplemente por la alarma social que estos generan.

Sobre este punto, doctrinariamente se *“advierte la intención del legislador de imponer una “pena” antes de la sentencia y a pesar de ella, pues, en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada”*¹⁶⁷

Para la jurisprudencia, tampoco ofrece duda su inadmisibilidad por oponerse al principio de presunción de inocencia, puesto que la aplicación de lo dispuesto en el artículo en mención, podría dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la privación preventiva, con fines previstos en la propia ley. Esta situación puede llevar al análisis que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia; sin embargo, esta temática la desarrollaremos más detenidamente en el capítulo siguiente de nuestra tesis.

Continuando con el desarrollo de esta temática, el artículo 332 del Código Procesal Penal contiene la enumeración de las distintas medidas sustitutivas de la detención provisional que pueden ser adoptadas por el juez, las cuales son:

¹⁶⁷ Julio V. J. Maier, Derecho Procesal Penal Argentino, (Buenos Aires Argentina: Tomo I, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989) 524.

El arresto domiciliario en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona, o con el uso de medios tecnológicos apropiados.

La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez.

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.

La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez.

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

La adopción de una de las medidas sustitutivas descritas con anterioridad, atenderá el principio de Jurisdiccionalidad y requerirá de una resolución, la cual adquirirá forma de auto; lo que significa, que debe de ser motivada por el juez que la está adoptando, esto es así conforme los artículos 143, 144 y 334 del Código Procesal Penal.

3.6.1. Arresto domiciliario

Se trata de una medida cautelar personal que se orienta a disminuir el riesgo de fuga, poniendo al inculpado la obligación de permanecer en un domicilio determinado, como condición imprescindible para sustituir la prisión provisional.

Para que se pueda optar esta medida sustitutiva, es necesario que el inculpado se encuentre en condiciones tales que hagan prever que no intentará

sustraerse a la acción de la justicia. Existen supuestos, previstos en algunas legislaciones extranjeras, para las que la aplicación de esta medida está especialmente indicada: es el caso de la mujer embarazada, del imputado anciano en el supuesto del inculpado gravemente enfermo y en el de los menores. El fundamento de la aplicación del arresto domiciliario a ese tipo de personas que se encuentran en que por sus condiciones físicas particulares, el riesgo de huida es menor y su peligrosidad también inferior.

Se ha señalado que todos los estos supuestos se da un debilitamiento del riesgo de fuga, que convierte en desproporcionada la aplicación de la detención provisional, dado que los fines, que con ella se persiguen, pueden conseguirse a través del arresto en el propio domicilio. Como señala la autora Barona Vilar, "Sería mucho más acorde con el principio de proporcionalidad, en cuanto a través de él se pretende conseguir también la realización de la justicia, el someter a cualquiera de estas personas, bajo las cuales que pesan condiciones de debilitamiento, a otra medida que sirva a los mismos fines y suponga un mal menor para su persona"¹⁶⁸.

La efectividad de esta medida requiere garantizar que el sujeto a la misma se encontrará sometido a vigilancia, que asegura la permanencia del imputado en el domicilio. Esta vigilancia puede llevarse a efecto por diversas vías. La vigilancia policial es la más efectiva, pero también la más costosa, sobre todo si esta situación ha de mantenerse durante un tiempo prolongado. Por ello, no puede descartarse la aplicación conjunta del arresto domiciliar con la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución.

Por otro lado, al aplicarse esa medida sustitutiva deberían preverse las autorizaciones que se pueden conceder al imputado para ausentarse del

¹⁶⁸ Silvia Barona Vilar, *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, (Barcelona España: Bosch Editores, primera Edición, 1987) 244.

domicilio, con o sin vigilancia de una persona encargada de su custodia. Así, por ejemplo, debería contemplarse la posibilidad de salir del domicilio para realizar una actividad laboral.

También debería considerarse la conveniencia de realizar un control sobre las visitas que recibe en el domicilio, que en ningún caso debería extenderse a las personas que habitan en el domicilio, a sus familiares próximos, o a su propio abogado.

En estos casos, resultarían afectados derechos esenciales de la personalidad (vida privada y familiar, libertad de conciencia y de culto y derecho de defensa) que harían desproporcionada la aplicación de tales restricciones.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto el arresto domiciliario en ciertos casos especialmente cuando el imputado parece un debilitamiento físico que disminuye el riesgo fuga, es una medida singularmente indicada en sustitución de la detención provisional.

Puede imponerse con vigilancia policial que asegure la permanencia del imputado en el domicilio, pero también puede imponerse con la obligación de someterse al cuidado o al control de otra persona, que bien puede ser un pariente. Tampoco puede descartarse aplicarla conjuntamente con la prohibición de comunicarse con determinadas personas.

La sustitución de la ejecución de la orden de detención con la instrucción de no dejar el domicilio más bajo la vigilancia de una persona determinada, sin imponer obligatoriamente la vigilancia policial.

De hecho, la persona encargada de realizar la custodia permanente puede ser el padre o la persona encargada de ejercer sobre el imputado una determinada

formación o desarrollo profesional, que se han a presentar a la autoridad judicial como prueba efectiva de confianza.

Se ha comprobado que esta medida es sumamente eficaz en el caso de sustituir la detención provisional de menores de dieciocho años. Sin embargo, en el caso de imputados adultos deberá elegirse cuidadosamente la persona o institución a cuyo cargo quedara el imputado, para evitar que la situación de custodia pueda producirle algún tipo de humillación sobre su persona.

Esta medida cautelar, consiste en que el imputado deberá estar restringido de su libertad, en su propia casa o en custodia de otra persona, prescindiendo de la vigilancia que es necesaria en los Centros Penales, a cambio de esta la que el juez considere necesaria.

Para la adopción de esta medida el Juez deberá de cumplir con los criterios fácticos de operatividad, de tal manera que lo que se pretende es que el inculpado no se dé a la fuga.

Así si una persona es procesada por un delito y el Juez, observa los parámetros del *periculum in mora*, es decir los criterios objetivos y subjetivos, si estos son cumplidos por el procesado entonces es procedente esta medida. En tal sentido lo expresa de esta manera Barona Vilar que el arresto domiciliario se trata de una medida que pretende disminuir el peligro de fuga, pero a través de abandono bajo condiciones especiales.¹⁶⁹

Esta medida cautelar es puesta en práctica en algunos ordenamientos jurídicos de países Internacionales tales como: La Ordenanza Procesal Alemana, La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y el Código de Procedimientos

¹⁶⁹ *Ibíd.*

Penales Francés, entre otros y en el artículo 332 numeral primero del nuevo Código Procesal Penal de nuestro país.

3.6.2. Sometimiento a vigilancia personal o institucional

La sujeción de una persona que está siendo procesada a vigilancia personal o institucional consiste en el sometimiento del procesado al cuidado o vigilancia de una persona particular o una institución determinada, está en la que recae la vigilancia del procesado tienen la obligación de informar en forma periódica al juez de la causa el comportamiento del imputado con el objeto de asegurar que el mismo comparezca al juicio oral constitucional gozando el imputado de su libertad ambulatoria.

Esta medida al igual que en la de arresto domiciliario, sustituye a la detención provisional y viene a suponer que la sospecha fundada de la existencia de los supuestos de la detención provisional disminuye de tal manera que dicha sospecha ya no justifica la tal cautela, aunque dichos supuestos aun subsistan.

Se ha demostrado la eficacia de esta medida sustitutiva a la detención provisional; sin embargo, para éxito se deberá de elegir muy cuidadosamente la persona o institución que quede a cargo de la supervisión o vigilancia del imputado.

Doctrinariamente se entra a considerar la posible responsabilidad en la que incurriría la persona o institución a cargo de la supervisión del imputado cuando no se realice de la forma adecuada, proporcionando la posible fuga del imputado; sin embargo, sería mucho más eficaz pensar en la posibilidad de exigir responsabilidad pecuniaria a aquel que debía realizar la custodia y no cumplió eficazmente su función, lo cual estaría cerca de la fianza personal.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Ibid.* 228.

Lo dicho anteriormente, no se debe de confundir con lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal, puesto que el incumplimiento del deber de custodia se encuentra fuera de la tipificación que encierra la redacción del artículo en mención, puesto que el imputado no se encuentra propiamente en una situación que configure una detención propiamente dicha.

3.6.3. Obligación de presentarse al tribunal periódicamente

Esta medida consiste en que la persona a quien se le atribuye el cometimiento de un delito, debe de comprometerse en presentarse al tribunal en que se ventila el proceso periódicamente o ante otra autoridad que el juez designe. Esta comparecencia tiene por objeto garantizar que el imputado esté presente en el desarrollo del proceso y que a la vez al acto del juicio y a la ejecución del fallo.

Aguilera de Paz, citado por Barona, dice "Tener noticia con cierta frecuencia del paradero del procesado que se haya en libertad"¹⁷¹, de este cometario, se puede destacar, que el objeto de esta medida además del que ya se dijo, es tener cierta vigilancia sobre el peligro de fuga del procesado.

En el Código Procesal Penal actual, esta medida se plantea en los Arts. 337, 338, 341 Pr. Pn. que contempla la caución juratoria o caución para no ser detenido; en tal sentido en esta normativa se aplica esta medida únicamente para los delitos menos graves que no pasen de tres años, debido a que la medida es consecuencia de la concesión del "beneficio procesal" de excarcelación. No obstante en la normativa del nuevo código se establece como una medida que debe ser aplicada a todos los delitos no importando su

¹⁷¹ *Ibíd.* 231.

naturaleza, siempre y cuando cumpla con los requisitos de los presupuestos de operatividad.

La adopción de las medidas cautelares pueden ser para todos los delitos sin distinción alguna; por tanto, así lo establecen los artículos 329 y 331, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización pueda ser evitado por la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez de oficio sustituirá en lugar de la detención provisional la más conveniente para el imputado.

3.6.4. Prohibición de salir del país

Es la limitación a la libertad de tránsito que se le hace a una persona acusada de un delito, consistente en la prohibición de salir de determinado ámbito territorial. En tal sentido este ámbito al cual se hace referencia está determinado en primer lugar por el territorio de El Salvador, en segundo lugar la prohibición de salir de su lugar de residencia o el lugar que el juez designe; El objeto de esta prohibición es el de restringir las posibilidades de que el imputado se fugue, para lo cual el juez debe valorar los criterios subjetivos del imputado a fin de tener información que le garantice su permanencia en el lugar que el designe, para garantizar la comparecencia cuando se requiera en el proceso, al acto del juicio y la ejecución de la sentencia.

Los criterios subjetivos que podría valorar el juez para determinar que no se dará a la fuga el inculpado entre otros son: La situación económica del imputado, el arraigo en lugar, relaciones familiares, la facilidad de salir al extranjero, trabajo permanente, etc.

En el nuevo código esta medida se encuentra regulada en el artículo 332 numeral cuarto, en el que se prohíbe salir del país, salir de la localidad en la cual reside y el ámbito que el Juez decida; esta prohibición no es permanente ya que puede verse interrumpida por alguna solicitud del procesado a fin de

pedir permiso de salir del ámbito territorial prohibido; en tal sentido si el Juez lo permite esta prohibición se ve interrumpida.

Esta medida sustitutiva a la detención provisional se materializa informando a la policía, autoridades fronterizas y migratorias, complementándose con la retirada del pasaporte y del documento de identidad habilitante que permita entrar en ciertos países.

Asimismo, como resulta evidente, se establece la prohibición de expedición de otros nuevos. Además, se expedirá un testimonio del documento original que constate la limitación de movimientos de su titular y permita su identificación.

3.6.5. Prohibición de asistir a determinados lugares y comunicarse con determinadas personas

Consiste en la Prohibición por parte del operador de la ley en limitar la libertad ambulatoria de acusado, a fin de restringir su asistencia o permanencia a determinados lugares, eventos y a la comunicación con determinadas personas; esta medida se encuentra regulada en el artículo 332 de nuevo Código numeral quinto y sexto.

Esta medida cautelar, está orientada para contrarrestar el riesgo de reincidencia, con ello se persigue la prevención de nuevos delitos por parte del imputado.

En estas medidas sustitutivas a la detención provisional, están en caminadas a garantizar que el imputado no obstaculice el proceso, ocultando la prueba o alterándola para sus intereses; este es una de las finalidades de la detención

provisional el cual consiste en evitar el peligro de obstaculización por parte del imputado de un acto concreto de la investigación.¹⁷²

La prohibición de comunicarse con determinadas personas, en ningún momento puede atentar con el derecho de defensa; ya que el procesado tiene que tener todas las garantías para la defensa y al obstaculizar este derecho atenta con las garantías fundamentales del imputado y el debido proceso.

La crítica que se puede hacer a esta medida sustitutiva en particular, es extensible a la regulación recogida en el Código Procesal Penal, dado que en el texto legal se omite cualquier referencia al procedimiento a seguir, pese a tratarse de medidas que limitativas de los derechos del encausado, lo que exigiría una regulación con algo más de detalle.

3.6.6. Prestación de una caución económica

Es una medida cautelar que a diferencia de las anteriores es de carácter real, que consiste en la imposición por parte del Juez de una garantía que afecta el patrimonio del imputado o de otras personas, estos bienes pueden ser muebles o inmuebles, también puede esta fianza consistir en el compromiso de una o más personas idóneas que puedan presentar al imputado cuando en el proceso se requiera.

Esta medida cautelar tiene por objeto el de garantizar que se cumpla el *periculum in mora*, es decir que el inculcado no debe darse a la fuga y no debe de obstaculizar la investigación del hecho.

La aportación económica tiene que ser depositada la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda en una partida que se denomina fondos

¹⁷² José María Asencio Mellado, La Prisión Provisional, (Madrid España: Editorial Civitas, S.A. 1987) 35.

ajenos en custodia a nombre y por orden del tribunal que conoce de la causa y con referencia de la misma.

La garantía de bienes inmuebles se otorga a favor y por orden del tribunal que conoce de la causa, se hace a través de la anotación preventiva. La garantía por persona civilmente capaz o idónea es la que se presenta al tribunal a aceptar esta responsabilidad de comprometerse a presentar al imputado cuando se le requiera.

La fianza que se le imponga al imputado debe de ser de acuerdo a las posibilidades y condiciones económicas del procesado; con la adopción de esta medida, si la fianza a imponer es de tal naturaleza que el imputado esté en capacidad de rendirla, se atenta con el derecho a la libertad que por mandato constitucional le asiste.

El régimen específico de la fianza como propio de una medida cautelar personal deberá completarse con las previsiones generales sobre fianzas y embargos de las medidas cautelares reales; las cuales, se encuentran reguladas en el derecho civil para su ejecución.¹⁷³

La caución en este caso puede ser:

Personal;

Pignoratícia;

Hipotecaria.

La fianza personal es aquella obligación que contrae una determinada persona de hacer que el imputado se presente cada vez que sea llamado por

¹⁷³ Cuando entramos al terreno de las cauciones en materia penal, este se tendrá que auxiliar del derecho civil para su ejecución y cumplimiento, tan como lo dispone el artículo 338 del Código Procesal Penal *“De ello se notificará al imputado y al fiador, advirtiéndoles que, si aquél no comparece o no cumple la condena impuesta o no justifica estar impedido por fuerza mayor, la caución se ejecutará al término del plazo, conforme a lo previsto en el proceso civil.”*

el juez o tribunal que conoce de la caución y, en el caso de que no pudiere llevarlo a efecto, hará efectiva la cantidad que se hubiese fijado al admitir la fianza.

La fianza pignoraticia consiste en el depósito, con arreglo a las prescripciones legales, de bienes o valores mobiliarios, propiedad del imputado o de un tercero, destinados a asegurar la comparecencia del primero, cuantas veces fuese llamado por el órgano judicial.

La fianza hipotecaria, consiste en la afectación de bienes hipotecables, como aseguramiento de la obligación del procesado de presentarse ante el llamamiento del tribunal, cuantas veces fuese llamado.

Aunque la más frecuente sea que se decrete la fianza pignorativa en metálico, el Código Procesal Penal no establece una prelación, de tal modo que es al juez a quien corresponde no solo la fijación de la cuantía, sino también determinar el tipo o clase de caución que ha de prestarse, atendiendo de tal modo a la mayor eficacia de la garantía.

A tal efecto, deberá atender fundamentalmente, a que no existen dificultades que impidan la realización de los bienes, y por ello es preferible la caución presentada en metálico que asegure su realización inmediata en caso de necesidad.

Sin embargo, esta medida sustitutiva recibe una serie de críticas por parte de muchos sectores del derecho, como lo es el caso del jurista De La Rosa Quintana¹⁷⁴, quien cita a Asencio Mellado, este último afirma que *“la fianza aparece como una medida tienden a asegurar el cumplimiento de las*

¹⁷⁴ José Miguel De la Rosa Cortina. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal. (Madrid, 2015) 265

obligaciones impuestas al sujeto respecto del cual se acuerda la libertad provisional, es decir, no constituye alternativa alguna a la prisión provisional.

Por el contrario, se configura como una auténtica alternativa a aquella medida, impuesta cuando puede verificar los mismos fines que la privación de libertad y en sustitución de la misma.”

Vemos según este autor, como la fianza no cumple su objetivo de ser una medida alternativa a la prisión. Así, la exigencia de fianza estaría orientada principalmente a garantizar la sujeción del imputado al proceso.

La fianza por lo tanto debería ser coercitiva, o lo que es lo mismo, se debe situar en un nivel en el que verdaderamente haga gravoso eludir la acción de la Justicia, pero a su vez no debe impedir la libertad ambulatoria.

En otro orden de cosas, hemos de distinguir la libertad con fianza de la prisión eludible con fianza. Para Moreno Catena *"materialmente ambas se resumen al final en lo mismo: el imputado o un tercero garantizan la presencia de aquel con la suma de dinero que el juez ha señalado; sin embargo, en la práctica es diferente. Con la primera quiere significarse que el imputado continúa en libertad, o pasa a esa situación, durante el plazo señalado judicialmente para constituir la garantía, y solo si no lo hiciera, será ingresado en prisión. Cuando se hace referencia a la prisión con fianza quiere significarse que concurren los presupuestos para ordenar la privación de libertad, de modo que el imputado continúa en prisión, o desde ese momento se ordena su ingreso en el establecimiento penitenciario, pero puede eludir la prisión provisional si presta garantía"*¹⁷⁵

¹⁷⁵ Víctor Moreno Catena y Valentín Cortes Domínguez. Derecho procesal penal. Valencia: 2004) 301.

En general, la crítica mayoritaria tiene lugar a la hora de ver la adopción en la práctica de esta medida, ya que en lugar de decretar la libertad provisional bajo fianza, se decreta la prisión provisional y la fianza que habría que depositar para eludirlo. Esta inversión, aunque a primera vista pudiera parecer que no presenta mayor malicia, puede constituir un menoscabo del derecho a la defensa del imputado, pues en la mayoría de las veces el tiempo para el depósito de la suma es muy escaso y no siempre es fácil reunir la suma requerida en tan breve periodo.¹⁷⁶

Los elementos a tener en cuenta por el juzgador a la hora de establecer la procedencia de la caución, estarán determinados por las circunstancias que le permitirá la ponderación de la cuantía de la caución, así como su modalidad, pues se contempla la posibilidad de decretar libertad provisional bajo caución, o bien prisión preventiva eludible a través de la caución.

En cuanto al tema de la ejecución de las cauciones, es oportuno recalcar que el objeto de la fianza es responder de la comparecencia del imputado, cuando este fuese convocado a la presencia judicial, resulta lógico pensar que si no comparece, si una justificación de fuerza mayor, se fijara un plazo al fiador de no menos de cinco días para que pueda presentar al imputado, cumpliendo así la obligación que contrajo, así lo dispone el artículo 338 del Procesal Penal.

Lo anterior se trata de un derecho establecido a favor del fiador, salvo que esta medida se haya aplicado conjuntamente con la establecida en el artículo 332 numeral 2 del Código Procesal Penal, no hay razón alguna que impida al fiador la obligación de estar ininterrumpidamente al lado del imputado, y por tanto, no puede estar que esté en condiciones de esperarle en el acto.

¹⁷⁶ Silvia Barona Villar. Prisión provisional y medidas alternativas. (Barcelona 1988) 215.

En vista de lo expuesto anteriormente, se discute si el fiador ha de presentar al imputado o basta con indicar su paradero. Doctrinariamente se estima que si la imposibilidad de presentación es atribuible a un acto voluntario del imputado, al fiador debe responder y perder la fianza, ya que en definitiva, el presunto culpable se ha sustraído a la acción de la justicia.

Por el contrario, si la incomparecencia previene de la imposibilidad de efectuar la presentación por causa de fuerza mayor, es decir, por un acto totalmente independiente de la voluntad del inculpado, bastara con que el fiador indique el lugar en que se encuentra y las causas por las cuales no puede comparecer, para que resulte liberado de la obligación que contrajo.

Y como ya me menciono en párrafos precedentes, para que se ejecute la fianza, se deberá de proceder a hacerla afectiva conforme a lo previsto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Por otra parte, el artículo 339 del Procesal Penal, estipula la manera en que se puede cancelar la caución económica, estableciendo que está será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hayan sido ejecutados con anterioridad:

Cuando el imputado sea puesto en detención provisional o prisión.

Una de las formas en que las cauciones económicas pueden llegar a su cancelación, es cuando cesa la situación de libertad, porque se decreta la prisión preventiva del imputado; así pues, si cesa la libertad del imputado se deberá de proceder a devolver la fianza, sin necesidad de que el fiador solucione su devolución, y ello supone que la cancelación se tendrá que hacer de oficio, sin necesidad que se produzca a instancia de parte.

Cuando se revoque la decisión que impuso la caución.

De igual manera, cuando se revoca la decisión que impuso la caución, se deberá de ordenar su devolución por el juez o tribunal que la impuso, por consiguiente, procederá la cancelación de la misma.

Cuando por resolución firme se sobresea al imputado.

Si ha recaído absolución firme o auto de sobreseimiento, cesara el procedentito seguido contra el imputado, y consiguientemente al haberse, ya no hay razón para seguir asegurando su presencia.

Cuando comience la ejecución de la pena privativa de libertad o ella no se deba ejecutar.

Si el imputado se requiere para que cumpla la condena que se la impuesto y media vez se encuentre a disposición de las autoridades competentes, la fianza queda sin efecto, ya que la obligación que se asegura con la misma se encuentra perfectamente cumplida y la fianza pierde toda razón de ser.

Con el pago de la multa impuesta en la sentencia.

Por último, si la fianza ha sido constituida por el propio imputado, finalizando el proceso con sentencia condenatoria y extinguida la pena de multa, pierde todo fundamento el aseguramiento preventivo, por tanto, en este caso también es procedente la devolución de la fianza.

Como ya hemos establecido, la caución tiene por finalidad garantizar la presencia del imputado en el proceso penal, siendo esta una medida sustitutiva a la detención provisional, tal como lo regula el artículo 331 numeral 7.

Todo lo mencionado con anterioridad, resulta obvio que si ha desaparecido el motivo de la imposición económica, procede la cancelación de la misma, salvo

que esté legalmente prevista la ejecución de la caución, de acuerdo al artículo 338 previamente analizado.

3.7. Normativa internacional de las medidas sustitutivas a la detención provisional

Las medidas alternativas o sustitutivas a la detención provisional tienen un amplio margen en cuanto a regulación internacional, debido al bien jurídico protegido como lo es la “libertad personal”, las medidas cautelares, son limitantes a la detención provisional; ya que en las normas internacionales tienden a valorar la libertad locomotora y el principio de inocencia; estos derechos fundamentales, son la antítesis de la detención provisional.

En las legislaciones de cada Estado se instituye un modelo garantista, denominado también modelo liberal, y proviene porque se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites, este modelo se sustenta en la “*libertad*” como uno de los derechos más importantes la persona como sujeto de derechos, así mismo busca la menor intervención coactiva del estado a los procesados, sin que antes no exista sentencia condenatoria firme y este modelo se ha visto fuertemente influenciado en los juristas del siglo XXI, ya que según explica Alberto Binder¹⁷⁷, el modelo liberal se caracteriza por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado¹⁷⁸. Julio Maier establece que “*solo se puede hablar de libertad pura si*

¹⁷⁷ Alberto Binder, Justicia penal y estado de derecho, (Buenos Aires Argentina, Universidad de Palermo)

¹⁷⁸ Alberto Binder, Política criminal de la formulación a la praxis. Ad hoc. (Buenos Aires, 1997) 36.

*se supone la existencia de garantías jurídico – políticas antes que decretar la detención preventiva a un individuo*¹⁷⁹

Y es así que países como Colombia, Venezuela, Chile, Argentina, y otros han adoptado una postura de buscar ser más coherentes entre sus normas jurídicas internas, sus Constituciones y los Tratados o Convenios Internacionales, existiendo una corriente de unificar los sistemas legales en Latinoamérica y buscar todos tener esa tan anhelada paz de los Estados y de la región, para ellos se han promovido en estas dos últimas décadas una corriente garantista de derechos y libertades que impulsan a modificar legislaciones de cada país, de hacer leyes más efectivas que traten de cambiar los viejos esquemas doctrinarios inquisitivos, para hacer un derecho más humanitario y moderno.

3.7.1. Instrumentos internacionales sobre detención preventiva

La Carta Magna Inglesa: Expedida por el rey Juan I de Inglaterra¹⁸⁰, en 1215 a instancia de los barones ingleses. Esta Carta consagra los principios fundamentales que suelen ser: a) el respeto de la autoridad a los derechos de la persona y, b) la sumisión del poder político a un conjunto de normas, que en Inglaterra integraban el *Commow Law*, hay que dejar en claro que el documento prometía la protección de los derechos eclesiásticos, la protección de los barones ante la detención ilegal, el acceso a justicia inmediata y limitaciones de tarifas feudales a favor de la Corona.

Petición de Derechos: surgida en 1628, Carlos I por imposición del parlamento, se vio obligado a expedir tal documento que vino a confirmar y

¹⁷⁹ Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal: Parte general, actos procesales, Tomo iii,

¹⁸⁰ También conocido como Juan sin Tierra, fue rey de Inglaterra desde 1199 hasta su muerte, La revuelta de los barones (Guerra por la negativa del rey a aceptar y acatar la Carta Magna que había sellado el 15 de junio de 1215), al final de su reinado condujo a la firma de la Carta Magna.

ampliar las garantías reconocidas en la Carta Magna, ya que es un importante documento constitucional inglés que establece garantías concretas para los súbditos que no pueden ser vulneradas por nadie, ni siquiera por el Rey y que contiene restricciones sobre encarcelamiento sin causa y restricciones en el uso de la ley marcial.

Habeas Corpus de 1679, que creó el primer recurso legal contra las detenciones arbitrarias. A partir del Habeas Corpus el documento más importante sobre derechos y libertades del pueblo inglés; esta declaración redactada por los Lores y los Comunes Cámaras del Parlamento Inglés, la de los Lores, estaba integrada por la nobleza y el clero y la de los Comunes compuesta de los representantes de las ciudades, fue promulgada por el príncipe Orange.

En tal documento se establece el principio de legalidad ya que obliga a que toda persona detenida se la presente en un plazo preventivo determinado ante la autoridad competente, quien podría ordenar la libertad inmediata del detenido si no encontrara motivo suficiente de arresto

La Declaración de Virginia: adoptada el 12 de junio de 1776, está considerada la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia, sin embargo con grandes connotaciones de la Carta Magna ya existente, es un documento que proclama que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados, en ella se proclama la igualdad de los hombres y que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, En esta época el poder estaba en manos del clero y la nobleza y era de carácter

centralizado, pues este, decretaba leyes, manejaba las relaciones exteriores, controlaba las finanzas y restringía la libertad; este poder recaía en los súbditos, los cuales eran los obreros y campesinos y es a raíz de los abusos y arbitrariedades del régimen político de esa época que da lugar a la revolución Francesa (producto de las injusticias sociales, del absolutismo monárquico) esta declaración define los derechos personales y los de la comunidad, además de los universales, los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son anteriores a los poderes establecidos y son considerados como aplicables en cualquier lugar y cualquier época lo cual la Libertad se enlista en los primeros derechos protegidos por esta declaración.

3.7.2. El salvador como estado firmante en materia de tratados internacionales sobre medidas sustitutivas a la detención provisional

La Carta de las Naciones Unidas: que nace el veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y cinco en Estados Unidos California, con la finalidad principal de proteger los Derechos Humanos y establece a los Estados partes dentro del Pacto que se sustenta en los principios, de libertad, justicia y paz en el mundo, dentro del preámbulo entre consta "*Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,*" pues bajo estos manifiestos nace la obligatoriedad a los Estados partes de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, derechos reconocidos constante, este pacto es el auténtico *ius cogens*¹⁸¹ o de obligatorio cumplimiento para los estados parte de la O.N.U., lo que al inicio fue un conjunto de principios que los Estados iban a seguir como norma de conducta,

¹⁸¹ Es una locución latina empleada en el ámbito del Derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de Derecho imperativo o perentorio, esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. Con el *ius cogens* se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento.

a futuro en 1968, La Confederación Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán, Irán, declaró que "Los Derechos Contenidos en La Declaración Universal son fundamentales y reconocidos por todas las Naciones, y por tanto son de obligatorio cumplimiento, y es así que en el Art. 9 de la Carta establece que:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. 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 otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

El Salvador como Estado Signatario Original de la Declaración de la ONU, junto con otros veinticinco países firmantes, fueron los fundadores de este acuerdo, por ende he ahí el compromiso como Estado de compaginar nuestra regulación interna como país y cumplir así con los principios de la ONU.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Este es un tratado, siempre concerniente de la ONU que reconoce el goce de los derechos civiles y políticos y establece mecanismos para su protección y garantía, fue ratificado por los Estados miembros el 16 de diciembre de 1966.

En este Pacto en el artículo 9.3 se plantea en primer lugar que toda persona detenida, a causa de una infracción penal será puesta inmediatamente a la orden de un juez competente, quien deberá juzgarla en un Plazo razonable; este plazo razonable viene expresado con el afán de que el trámite del proceso será en la mayor brevedad posible sin demora, para que su situación jurídica le afecte lo más mínimo.

Por otra parte fundamenta la concurrencia de medidas sustitutivas a la detención provisional como regla general, dándole el carácter a la aplicación de la detención provisional, excepcional y necesario, por cuanto dice que la prisión debe ser fundamentada conforme a la Ley; pero además regula que la medida cautelar que sustituye a la detención provisional; la libertad mediante esta medida podrá estar subordinado a garantías que aseguren la comparecencia del imputado al acto del proceso y a la ejecución de la sentencia.

En el artículo 10, se fundamentan medidas que se deben de asegurar para las personas que se encuentran en detención provisional, entre estas están: Que los condenados deben estar separados de los procesados; deben tener un tratamiento distinto los de detención provisional con los de detención formal; la finalidad del detenido provisionalmente será procesal.

En el artículo 14.2 de este Pacto se plantea el Principio de inocencia el cual establece que toda persona acusada de un delito se presumirá su inocencia; con lo cual la culpabilidad solo podrá estar en certeza cuando se dicte sentencia en ese sentido.

El Salvador ratifico este tratado: en el decreto 27 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, del 23 de noviembre de 1979, y publicado oficial número 218, del

23 de noviembre de 1979, cabe destacar que fue una de las acciones que adoptó la Junta Revolucionaria de Gobierno¹⁸² en El Salvador,

La paradoja de esta situación es que el Estado reconocía y se comprometía a darle fiel cumplimiento al goce y garantías del reconocimiento de los Derechos civiles y políticos de las personas y al mismo tiempo dando inicio a una guerra civil que afectó al país por una década.

Así mismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) preparaba un informe condenatorio del gobierno de Carlos Humberto Romero, que debía presentarse en una reunión que se celebraría el 22 de octubre de 1979 en La Paz (Bolivia), por vulnerar los tratados ratificados por el país, ya que mucho se hablaba ya de medidas de opresión a los derechos civiles por medio de medidas de coacción no reguladas como lo eran los escuadrones de la muerte (grupos ultraderechistas) que actuaban con gran impunidad, matando a los sospechosos de ser simpatizantes de las organizaciones armadas de izquierda e incluso a miembros del Partido Demócrata Cristiano (PDC) a pesar que este partido apoyaba al nuevo gobierno. Dentro de la primera semana después de que la Junta tomó el poder, los organismos de derechos humanos en el país, denunciaron un centenar de muertos debido a la violencia política.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica)

¹⁸² Se le denominó así a un grupo de juventud militar que derrocó al presidente del Partido de Conciliación Nacional, Carlos Humberto Romero, los golpistas tuvieron el apoyo del Gobierno de Jimmy Carter, ya que se podía apreciar desde un ángulo internacional el descontento que generaba el problema de que se había perdido el control de la situación del país, y mostraban preocupación ante el fortalecimiento de los grupos armados de izquierda, por el descontento que generaban las fuerzas armadas en ese momento a la población.

Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes están obligados a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Dentro de su preámbulo establece a los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Fue ratificado por El Salvador, por decreto Legislativo número 5, del 15 de junio de 1978 y publicado en diario oficial número 13, del 19 de julio de 1978.

En el artículo 7.5 de esta convención, regula el derecho que toda persona, tiene a la libertad; en tal sentido expresa claramente que esta libertad a la que se refiere es a la del sujeto acusado de haber cometido una infracción penal, incorpora además que el plazo que debe de tramitarse, debe de ser un plazo razonable, entendido esta razonabilidad en los más corto posible en donde se desarrollen todas las diligencias, sin demora para verificar su situación jurídica, en tal sentido se infiere que la detención provisional del inculpado, si fuere necesaria de conformidad a las Leyes internas de cada estado parte, esta debe de aplicarse en un período corto. Esta convención aclara que cuando se refiere

al término, persona, se entenderá como todo ser humano, de acuerdo con el artículo 1.2.

La libertad de toda persona acusada de un delito podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia del imputado en el acto del juicio; este apartado se refiere precisamente a la adopción de las medidas cautelares en forma general y como excepción a estas a la detención provisional; pero con la observación que esta deberá permanecer en períodos cortos.

En el artículo 8.5 de las garantías judiciales, reza el principio de inocencia, principio rector de las medidas cautelares; de este derecho a que el procesado se presuma su inocencia, aunado al derecho de libertad, constituyen las dos limitantes fundamentales a la aplicación de la medida de la detención provisional.

Entre otros instrumentos, ha sido complementada con: 1. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), de 1988. 2. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte de 1990.

Las reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de libertad. (Reglas de Tokio): Fue adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, Estas reglas tienen por objeto, la interpretación en forma auténtica del artículo 9.5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En tal sentido estas reglas son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes, por contener normas y principios de carácter general de un instrumento ya ratificado, aceptados por la mayoría de los Estados miembros y flexibilizar los sistemas de Justicia Penal, en el uso de medidas cautelares que atenten con los derechos Humanos, a tal grado que fomenta y promueve medidas sustitutivas de

detención provisional y obliga a los Estados partes a incluirlas en sus ordenamientos internos y establecía estándares mínimos para el tratamiento de los privados de libertad.

Estas reglas de Tokio, se enmarcan el objeto de las medidas sustitutivas así como sus alcances, y una clasificación de medidas que si bien es cierto son amplias pero cada país está sujeto a aplicar las que considere procedente en sus Estados de acuerdo a sus necesidades sociales, políticas, etc., Algunas de las medidas sustitutivas que se proponen en las Reglas de Tokio, en diciembre de 1990, son: *“penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas y penas en dinero, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, arresto domiciliario”*.

Y según estas reglas, ratificadas por El Salvador, a la hora de adoptar una medida no privativa de libertad, la autoridad judicial deberá tomar en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. Las autoridades podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia. b) Libertad condicional. c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones. d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días. e) Incautación o confiscación. f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización. g) Suspensión de la sentencia o condena diferida. h) Régimen de prueba y vigilancia judicial. i) Imposición de servicios a la comunidad. j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado. k) Arresto domiciliario. l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión. m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Las Reglas contienen unos principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de libertad. Tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad. Para aplicar las Reglas, hay que tomar en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país y también los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal. Los Estados Miembros tienen que intentar alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. La introducción de medidas no privativas de libertad tiene como objetivo reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, siempre teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Las Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, etc. Se alentará y supervisará el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

El Informe sobre Medias Sustitutivas de la Prisión y Medidas de Reinserción Social de los Presos, presentada en 1985 en el VII Congreso de la ONU, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la OEA presentó “Medidas Para Reducir La Prisión Preventiva” el 3 de julio 2017 que básicamente presenta salidas alternar a la Detención Provisional en la región, considerando lo siguiente:

Que desde hace dos décadas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión”) ha señalado que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva es un problema crónico en la región. A fin de que este régimen resulte compatible con los estándares internacionales, la CIDH recuerda que la prisión preventiva debe partir de la consideración al derecho a la presunción de inocencia y tener en cuenta la naturaleza excepcional de esta medida; además, debe aplicarse de conformidad con los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. La privación de libertad de la persona imputada debe tener un carácter procesal, y en consecuencia, sólo puede fundamentarse en sus fines legítimos, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. De igual forma, la CIDH recuerda que las normativas que excluyen la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la gravedad del acto o de la expectativa de la pena, resultan contrarias a los estándares de aplicación en la materia.

Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas Sustitutivas del Encarcelamiento¹⁸³

El “Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas Sustitutivas del Encarcelamiento”, este manual permite acceder con facilidad a información sobre las alternativas a la pena de prisión en cada una de las etapas del proceso de justicia penal; a importantes consideraciones sobre la utilización práctica de esas alternativas, con inclusión de las medidas que deben adoptar los distintos interesados para garantizar su éxito; y ejemplos de sistemas que han reducido los encarcelamientos. El manual ha sido escrito para funcionarios del sistema de justicia penal, organizaciones no gubernamentales y miembros de la sociedad civil que se esfuerzan por poner

¹⁸³ Rodrigo Escobar Gil, derecho y humanidades, N° 18, 2011. / Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad, 41-50

coto al exceso de confianza en las penas de prisión; mejorar el ejercicio práctico de la justicia, lo que incluye las medidas de rehabilitación y reinserción; e integrar las reglas y normas internacionales basadas en los derechos humanos en las políticas y prácticas nacionales.

Se consideran las estrategias generales de reducción del ámbito del sistema de justicia penal para evitar de este modo indirectamente el recurso a las penas de prisión. También se examinan distintos aspectos de las alternativas a las penas de prisión que puede ser conveniente considerar cuando se evalúen las necesidades y demandas de un sistema nacional de justicia penal. Es importante tener en cuenta que el manual se centra sistemáticamente en la utilización de alternativas en las siguientes etapas del sistema de justicia penal: Antes de la sentencia; Cuando se dicta sentencia; Cuando se decide la excarcelación anticipada de personas condenadas a penas de prisión.

En el manual se destacan también diversas estrategias para reducir las penas de prisión aplicadas a cuatro grupos importantes de población para los que el encarcelamiento tiene unas consecuencias especialmente negativas y pueden beneficiarse de alternativas en cualquier etapa: Los niños; los drogodependientes; los enfermos mentales; las mujeres.

Si bien no son abundantes los instrumentos internacionales que se ocupan del tema de medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad, sí existen unas directrices y recomendaciones con carácter vinculante que deben observar los Estados al formular sus políticas criminales en orden a adoptar medidas alternativas para sancionar la comisión de delitos, a la par que se promueva la despenalización de ciertas conductas en las que no sea necesaria la intervención del sistema penal¹⁸⁴

¹⁸⁴ *Ibíd.*

Teniendo presente los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, cuando en el ordenamiento criminal existan otras medidas que no impliquen restricciones a la libertad de las personas y por medio de los cuales se satisfagan los fines de la protección de la sociedad, la resocialización de la persona condenada y la garantía de los derechos de las víctimas, se deberá optar por las medidas sustitutivas que resultan más garantistas de los derechos humanos de las personas condenadas y torna innecesaria la privación de la libertad.

Las Reglas Mínimas, emiten una serie de medidas sustitutivas, sin perjuicio de que los diferentes Estados diseñen y ejecuten otro tipo de medidas, de acuerdo a sus necesidades sociales y políticas o a la naturaleza y gravedad del delito y personalidad del delincuente y entre las propuestas consta:

Penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas y penas en dinero, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, arresto domiciliario, entre otras.¹⁸⁵

Pues bien si bien se busca proteger y defender al infractor, con medidas cautelares más humanas; pero esta interrogante también he planteado y que pasa con las víctimas, la sociedad quien la protege de la delincuencia y la inseguridad, entonces allí va mi propuesta de que se hace necesario la regularización de las medidas sustitutivas y alternativas para que haya una mejor aplicación del proceso y la sanción al implicado.

Es por lo anterior que podemos concluir en cuanto a normativa internacional sobre las medidas sustitutivas a la detención como medida cautelar antes de

¹⁸⁵ *Ibíd.*

una sentencia firme, que estas medidas alternativas tienen su influencia externa, para que se las establezca en la legislación de los Estados, con el fin de racionalización de la pena de privación de la libertad del sujeto objeto de un proceso penal.

Organismos como la ONU y OEA, en diversos instrumentos orientan a impulsar la adopción de medidas sustitutivas a la privación de la libertad personal, y así tenemos: en la OEA tenemos los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, adoptado por la CIDH¹⁸⁶ el 1 de 2008, que en el principio III, numeral 2, “Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad”, y numeral 4, “Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad”.

3.7.3. Tratados internacionales en materia de medidas cautelares aplicados en la legislación penal salvadoreña

La influencia de los diversos instrumentos internacionales¹⁸⁷ en la protección de derechos humanos es notoria en nuestra legislación tanto Constitucional como Penal; esto se debe principalmente que nuestra Carta Magna de 1983 bastante garantista; basta observar lo dispuesto en los Artículo 1, 2, 11, 12, 13 y 144 del citado cuerpo normativo; por otro lado, nuestra Legislación Penal actual trata de compaginar con lo establecido por la Constitución de la República e Instrumentos Internacionales en cuanto a derechos

¹⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸⁷ El salvador ha sido parte como estado firmante de tratados internacionales, tales como: La Carta de las Naciones Unidas (1945); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969); Las reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio (1990); El Informe sobre Medias Sustitutivas de la Prisión y Medidas de Reinserción Social de los Presos, presentada en 1985 en el VII Congreso de la ONU, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (2017); Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas Sustitutivas del Encarcelamiento.

fundamentales y aplicación de medidas cautelares; como lo observamos en los artículos 1, 2, 3, 6, 8, 16-A y del 320 al 344 del Código Procesal Penal.¹⁸⁸

El Sistema Jurídico Penal salvadoreño trata de dar fiel cumplimiento a lo establecido tanto en la legislación interna como en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por El Salvador.

Nuestra vasta jurisprudencia en materia de Medidas Cautelares es contundente en señalar que las medidas cautelares y más de carácter personal, como es el caso de la detención provisional, es excepcional por lo que partiendo del marco normativo institucional y de los tratados internacionales se debe de utilizar el principio de proporcionalidad, siendo la regla general la libertad de las personas que va en consonancia con la presunción de inocencia que conservan los procesados.

Los tratados internacionales se invocan y se aplican cuando en la legislación interna hay una normativa transgresora de derechos fundamentales, un claro ejemplo lo podemos encontrar en la controversia que genero el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal,¹⁸⁹ donde uno de los argumentos que reforzaban la presunta inconstitucionalidad era que la referida norma contradecía lo estipulado en instrumentos internacionales tales como pactos, tratados y convenciones de derechos humanos.

En específico, se alegó que no era concordante con lo establecido en el art. 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9.3 del Pacto

¹⁸⁸ El Artículo 329 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 7 numeral 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Art. 9 numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es un claro ejemplo de la armonía que existe entre nuestra legislación interna y los instrumentos internacionales.

¹⁸⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, catorce de septiembre de dos mil once).

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 4.1 de las denominadas Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o “Reglas de Tokio”, en el sentido que la detención provisional no debe considerarse como una regla general dentro del proceso penal, sino la excepción.

Por ende, era razonable considerar procedente su inaplicación por parte de muchos jueces de aquel entonces por ser contraria a lo establecido en el art. 144 de la Constitución.

Es por ello que la aplicación de las medidas cautelares tiene que ser razonable con la intensidad que jurídicamente amerita la imposición de la medida legalmente establecida y, también debe de ser coherente, con el imperativo que recae en el Estado de proveer en general: la defensa de las personas, de la convivencia social y derechos fundamentales expresamente reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales, precisamente porque la comisión de muchos delitos¹⁹⁰ causan alarma o conmoción social cuando se cometen y atacan esos derechos fundamentales.

Los bienes jurídicos vulnerados por esos delitos justifican la proporcionalidad y constitucionalidad de la medida establecida; es así que tanto el derecho interno como los tratados internacionales ratificados por El Salvador, reflejan criterios claros en virtud de los cuales las medidas cautelares privativas de libertad debe ser aplicada de manera excepcional y proporcional, no como regla general.¹⁹¹

¹⁹⁰ Delitos como los establecidos en el artículo 331 inc. segundo del código procesal penal y delitos contenidos en Leyes Especiales como la Ley de Lavado de dinero y Activos, Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, entre otras.

¹⁹¹ Tal es el caso del numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, de igual forma el numeral 5 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS O LINEAMIENTOS EN LA ACTIVIDAD DEL SISTEMA JUDICIAL SALVADOREÑO PARA MOTIVAR Y FUNDAMENTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE DETENCIÓN PROVISIONAL O MEDIDAS SUSTITUTIVAS A LA MISMA

El presente capítulo condensa un análisis de los criterios o lineamientos en la actividad del sistema judicial salvadoreño para motivar y fundamentar la medida cautelar de detención provisional o medidas sustitutivas a la misma, por lo que presenta un estudio sobre criterios o lineamientos como *Fumus boni iuris* *Periculum in mora*, de criterios objetivos como la gravedad del delito, las circunstancias de hecho, alarma social, criterios subjetivos, los arraigos, los antecedentes, la peligrosidad, criterios no establecidos en la ley que se toman en cuenta para decretar una medida cautelar, proporcionalidad del hecho, conocimiento para realizar más ilícitos, la frecuencia o habitualidad, con un enfoque jurídico-procesal-penal, haciendo las aplicaciones pertinentes para establecer los motivos para modificar la detención provisional a medidas sustitutivas; también estudiar la temática de la audiencia especial para la revisión de medidas establecer en qué medida puede esta institución intervenir en la aplicación de una medida cautelar.

Se ha demostrado durante esta investigación que existe una problemática en cuando a la correcta aplicación de los presupuestos jurídicos-doctrinarios para decretar una medida cautelar ya sea detención provisional o de alguna medida sustitutiva a la detención, este problema se ve reflejado en el proceso penal común y los procesos especiales regulados por el Código Procesal Penal; por lo cual, el propósito de este capítulo será analizar los criterios o lineamientos que son aplicados en nuestro sistema judicial para motivar y fundamentar dichas medidas cautelares.

Lo anterior, radica en la decisión independiente y personal de cada juez, o magistrado, y no en la ley, puesto que se encuentra regulado cuales principios deben de ser cumplidos para aplicar una y otra sin embargo esto se encuentra en los fundamentos epistemológicos de la cognición¹⁹² del aplicador de justicia, ya que evalúa qué medida cautelar aplicar, y a esta libertad tan escueta es que ha llamado la atención, debido a que muchas resoluciones parece ser que están un tanto alejadas al principio de justicia penal.

La finalidad de las Medidas Cautelares, como ya se vio en el primer capítulo, es ser cautelar; es decir, que es aplicado para evitar determinado resultado o evitar lo que lo puede llegar a obstaculizar, es así también como el Código Procesal Penal a partir del Artículo 320 en adelante, desarrolla la situación en las que pueden optarse cada una de ellas y los requisitos de ésta.

El primer inciso del referido artículo establece que serán impuestas mediante resolución fundada, y en base a esto podemos decir que la Jurisprudencia deja en claro que muy pocas veces encontramos una resolución respecto a medidas cautelares sin fundamentación; ahora bien, y si se encuentra fundamentación, el tema es que si ese fundamento es realmente suficiente para garantizar el proceso penal, si se está violentando principios como el de inocencia o si se está dando lugar a situaciones que empeoren la situación delinencial, referido al hecho de decretar una medida sustitutiva a quien muy probablemente no le hará mella en su personalidad y sus actitudes serán las mismas una vez se le dé la oportunidad de llevar su proceso penal en libertad.

¹⁹² Franz M Wuketits., Universidad de Viena, La evolución como proceso cognoscitivo: Hacia una epistemología Evolucionista, Taula (UIB) núm. 12, Diciembre 1989. 53. El autor desarrolla El Racionalismo, como la causa de conocimiento está en la razón, es decir, en el pensamiento; El Interaccionismo, que es estudiado por la psicología evolutiva en la cual el sujeto incluye sus conocimientos cuando interactúa con el mundo externo, físico y social.

Otro problema derivado del mismo es la duración de su adopción y este debe de ser absolutamente imprescindible, para cubrir con la necesidad de su aplicación, en cuanto a esto también veremos que el tiempo en la mayoría de casos, es un pilar que se respeta debido a que para esto también existe mecanismos de control de parte de otros organismos jurisdiccionales para su correcto funcionamiento, como lo es el Proceso de Hábeas Corpus, ya que al sobrepasar de lo regulado en el artículo 8 del Procesal Penal, en donde para los delitos menos graves el máximo establecido desde que se decreta su detención es de doce meses calendario y de veinticuatro meses para los delitos graves; es decir, los que sobrepasan de penas mayores a tres años, sin embargo el análisis de esta investigación no es si se está respetando o no tales plazos, aunque sabemos que habrán casos excepcionales, el problema de este párrafo radica en su aplicación, debido a que si realmente la adopción de esa medida cubre la necesidad de su aplicación, pero veamos ejemplos como los siguientes:

La resolución de apelación con referencia 085-18 fecha diecinueve de abril de dos mil dieciocho¹⁹³ de la cual podemos expresar respecto a la configuración del delito de Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en perjuicio de la Salud Pública.

El imputado en la audiencia inicial expresó que la posesión de la marihuana que le encontraron era con la finalidad de consumirla, puesto es consumidor habitual y que para demostrarlo estaba dispuesto a que se le realizara el correspondiente examen toxicológico, situación que no fue considerada oportuna por parte de la Jueza de Paz, Licenciada Alma Yanet Andrade

¹⁹³ Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, San Salvador, Referencia: 085-10, proveniente de la es una resolución Interlocutoria con fuerza de definitiva, consistente en una apelación recibido por el Juzgado Segundo de Paz de Soyapango, por los delitos de Posesión y Tenencia, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 2° de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

Prudencio, pero que aporta un elemento de probabilidad a tener en cuenta en las valoraciones del presente caso, sobre todo a razón que si bien es cierto que la cantidad de droga que se le incautó sobrepasa los dos gramos a los que se refiere el Art. 34 de la ley aplicada, la afirmación del imputado de ser un consumidor no resulta incompatible con las reglas de la lógica y la sana crítica, pues de acuerdo al dictamen técnico la cantidad de unidades consumibles que se pueden fabricar con la misma es de aproximadamente trece cigarrillos, lo cual podría ajustarse a una cantidad adecuada para un consumidor.

Esa afirmación hecha por el imputado es relevante porque la prohibición que se hace de la posesión y tenencia, es por una posible afectación al bien jurídico denominado Salud Pública y no se sanciona las conductas autorreferentes. No obstante lo anteriormente expresado, no se puede obviar que los hechos arrojan elementos que establecen que el imputado fue detenido en posesión de una cantidad mayor de dos gramos de material vegetal que resultó ser droga, específicamente Cannabis Sativa y que se debe completar la investigación en la etapa de instrucción para determinar en la audiencia preliminar si es procesalmente procedente elevar a la etapa de juicio, y en ese sentido, la fundamentación plasmada en la decisión del juez a quo, es establecer la existencia de un probable delito con la participación del procesado, resulta suficiente y adecuada para éste Tribunal de alzada.

El impugnante señala también la posible procedencia de la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la detención provisional, para lo cual se debe de analizar el peligro de fuga, el que se entiende como el daño jurídico que viene determinado por el retardo en el procedimiento derivado del peligro de fuga o evasión del imputado.

Según el anterior presupuesto para poder decretar la prisión preventiva, es necesario comprobar que existe el riesgo latente que el procesado pueda

sustraerse del proceso penal en el cual es señalado como autor de un hecho punible; es decir, este presupuesto representa un carácter cuantitativo.

De todo lo anterior la cámara infiere que el juez A quo no valoró los elementos encaminados a establecer arraigos, se tiene que la decisión que tomó fue legalmente procedente, sin embargo, éste tribunal de alzada, ha tenido a bien tomar en cuenta una serie de circunstancias que dan lugar a una modificación de tal decisión, las cuales consisten en los siguientes aspectos:

- i) la probabilidad de poder comprobar la habitualidad de consumo de marihuana del imputado y así fortalecer su posición respecto que la posesión de la droga incautada era con la finalidad de consumirla, dado que la cantidad de material ilícito incautado permite esa posibilidad;
- ii) la edad del imputado, a razón que éste al momento de ser detenido contaba con un poco más de un mes de haber cumplido su mayoría de edad, y por tal razón su procesamiento con detención podría resultar menos ventajoso para los intereses de la sociedad;
- iii) el hecho de haber establecido, aunque sea de forma extemporánea, arraigos que demuestran vínculos familiares y vínculos a un lugar de residencia y de forma de vida.

De las anteriores situaciones que hacen creer a la Cámara que el imputado puede continuar afrontando el proceso penal en su contra el libertad ambulatoria, de acuerdo a lo establecido en el Art. 331 Código Procesal Penal.

Como hemos visto, la imprescindible necesidad no siempre es aplicada de manera idónea para cada caso, es acá que comienzan a dar los primeros síntomas que realmente si existe un problema de aplicación de la norma en el Derecho Procesal Penal Salvadoreño, ya que para el Juez de Paz quien le

aplico al imputado la Medida Cautelar de Detención Provisional, consideró que el consumo propio no es un indicador para que no pueda ser aplicada la medida cautelar de detención provisional, ya que dicho comportamiento antijurídico es delito porque así está en la ley, y que cumple con los presupuestos del mismo.

Sin embargo, es interesante los aspectos que deslucida la cámara, para fundamentar la aplicación de una medida sustitutiva ya que en primer momento no solo se refiere a que el consumo personal es tácitamente permitido, y por lo tanto justificando, así la posibilidad de enfrentar el proceso penal en libertad, sino también el aspecto de la *edad* al que hace referencia, pues considera que el encartado ser un nuevo ciudadano por estar sobrepasando por poco la mayoría de edad lo considera propenso a que este tipo de situaciones se den con habitualidad a jóvenes de su edad.

Es por lo anterior que el problema en este aspecto no es falta de normativa, sino la incierta aplicación de las normas ya existentes, por los criterios a considerar de cada aplicador de derecho y sin duda alguna esa incertidumbre da lugar a una latente inseguridad Jurídica, que pone en riesgo el sistema democrático de derecho.

Continuando con el desglose del art. 320 Procesal Penal, vemos en su segundo inciso que existe la posibilidad de la aplicación de un recurso, "*El auto que imponga una medida cautelar o la rechace será revocable o reformable, aun de oficio, en cualquier estado del procedimiento*" y sobre esto el problema recae sobre la posibilidad de existencia del auto donde se decreta la medida cautelar, sobre todo cuando hablamos de una negación para una revisión de medidas así como lo regula el art. 334 del Código Procesal Penal, debido a

que si no cumple con los requisitos¹⁹⁴ que establece ese artículo y por lo tanto este auto podría ser recurrible.

En cuanto a los procesos especiales desarrollados en el Derecho Penal Salvadoreño, se ha realizado un análisis a las leyes de: Ley Especial Contra Actos de Terrorismo; Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos; Ley del Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja; Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas; Ley Especial Juvenil; Ley de Procedimientos Especial Sobre Accidentes de Tránsito; Ley Especial Integral Para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

Y se enuncia que en cuanto a eso, que el procedimiento en el desarrollo y aplicación de las leyes especiales son muy semejantes al proceso común propiamente dicho.

Es decir, los criterios de adopción de una u otra medida cautelar siempre es tomada en base a los dos presupuestos doctrinales consistentes en el *Fumus Boni iuris* y *Periculum in Mora*, y se ve muy

marcada la influencia de los presupuestos procesales no regulados por la normativa, presupuestos que se analizarán más adelante, esto es por la naturaleza de creación de estas leyes, ya que surgen por la necesidad de regulación que el Código Procesal Penal, no logra abarcar, tal es el caso como ejemplo la ley reguladora relativas a las drogas, ley especial juvenil, etc., son creadas para normar aquellos antijurídicos que no logran ser tomados en cuenta por el Código Penal, sobre todo en temas de agravantes, y aunque exista inconstitucionalidad presentada ya resuelta o en camino a resolver por

¹⁹⁴ Los requisitos necesarios para adopción son: 1. Los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo. 2. Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal. 3. Los fundamentos, con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida y 4. La parte dispositiva con la cita de las normas aplicables.

la supuesta vulneración a garantías constitucionales, estas leyes han venido a darle alguna salida al problema social delincencial de El Salvador.

Se dice entonces que los problemas que se resaltan en el proceso penal común también son marcados en los procesos especiales, con diferencia en cuando a la naturaleza de cada ley, pero que en definitiva no existe aquella diferencia marcada procesalmente hablando, ya que el problema es subjetivo es decir, el problema es de aplicación de criterios y no de falta de normativa procesal o material.

Vista la Ley Contra El Lavado De Dinero Y Activos, en el art. Art. 27, establece que “Los detenidos provisionalmente por el delito de Lavado de Dinero y de activos no gozarán del beneficio de sustitución por otra medida cautelar”, situación por la cual se interpuso inconstitucionalidad donde se resuelve de fecha once de julio de dos mil ocho, que no existe contradicción respecto al artículo 12 Cn. “pues respecto de los delitos que presenten una mayor dañosidad al bien jurídico protegido –art. 18 C. Pn– se concluye que el Legislativo ha realizado una ponderación entre bienes jurídicos: libertad personal y presunción o principio de inocencia, por un lado, y eficacia de la justicia penal, por otro, que se enmarca dentro de su potestad de ser el primer llamado a hacer ponderaciones entre bienes jurídico-constitucionales; con base en las especiales características que tienen los delitos mencionados, se advierte que el legislador ha considerado la fuerte incidencia que tiene el *periculum in mora*, expresado en el riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", en la detención provisional como medida cautelar del proceso penal¹⁹⁵.”

¹⁹⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad. Referencia: 642006/66-2006/67-2006/73-2006/74-2006/ 86-2006/89-2006 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, once de julio de dos mil ocho).

Es decir, podemos seguir tomando en cuenta que el artículo veintisiete de la presente ley especial sigue en vigencia, y que el mencionado artículo se aplicará en base a lo dispuesto en el artículo 18 C Pn En donde, será aplicable que no se sustituirá la Detención Provisional si se trata de Delitos Graves dentro de la ley, es decir, si el delito sobrepasa la pena máxima de tres años entonces no será posible sustituírsela por otras medidas cautelares menos gravosas.

Así mismo como la anterior, tenemos la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, en donde encontramos diferentes inconstitucionalidades tal es el caso, que se analizó una resolución con referencia 40-2006/45-2006/60-2006 de la Sala de lo Constitucional que menciona un criterio distinto a la aplicación de Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional, pues el artículo 71 de la LERARD establece que y puntualmente en su segundo inciso: “Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En relación con lo anterior, la Sala resuelve que no existe contradicción con el artículo 3 de la Constitución ya que la igualdad no se ve amenazada ni minimizada pues la igualdad no es un derecho absoluto y se realiza un examen de ponderación en donde se ve más marcada la dañabilidad que genera los tipos penales de la ley ya que ponen en peligro los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad, es decir, las personas que han sido condenadas anteriormente por cualquiera de los delitos de la ley tienen mayor riesgo de peligro de fuga por el daño que genera el delito y también este principio de *periculum in mora* debe de tomarse a la luz del artículo 18 CPP respecto a los delitos graves.

Por lo tanto, el criterio consiste en que si una persona procesada ya ha sido condenada anteriormente por un delito de la LERARD y el delito es GRAVE entonces no podrá sustituirse la Detención Provisional por otras Medidas.

En síntesis el criterio diferenciado al proceso penal aplicado en este ordenamiento especial es que, a quienes resulten condenados por los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas no se les concederá la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar, si alguien previamente declarado culpable por los delitos contemplados en la misma ley, vuelve a ser procesado.

De lo anterior se podrá establecer que según resoluciones judiciales se habla de la “Dañosidad” que cada delito produce, lo que se refiere a el daño que ha causado la conducta antijurídica al bien que protege, y dependiendo de ese daño causado es que es valorativo que se aplique o no una detención provisional o una medida sustitutiva a la misma.

Visto lo anterior y en los artículos siguientes del código que hemos mencionado, establece la clasificación de medidas cautelares existentes como la citación o detención del imputado, los casos especiales de la detención para inquirir, la detención en flagrancia y otras, sin embargo por ya haber sido estudiadas con anterioridad enfáticamente el artículo 329 el cual desarrolla los dos presupuestos legales para la adopción de la detención provisional.

4.1. Fumus boni iuris

Los latentes problemas existentes en este aspecto se refiere a las dificultades que la aplicación del *fumus boni iuris*, a consecuencia de las decisiones

judiciales, tomadas en todas las instancias del Derecho Penal Salvadoreño, es así que se pone de manifiesto lo siguiente:

El *fumus boni iuris* se encuentra regulado en el Art. 329 del Código Procesal Penal, siendo el primero de los requisitos a cumplir cuando se tratare de imponer una medida cautelar de detención provisional, y este primer requisito esta usualmente bien aplicado; es decir, los problemas que radican por esta parte de la normativa son pocos debido a que en este momento es que el Juez hace uso de los tres elementos básicos de valoración mediante la sana crítica, para aplicar una medida sustitutiva a la detención provisional o en su defecto la detención provisional propiamente dicha, la problemática radica en la aplicación del *fumus boni iuris*, ya que los jueces razonan su decisión y utilizan incorrectamente las palabras que sostienen la fundamentación, en el sentido que cuando se lee dichas resoluciones se interpreta que el juez está dictando una pena anticipada.

Un ejemplo claro lo encontramos en con la resolución de la cámara referencia 327-APE-16 ¹⁹⁶ en la referida resolución de apelación se plasma la fundamentación del juez para mantener la detención provisional del imputado, en la cual el Juez que dictó la resolución hace referencia a las palabras “...ya que se comprobó la existencia del hecho tipificado como delito y se tuvo los elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la participación del procesado en el delito de organizaciones terroristas...” Con esta fundamentación utilizada por el juez de Instrucción Especializado “B” se puede observar la problemática de que los jueces adelantan criterio a la hora

¹⁹⁶ Resolución dictada por la Cámara Especializada de lo Penal, de las doce horas treinta minutos del día veintinueve de junio de dos mil dieciséis, procedente del Juzgado de Instrucción Especializado “B” de San Salvador con referencia de origen B-212-15(6), quien se le atribuye el delito calificado provisionalmente como organizaciones terroristas, previsto y sancionado el art. 13 en relación al art. 34 literal (a) de la Ley Especial contra Actos de Terrorismo.

de valorar la aplicación del precepto de apariencia del buen derecho, con esto se ocasiona un grave perjuicio al imputado, trasgrediendo derecho de defensa y el principio de inocencia, ya que se entendería esa fundamentación, que el juez está condenando anticipadamente, porque dice que “ha existido los suficientes elementos” para la existencia del hecho y la participación. De esa manera se evidencia el actuar erróneo de uno de tantos de jueces que fundamentan de forma indebida la aplicación del precepto *FUMUS BONIS IURIS*; y esto, lleva la consecuencia de una grave violación a los principios del debido proceso, inocencia y seguridad jurídica.

De lo anterior la Cámara Especializada de lo Penal menciona que ha existido la necesidad que se advierta que el fin de acto procesal de realización de la audiencia especial para la revisión de medidas, no es valorar los elementos del delito, adelantando criterio y con ello recayendo con una pena anticipada, en la misma resolución la cámara dice:¹⁹⁷

“...La Audiencia de Revisión de Medidas, tiene como objetivo, analizar si los motivos que llevaron a la Jueza a imponer una medida tan gravosa como es la detención provisional han variado, y que estos nuevos elementos sirvan para considerar que el procesado no se sustraerá o entorpecerá el proceso que se sigue en su contra. Es decir, la controversia en este tipo de Audiencias no se centra en establecer la existencia del delito ni en la probable participación del procesado en el mismo, sino en si la documentación de arraigos presentada es suficiente para otorgarle medidas sustitutivas a la detención provisional, incidiendo en el segundo supuesto del art. 329 C.Pr.P., que se refiere al peligro de fuga...”

¹⁹⁷ Acá vemos que la resolución trata de la Audiencia de Revisión de Medidas, pero debemos de entender que tampoco ni la Audiencia Inicial ni otra, sino hasta vista pública es que se deben de valorar esos criterios para recaer en certeza positiva que ha emitido el hecho y la participación del imputado.

Lo antes expuesto, ratifica que sí existe este problema dentro del actuar judicial, porque no valoran adecuadamente el precepto de *Fumus Boni Iuris*, ya que muchas veces los jueces se centran en la valoración del delito y no del objeto principal de la detención provisional, que establecer elementos suficientes para sostener razonablemente la participación del imputado y que el hecho haya existido.

4.2. Periculum in mora

Del mismo modo que el anterior, este presupuesto en capítulos anteriores, se dio a conocer su significado tanto doctrinal como legal, es por ello que en este momento se desarrollara aquellos problemas aplicativos.

Con respecto a *Periculum In Mora* se dice que, por ser un aspecto más amplio de análisis para su aplicación se da lugar a varios criterios e interpretaciones personales y es así como pondremos de manifiesto cada una de ellas.

Dentro de esta investigación, el presente subtema ha sido objeto de análisis desde dos puntos de vista, un *objetivo* y uno *subjetivo*, entre los objetivos están la gravedad del delito y las circunstancias del hecho y entre los criterios subjetivos desglosamos sub criterios como los arraigos, antecedentes, reincidencia y habitualidad, apariencia física, e incluso peligrosidad, de estos vemos que para una gran parte de jueces es necesario que concurren más de un criterio para admitir e interponer una Medida Sustitutiva, como si se tratase que la Detención Provisional fuera una medida cotidiana o regla general de aplicación; y acá es donde se resalta los errores del sistema penal en cuanto a la valoración de cada criterio, pues como ya se dijo, para unos es suficiente que se compruebe el *Fumus Boni Iuris* y uno tan solo los presupuestos del *periculum* para decretar una medida cautelar o no, es por ello que se desarrollara la problemática en cuanto a cada uno de ellos.

4.3. Criterios objetivos

4.3.1. La Gravedad del delito

Como presupuesto objetivo, indica aquella valoración y fundamentación categórica y porque no decirlo, problemática en cuanto a su aplicación, ya que según resolución referencia 299-2018¹⁹⁸ dice:

“(...) A propósito de los presupuestos de la medida cautelar de detención provisional, este Tribunal ha indicado: Que La detención provisional no puede ser adoptada ni denegada su modificación por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello llevaría a fundamentar la naturaleza de tal medida cautelar como mecanismo punitivo para la prevención de los delitos, y por tanto, su entendimiento como pena anticipada.

Entonces, no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, solo porque al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo 331 C.P.P.; ello, además, equivaldría a tratarlo como “presunto culpable” irrespetando el estado de inocencia que reconoce la Constitución.

En cuanto al primer aspecto establecido en el Artículo 329 Código Procesal Penal Numeral 2 “*que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años*”; se ha dicho también que se refiere a la gravedad del delito y como nuestra normativa regula las gravedades en dos rangos, Art. 18 del Código Penal los cuales son Graves, cuando la pena de prisión sobrepase de los tres años y Menos Graves, cuando sean menos de los tres años de prisión y cuya multa no sea mayor a doscientos días multa.

¹⁹⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Proceso de Habeas Corpus*, Referencia: 299-2018, (El Salvador: Corte Suprema de justicia, trece de marzo de dos mil diecinueve).

En la citación anterior, tenemos el criterio de la sala y pareciera que se refiere al catálogo de delitos regulado en el Artículo 331 del Código Procesal Penal y lo es, pero resaltaremos la parte en donde establece que no solo por esa gravedad automáticamente será aplicada la Detención Provisional, y como se ha dicho, el error es de interpretación debido a que unos jueces obedecedores de las resoluciones de la Honorable Sala de lo Constitucional, no solo por tratarse de los delitos comprendidos en el referido artículo decretan esa medida más gravosa automáticamente, en cuanto a la restricción de libertad del encartado sino que se detienen a valorar otros criterios.

Este punto también se refiere a que si se trata del conocimiento de un delito que se haya cometido con las circunstancias atenuantes del artículo 29 del Código Penal, sea (si no se logra establecer que existe *fumus boni iuris* y *periculum in mora*) procesado el imputado dentro de un centro de detención, ya que el delito como ejemplo, pudo solo ser en tentativa.

Por lo tanto, no se consumó y si bien es cierto, es antijurídico solo el hecho de quererse realizar un acto prohibido, pero debemos valorar también que el daño no se cometió o si se hizo se afectó en una manera mínima el bien jurídico que se pretendía¹⁹⁹.

4.3.2. Las Circunstancias de hecho

Refiriéndose a que si existe la posibilidad para que el imputado pueda seguir cometiendo más ilícitos de esta clase, por ejemplo al hablar de la resolución U-56-18²⁰⁰ en donde el imputado fue detenido dentro de una esfera pandilleril y con armas blancas en los miembros superiores, podría dar lugar a que en la

¹⁹⁹ Cámara de lo penal, *recurso de apelación*, Referencia: APEL-215-2018-PN Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho).

²⁰⁰ Tribunal segundo de resolución de Sonsonate, Referencia: U-56-18, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, treinta y uno de agosto del año dos mil dieciocho).

mente del juzgador, éste considere que esta persona al decretársele medidas sustitutivas con mucha probabilidad llegue al mismo círculo en el que fue detenido y por ende siga cometiendo ilícitos.

Sin embargo pese a que fue detenido bajo esos supuestos, eso no indica que el imputado no pueda cambiar su manera de actuar, el en caso de este proceso el imputado se le condenó en juicio sin embargo, la pena fue sustituida por trabajos de utilidad pública, y el juzgado en mención fundamentó que los motivos que lo llevaron a decretar la detención provisional han dejado de existir, que el imputado ha manifestado que está dispuesto a afrontar las consecuencias de sus actos, y se sujetará a los procedimientos ya que, la resolución antes citada así los establece:

“al respecto debe precisarse que las circunstancias que motivaron la aparición de buen derecho y el peligro de fuga, han dejado de existir, pues pese a la emisión de un fallo de condena que se ha fundado en su contra, se le ha beneficiado con la sustitución del mismo por trabajos de utilidad pública, y siendo que una de las finalidades de la restricción ambulatoria del procesado es la de garantizar su presencia durante el proceso, estima adecuado este Juzgador sustituir la detención provisional que le fuere impuesta, por una menos grave y en ese sentido y de conformidad al art. 332 inc. 3° CPP, se le impone la siguiente medida distinta a la detención provisional: deberá el procesado presentarse a esta sede judicial cada cinco días hábiles, hasta que esta decisión judicial adquiera firmeza”²⁰¹.

²⁰¹ Tribunal segundo de resolución de Sonsonate, Referencia: U-56-18, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, treinta y uno de agosto del año dos mil dieciocho). 16.

4.3.3. Alarma social

Este criterio se refiere a que el legislador en el Artículo 331 del C.Pr.Pn. planteo un determinado número de delitos; los cuales considero, que en ciertos delitos no procedería las medidas sustitutivas o alternativas a la detención, y esto es porque esos delitos se consideran socialmente más gravosos y que ponen en peligro bienes protegidos que son de interés para toda la sociedad, y al aplicar medidas sustitutivas se estaría generando descontento de la sociedad considerando también que la administración de la justicia no es eficaz, por lo tanto, generando inseguridad jurídica.

Son los aspectos de valoración para decretar o no una medida Cautelar de Detención Provisional o Medidas Sustitutivas a la misma, así tenemos por ejemplo en la resolución INC-101-18²⁰² en donde el juez de alzada considera que por tratarse de un delito de alarma social no es considerable decretar una medida sustitutiva a la detención provisional, sino la más rígida de todas, siendo la detención provisional, siendo así, la medida a seguir en el procesado hasta que los elementos que lo motiven cambien o desaparezcan y estará sujeta a varias circunstancias, entre ellas las normas ya citadas, que habilitan la aplicación de dichas medidas, por sus especiales características que tiene dicho delito en los cuales el legislador valoro la fuerte incidencia que tiene el Periculum In mora, expresado en el riesgo de fuga, obstaculización de las investigación o “alarma social”, en la detención provisional como medida cautelar del proceso penal.

²⁰² Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro: San Salvador, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, tres de mayo de dos mil dieciocho).

Así mismo, otro ejemplo la jurisprudencia con referencia 214-2000²⁰³ se hace mención que la Cámara de lo Penal de la Primera sección de Oriente, tomó el criterio de “*escándalo social*” como un sinónimo de alarma social, en donde valoro que ese fue un criterio para determinar que no procedía aplicar medidas sustitutivas a la detención provisional, debido que podría generar un descontento a la población si no se decreta detención provisional para ese caso; la sala de lo constitucional en este aspecto, dice que es razonable la invocación de la alarma social, si se acompaña de una justificación integral hecha por el Juez sobre los aspectos que acompañaron su decisión.

Ante los supuestos descritos, puede sostenerse que la Cámara pretendió justificar la medida, aludiendo a la alarma social, esa circunstancia no puede ser aducida como fundamento adoptado de manera automática, ni mucho menos en forma exclusiva para ordenar la detención, pues si ello fuera así, se comprende lo fácil que sería desnaturalizar la medida cautelar. La alarma social, llamada por la Cámara “escándalo social”, se desprende -a criterio de la autoridad judicial- de la calidad de las víctimas por ser éstos un funcionario fiscal y un empleado del Órgano Judicial, sin ni siquiera exponer el razonamiento lógico-jurídico para llegar a tal conclusión, quedándose en su interior, sin permitir conocer al afectado los motivos para hacerlo.

Debe señalarse que es razonable la invocación de la alarma social, si se acompaña de una justificación integral hecha por el Juez sobre los aspectos que acompañaron su decisión; pero en el presente caso, la Cámara ha tomado como único fundamento la condición personal del individuo afectado -víctima- sin argumentar ni exponer los parámetros objetivos que le llevaron a establecer

²⁰³ Cámara de lo penal de la primera sección de Oriente, Resolución de Interlocutoria Simple, Referencia: 214-2000, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia once, uno de febrero de dos mil once). 4.

que la calidad que ostentan dichas personas causa alarma social, lo cual carece de una razón suficiente que justifique la medida aplicada.

Así también el déficit justificativo de la Cámara radica en que de nuevo la autoridad judicial, se limitó a hacer una simple referencia o mera consignación de expresiones sin justificar su adopción; no se establece en la resolución la apreciación crítica de la Cámara que le llevó a determinar el hecho que las víctimas quedaban en desamparo al liberar al imputado bajo una caución juratoria, impidiendo de esta manera, conocer la conclusión seguida en el razonamiento que le condujo a la decisión de ordenar la detención provisional, pues las razones utilizadas no contienen un razonamiento que justifique la necesidad de restringir el ejercicio del derecho de libertad del favorecido, ya que no exterioriza, en la resolución, los motivos suficientes que le llevaron a estimar que en el caso concreto, era necesaria la aplicación de la medida privativa al derecho de libertad.

En ese mismo orden de ideas podemos observar la resolución de la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador con referencia INC-84-18²⁰⁴ en la que se conoce en apelación interpuesta por la Fiscalía General de la República en contra de la decisión pronunciada por el señor Juez de Paz de Rosario de Mora, en la cual decreto que pase a la siguiente fase de Instrucción y le decreto medidas sustitutivas a la detención provisional y la representación fiscal argumentó que no existían los arraigos necesarios que pudieran garantizar que el imputado se someterá al proceso, el juzgado que decreto la medida fundamentó su decisión “que pese a que la defensa no presento arraigos se puede observar que esto no le ayudará al

²⁰⁴ Cámara tercera de lo penal de la primera sección del Centro; San Salvador a las doce horas con treinta minutos del día diecinueve de abril de dos mil dieciocho, procedente del Juzgado de Paz de Rosario de Mora, Departamento de San Salvador, a quien se le atribuye la comisión del delito de Posesión Y Tenencia, previsto y sancionado en el Art. 34 Inc. 2º de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

imputado y podría perjudicarlo ya que el hacinamiento de los centros de reclusión, que lejos de influir positivamente en la conducta de los internos, estos centros por el contrario contribuyen a que los internos se transformen y se vuelvan peligrosos o que aprendan nuevas conductas delictuales, y que el hecho por el cual está siendo procesado no ha causado alarma social”, respecto a ello el tribunal de alzada dilucida lo siguiente:

“Considerando la poca cantidad de droga que le fue decomisada al imputado (6.3 gr.) y el costo de la misma (\$7.18) por lo que no es de gran relevancia que la salud pública se vea comprometida, por lo que la alarma social invocada por la representación fiscal no se ha demostrado”

Es por la anterior resolución que también puede ser comprobado que la alarma social como criterio para la adopción de una medida cautelar es muy utilizada ya que si esta no causa alarma social se va desvaneciendo el peligro de fuga.

4.4. Criterios subjetivos

Son utilizados para valorar y aplicar una medida cautelar de índole personal en un proceso penal, dentro de estos se desglosan: los Arraigos; Sus Antecedentes; Reincidencia o Habitualidad, incluso su Apariencia Física y en algunos casos, su Peligrosidad.

Estos criterios se refieren a las formas de conductas pero no del cometimiento del hecho como se desarrolló anteriormente; sino más bien, como forma de valoración de la persona, de la mente de quien presumiblemente ha cometido un delito.

4.4.1. Los arraigos

Se han analizado para identificar el criterio del juez que esté llevando el proceso penal; y si para éste, es suficiente unos documentos acreditando la

cancelación de servicios básicos o dependencia económica de una familia, para considerar la posibilidad de decretar Detención o Medidas Sustitutivas a la Misma.

Como lo establece la Honorable Cámara de los Penal: “la seguridad jurídica en la tramitación de los procesos en materia penal, que no es necesario acreditar arraigos (laboral, domiciliario, familiar) a un imputado, cuando pesa prueba para establecer existencia del delito y participación delictiva, que es un delito grave que la Ley en el Art. 331 Inc. 2° CPP, lo enmarca como aquellos delitos que no procede aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional”²⁰⁵

En Resolución de la cámara con referencia APN-32-18 en donde: “no se han incorporado al presente proceso penal, documentación que acredite algún tipo de arraigo del imputado (...) se hace necesario tomar las medidas necesarias para asegurar el resultado del procedimiento (...) se justifica la medida cautelar de la detención provisional, la cual no se aplica de manera automática...”²⁰⁶

En el caso de la resolución anterior, la Jueza es del criterio que se necesitan demostrar con documentación los arraigos, y que estos podrían ser suficientes para desvanecer el peligro de fuga del imputado, pero en otros casos como el de la ref. 253-2018 la Cámara consideró vinculante la documentación que fue presentada para establecer los mismos; por su parte, la Sala de Lo Constitucional Respecto a este punto, establece que, si es necesaria su valoración pero no de una manera aislada, sino en conjunto con los principios rectores en el art 329 y siguientes del Código Procesal Penal.²⁰⁷

²⁰⁵ Ref. NC-APEL-171-2018-PN.

²⁰⁶ Cámara de la tercera sección de Occidente: Ahuachapán, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, seis de marzo de dos mil dieciocho).

²⁰⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Referencia: 253-2018, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, nueve de julio de dos mil dieciocho).

4.4.2. Los antecedentes

Referido estos a aquellas situaciones que ponen al imputado en una situación que denota lo realizado, actuado o cometido anteriormente, sirviendo esto como parámetro para que el Juez otorgue una medida cautelar de carácter personal o una sustitutiva a la misma.

Esto en definitiva trasgrede el principio de Inocencia garantizado en la Carta Magna; ya que, estaría siendo juzgado antes de haber sido vencido en juicio y en un debido proceso por la autoridad competente.

Y en resolución con referencia 457C-2018 de la Sala de lo Civil establece en este punto que: *“los antecedentes penales del acusado, no tienen la entidad solitaria para desvirtuar el conjunto de pruebas que pesan en su contra”* es decir, no deben de valorarse de una manera aislada y que por sí sola no influye en la decisión del juez, si en su caso, existiera otro conjunto de prueba que pruebe los presupuestos del Art 329 Código Procesal Penal.

4.4.3. La peligrosidad

Con este aspecto, se hace referencia a aquel título que ha obtenido la persona a lo largo de su vida; es decir, si la persona se considera propensa a cometer ilícitos, debido a que vive y se relaciona con personas que infringen la ley, tal es el caso de las personas acusadas y comprobadas de agrupaciones ilícitas, más enfáticamente las personas integrantes de los denominados maras o pandillas ya que estos considerados por la sociedad con una alta peligrosidad.

Muchas veces se ha pretendido desvirtuar la peligrosidad con la presentación de carencia de antecedentes penales: *“... cumplir con la finalidad constitucional de la pena de prisión; siendo importante señalar que el acusado, es confeso, y además no posee antecedentes en su contra que haga*

*colegir un grado de peligrosidad para la sociedad, por lo que procede otorgar las Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional*²⁰⁸

Y en base a la resolución anterior, se dice que ese aspecto no es suficiente para probarla, aunque se pretenda hacerlo, pero es necesario quizás un examen más profundo para deducir que estamos frente a una persona con latente peligrosidad y por lo tanto deba de ser ventilado su proceso y este remitido a un Centro de Detención, en donde se garantizará la pena a imponer y que no se sigan cometiendo más ilícitos de parte de ese mismo imputado.

4.5. Criterios no establecidos en la ley que se toman en cuenta para decretar una medida cautelar

4.5.1. Proporcionalidad del hecho

Este criterio se refiere que el daño al bien jurídico que se causo es grave a consideración del juez, poniendo en práctica las reglas de la experiencia, en donde vemos que, por ejemplo en el día a día de los juzgados penales, cuando están conociendo por el delito de homicidio agravado, la regla general es que no se le apliquen medidas sustitutivas; ya que, el bien jurídico “vida” en suposición se ha quebrantado por el imputado, es por ello que para salvaguardar las resultas del proceso, esclarecer el hecho y castigar a los sujetos activos previa sentencia, es necesario que si se tiene sospecha de persona que lo ha cometido, éste deba permanecer en detención provisional mientras el proceso culmine.

El artículo 5 Código Penal, establece que las medidas cautelares solo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado, este debe ser configurado como el principio de

²⁰⁸ Tribunal segundo de instrucción de Santa Tecla, Referencia: 90-1U-2018, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, veinte de Julio de dos mil dieciocho). 19.

proporcionalidad que debe ir reflejado a la hora de aplicar una medida cautelar como es el de la detención provisional.

Ahora bien, pueden existir supuestos donde se refleje que la gravedad del hecho signifique que no se deba adoptar una medida gravosa; con esto no se quiere dar a entender que estamos hablando de la gravedad del delito, sino más bien, de aquellos elementos que si bien configuran un hecho tipificado como delito, este no conlleve a que necesariamente se deba aplicar la detención preventiva.

Un ejemplo lo podemos apreciar en la resolución con ref. INC-55-17 emitida por la Cámara Tercera De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro: San Salvador, a las quince horas, del día tres de marzo del año dos mil diecisiete el apelante manifiesta que existe un abuso al emitir una Detención Provisional cuando por la insignificancia de las cantidades de la droga incautada, y por las circunstancias de cómo se les encontró la misma, no se puso en peligro el bien jurídico tutelado que es la Salud Pública, y la Paz Pública, tal como lo refiere Fiscalía, y valorar la documentación que demuestran los arraigos que exige la ley para que los imputados si sean beneficiados con Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional.

En tal sentido, el mandato legal contenido en los Arts. 13 Constitucional, y 329 del Procesal Penal, establecen que para la imposición de medidas que restrinjan la libertad de los procesados, deberá de existir un fundamento basado en razonamientos legales relacionados al hecho concreto que se analiza, el cual es personal y responde a la conducta cometida por cada individuo en particular.

Lo que es interesante de esta resolución, es que la cámara manifiesta que si bien es cierto estamos frente a un delito configurado dentro del catálogo de

delitos a los cuales no se le permiten poder otorgar una medida sustitutiva, y aunado a ello, que se puede establecer el *fumus boni iuris*, la cámara considera la Detención Provisional no debe ser automática, como se relaciona en el párrafo anterior, pero la Juez Aquo aplicó automáticamente al valorar los arraigos presentados manifestando que estos no eran suficientes, no fundamentó por qué éstos no serían suficientes para evitar decretarles otras medidas sustitutivas a la detención provisional.

Este criterio debe ser valorado no de manera taxativa, tomando en cuenta las circunstancias que rodean al hecho; el cual, será una vía para que el agraviado pueda probar y reunir los arraigos necesarios; si bien es cierto, ha tenido participación en los hechos, aún no se esté condenando anticipadamente y así no caer en un abuso a la hora de decretar una detención.

Otro ejemplo es la resolución de la cámara tercera de lo penal de la primera sección del Centro con referencia INC.19-2014²⁰⁹ en donde están conociendo del recurso de apelación en contra del juzgado sexto de instrucción de San Salvador en donde se decretaron medidas sustitutivas a la detención provisional. La cámara en este sentido expresa que por la gravedad del hecho por tratarse de un homicidio no es posible cambiar la situación jurídica del imputado y que este deberá permanecer en detención provisional.

Continuando con esa misma línea de ideas, en la resolución con referencia 179-11(2)²¹⁰ proveniente de la Cámara Tercera De Lo Penal De La Primera Sección Del Centro se conoce del recurso de apelación en donde el juzgado de paz de Nejapa, interpone detención provisional al sindicado, en lo cual la

²⁰⁹ Cámara tercera de lo penal de la primera sección del Centro, Resolución de Recurso de Apelación, Referencia: INC.19-2014, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, once de febrero de dos mil catorce). 9.

²¹⁰ Cámara de lo penal de la primera sección del Centro, Resolución de Recurso de Apelación, Referencia: 179-11(2), (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, tres de junio de dos mil dieciséis). 7.

Cámara resuelve que al tratarse de un delito grave y por la magnitud del daño que es haber transgredido la humanidad de la víctima, no es posible decretar medidas sustitutivas porque por razones lógicas, el sujeto activo recae en un temor ya que la pena de prisión es muy superior a 3 años.

4.5.2. Conocimiento para realizar más ilícitos

Este criterio es llamado a ser valorado, pues dependiendo de cada caso y si el juez considera que el conocimiento que tiene el procesado es suficiente para seguir realizando ilícitos, aunque no se tenga peligro de fuga y se presenten arraigos, se podrá decretar la medida cautelar de detención provisional, para seguir protegiendo los bienes jurídicos que son vulnerados por el imputado.

En resolución con referencia INC-96-11-8ML²¹¹ de la cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, se conoce sobre el recurso de apelación sobre la resolución de la detención provisional, en donde el juez sexto de instrucción decretó, y motivó su valoración ya que los arraigos no le son suficientes para minimizar el peligro de fuga y además, considera que los procesados tienen conocimiento suficiente para seguir cometiendo esa clase de delitos ya que pretendían realizar otras tres transacciones y seguir cometiendo la estafa agravada: la cámara en virtud de lo anterior considera que en efecto los imputados tienen amplio conocimiento para seguir cometiendo más actos con consciencia enfocada a realizar más ilícitos y además ese conocimiento también podría obstaculizar la investigación.

Como vemos, esa es una resolución como muchas más que podemos encontrar, en donde el criterio del conocimiento suficiente para seguir cometiendo más ilícitos, es tomado en cuenta para no decretar medidas

²¹¹ Cámara tercera de lo penal de la primera sección del Centro, Resolución de Recurso de Apelación, Referencia: INC-96-11-8ML, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, quince de junio de dos mil once). 4, 5 y 6.

sustitutivas a la detención provisional, este criterio tiene su base legal en el artículo 330 numeral 4 del Código Procesal Penal.

4.5.3. La Frecuencia o Habitualidad

Esta también es un presupuesto objetivo, es decir, tratándose de un sujeto que ya ha cometido el delito en otras ocasiones o al menos sin habersele probado concretamente su actuación y participación, siga siendo procesado con diferentes víctimas pero las mismas circunstancias.

“...sí como lo establecido en los arts. 18 Pn, 329 y 330 numeral 2 Pr. Pn, estamos en presencia de un delito que la Ley lo considera como grave, por la forma y la frecuencia en que éstos se cometen; asimismo como ya se ha dicho se ha comprobado la existencia de un hecho punible y la participación del indiciado en el mismo, siendo perjudicial en el presente proceso penal la libertad del indiciado en virtud que no se ha desvanecido el peligro de fuga, así mismo no se garantiza plenamente su presencia en la celebración en las demás diligencias, como una audiencia de instrucción o una vista pública; aduciendo el Juez A quo que se puede sostener razonablemente que el indiciado no tratará de sustraerse de la acción de la justicia en el presente proceso penal, en virtud de que la libertad del mismo está condicionada a garantías que aseguren su comparecencia al proceso. Sin tomar en consideración que por la forma en que los hechos se cometen y la reincidencia en los mismos. Por lo que resulta sorprendente tal razonamiento del Juez A quo, en virtud que la responsabilidad en materia penal se colige tomando cada uno de los elementos existentes dentro del proceso y no se resuelve aisladamente como se pretende establecer en el presente razonamiento, dado que lo que se persigue es asegurar la eficaz Práctica de la decisión definitiva que se dicte en el proceso, la cual podría tornarse ilusoria de no adoptarse oportunamente las medidas cautelares apropiadas, evitando en consecuencia

la realización de actos que impidan o dificulten la satisfacción dentro del proceso. Por lo que considero improcedente imponer Medidas Cautelares Sustitutivas a la detención provisional del imputado, ya que aun cuando se hubiese declarado inaplicable el Inciso 2° del Art. 331 de la Código Procesal Penal, el peligro de fuga que constituye el verdadero fundamento de la detención provisional continúa existiendo; y sin embargo, las medidas sustitutivas otorgadas al imputado, no son suficientes para garantizar en realidad la presencia de éste durante la tramitación del proceso y ante un eventual vista pública, ni el cumplimiento de las consecuencias penales que pudiesen derivarse de una potencial resolución definitiva condenatoria”²¹².

En la anterior resolución observamos que la Juez de alzada, no valoro la habitualidad con lo que estos delitos se han cometido por el imputado y decide imponerle la Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional, para ello, decidió valorar otros elementos como lo pueden ser los arraigos, que si bien es cierto es un punto muy importante para fundamentar que el imputado posee familia; la cual depende de él, y con ello también se puede obtener el lugar de residencia, pero estos aspectos no garantizan que el imputado siga o no cometiendo más delitos; sin embargo, si se dejara interno en un centro penal al menos se tendrá la certeza que no los seguirá cometiendo.

4.5.4. Prevención general

De igual manera, el catálogo de delitos que enuncia el 331 inc. 2 del Código Procesal Penal, tácitamente en él, se está enviando un mensaje de prevención para toda la sociedad, así quien cometa esos delitos, se abstenga de realizarlos, ya que serán castigados por considerarse de los más protegidos por el legislador.

²¹² Cámara tercera de lo penal de la primera sección del Centro, Referencia: INC-84-18, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, diecinueve de abril de dos mil dieciocho).

La sala de lo penal en la resolución 598-CAS-2011²¹³ establece que *“no sólo se brinda protección jurídica a la víctima, sino a aspectos que trascienden de dicha responsabilidad al plano punitivo, sino también, a los resultados obtenidos desde el punto de vista de la prevención especial y prevención general positiva, así como la satisfacción que con dicho arreglo se alcanza cuando la comunidad experimenta la perturbación social ocasionada por el delito.”*

Es decir, el criterio de la prevención es para garantizarle a la sociedad que el Estado está cumpliendo con su fin, protegiendo las garantías y derechos que consagra la constitución, el Código Penal y Código Procesal Penal. Al aplicar detención provisional para esos delitos se estaría previniendo el cometimiento a futuros actos o hechos que le son de interés al derecho penal.

4.5.5. La F.G.R. deberá probar el peligro de fuga

Según se pudo observar, algunos jueces justifican su resolución de aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional; ya que, el encargado de probar, por así decirlo, que el procesado se encuentra en peligro de fuga, será el fiscal, puesto que este es el encargado de la investigación.

En resolución con referencia 385-2016 proveniente de la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, en donde se ventila la apelación interpuesta por la fiscalía en contra de la resolución del Juez Primero de Paz de San Martín, en la cual se decretó medidas sustitutivas a la detención provisional y en el fundamento del juez Aquo, se refiere que si bien es cierto el procesado no presenta ninguna clase de documentación que acrediten sus

²¹³ Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia, *Resolución de Recurso de Casación, Referencia: 598-CAS-2011*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, veintiséis de marzo de dos mil catorce). 7.

arraigos, pero tampoco el fiscal presenta documentación alguna para probar que el peligro de fuga está latente.

Así mismo en la resolución con referencia APN 235/12²¹⁴ la Cámara Tercera de la Sección de Oriente, analiza y fundamenta la apelación interpuesta por la resolución del Juez de Paz de San Francisco Menéndez, en donde deniega la aplicación de la detención provisional, la Cámara considera que la fiscal del caso no ha podido demostrar que la indiciada posea capacidad económica que le permita extraerse de la justicia y permanecer en fuga.

Como podemos observar en las resoluciones anteriormente citadas, este es un criterio que no define la aplicación de una medida cautelar, pero es tomada en cuenta grandemente para imponer o no detención provisional, el fiscal realmente deberá probar esta situación o solo es extenderse más allá de los alcances que le establece el principio acusatorio del Código Procesal Penal.

Por lo que no se cumple con el requisito procesal contenido en el Art. 329 N° 1, conocido doctrinariamente como apariencia de buen derecho (*Fumus Boni Iuris*) y por tanto, se hace por éste momento, improcedente la imposición de la medida cautelar de la detención provisional en su contra, consecuentemente una medida cautelar alternativa o sustitutiva de ésta, lo cual no significa que en el transcurso del trámite del proceso, esta situación no pueda variar y de la etapa de instrucción la parte acusadora logre presentar elementos objetivos que modifiquen la presente situación procesal, en lo referente a la aplicación de medidas cautelares.

²¹⁴ Cámara de la tercera sección de Occidente, *Resolución de Recurso de Apelación, Referencia: 235/12*, Ahuachapán, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, catorce de diciembre de dos mil doce). 2.

4.5.6. Aplicación de medidas sustitutivas a la detención es automático cuando se trate de un agente o funcionario del ministerio de público

La aplicación automática de Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional en los supuestos en donde establecemos que el sujeto está enfrentando un proceso por un delito grave tal y como es el de homicidio genera una gran cantidad de tropiezos judiciales a la hora de poder fundamentar una medida sustitutiva. Pero cuando el sujeto activo se trate de una persona quien desde un inicio pueda comprobar que no se va a sustraer del llamamiento de justicia genera discusión jurisprudencial por ejemplo un elemento activo de la Policía Nacional Civil. Donde fácilmente se puede pensar en la calidad que tiene la persona que comete un ilícito cuando se trate de problemas sociales como enfrentamiento con arma de fuego entre pandillas y la Policía Nacional Civil.

En relación a lo anterior podemos estudiar la resolución con ref. 179-11(2). CÁMARA TERCERA DE LO PENAL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO. San Salvador, a las quince horas con cincuenta y cinco minutos del día catorce de octubre del año dos mil once. Lo que interesa de esta resolución es que se establece que existen suficientes elementos de convicción para establecer que existió el hecho delictivo, y por lo tanto hay investigaciones que realizar al respecto, y siendo que el imputado pertenece a la PNC, y en especial a la Dirección de Investigación de Homicidios, el mismo podría entorpecer la investigación del caso, o influir en la misma entorpeciendo la averiguación de la verdad, y verse de tal manera la investigación alterada o manipulada, por lo que es necesario vincular al imputado al proceso, y se vuelva imperativo resguardarlo en detención provisional en aras de salvaguardar la imparcialidad de la averiguación de la verdad en la investigación del caso por lo que compete decretar la Detención del imputado, como medida cautelar dentro del proceso.

Y estudiando los dos elementos esenciales que conllevan la detención provisional, por una parte el *FOMUS BONI IURIS* o Apariencia de Buen Derecho, como primer presupuesto para la imposición de la medida cautelar de Detención Provisional, se cuenta con los elementos de juicio antes mencionados; siendo que de estos no se puede concluir o establecer para la etapa procesal de Audiencia Inicial, la participación del imputado en el hecho atribuido que es Homicidio art. 128 C.Pn, en otras palabras no se ha establecido de manera mínima que el enjuiciado es con probabilidad autor o participe del mismo. El segundo elemento a analizar es el *PERICULUM IN MORA* o peligro de fuga; al examinar este presupuesto se deben de tomar en cuenta diferentes aspectos entre ellos la gravedad del hecho y la posible pena a imponer; en el caso de autos, se le atribuye al imputado, el delito que se han calificado provisionalmente como HOMICIDIO art. 128 Pn, que tienen una pena de prisión que oscila entre los diez y veinte años de internación, lo que de conformidad al artículo 18 C.Pn. se trata de delito grave Así mismo, Por la posible pena a imponer se presume que tal elemento es suficientes para hacer creer a este tribunal que el imputado tratará de sustraerse del proceso, tomando en cuenta la gravedad de la posible pena que se le aplicara al enjuiciado.

No obstante eso, lo anteriormente explicado, no significa que la detención provisional deba imponerse de forma automática, existiendo siempre la necesidad de razonar, la procedencia de la medida y respetar su debida fundamentación.

Siempre y cuando de los elementos de convicción no se desprenda o se configure de manera positiva la apariencia de buen derecho, requisito necesario de procesabilidad para discutir el peligro de fuga, en otras palabras al no existir apariencia de buen derecho, sería improcedente el imponer la medida cautelar de detención provisional, debido que la imposición de esa

medida en particular, no es automática, sino más bien, la misma debe ser justificada con los hechos fácticos presentados.

En tal sentido, en la referida resolución no se pudo determinar dentro de los elementos ofertados por la Fiscalía, la apariencia de buen derecho, que mínimamente establezca, quien fue la persona que disparó el arma de fuego, entre tantos individuos que participaron en la trifulca; que intención tenía el sujeto que disparó y cometió el hecho que se ha calificado como delictivo; si la conducta que tiene relevancia penal fue cometida en legítima defensa, o con alguna de las situaciones expresamente tipificadas por el legislador en el art. 27 C.Pn. (excluyentes de responsabilidad); de otra manera a esta etapa incipiente del proceso, no se puede determinar con los elementos de juicio presentados, si la calificación jurídica del hecho considerado punible, podría ser de comisión culposa o de otra manera dolosa; todas las interrogantes antes expuestas son elementos de convicción que deben ser establecidos por la Fiscalía de manera mínima para que este Tribunal decretara la medida de detención provisional, debido a que sólo por el hecho de existir un hecho tipificado como de los delitos enumerados en el art. 331 C. Pr. Pn, la detención como medida cautelar no debe ser automática, sino más bien se debe hacer un juicio de procesabilidad de la medida cautelar invocada, para evitar entre otros la imputación objetiva del hecho, violación al debido proceso penal que juntamente con la presunción de inocencia, y la obligación de justificación de las Resoluciones.

Por los motivos antes mencionados consideró procedente Revocar la Resolución donde se impone la medida cautelar de detención provisional en contra del imputado y en su lugar Decretar medidas sustitutivas a la misma. De manera que en esta situación lo que más conviene es decretar una medida menos gravosa a pesar de que se encuentre frente a un delito grave, tal y como lo es el de HOMICIDIO y que se trate DE UN MIEMBRO DE LA PNC.

Lo anterior trae aparejada la necesidad de hacer el análisis jurídico, y es que existirán dos vertientes la primera la podemos llamar objetiva, que es en base al supuesto anterior y estableciendo que para imponer la detención provisional, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer esa medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el Art. 329 del Código Procesal Penal, o a lo que jurídicamente se le conoce como FUMUS BONIS IURIS.

Por lo que manifestaremos que si bien es cierto en la resolución mencionada se puede establecer que existe una clara manifestación de legalidad del hecho, se puede reflejar hablando nivel de política criminal la figura de un sujeto activo que pertenece a la corporación de la policía nacional civil se puede concluir un trato diferenciado respecto de otro tipo de sujeto activo, es decir a una persona común y corriente no recibirá el mismo trato.

4.6. Catálogo de delitos enunciado en el art. 331 C.Pr.Pn

La problemática se plantea de la siguiente manera, para unos jueces o magistrados el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal se debe de aplicar expresamente y para otros se debe de valorar de forma potestativa. Es acá donde nace esa inseguridad jurídica que tanto énfasis se hace en el presente trabajo, pues esa no uniformidad de criterios, sin duda, ocasionan mas desventajas que provecho a la hora de ejercer.

Haciendo un breve comentario respecto a este punto, hemos podido observar que el problema se inicia desde el Código Procesal Penal de El Salvador que entró en vigencia en el año de 1974 ya que desde ese ordenamiento ya existía en el artículo 274 excepciones sobre las cuales no podría decretarme algún

tipo de sustitución a la Detención Provisional, ya que el mismo artículo decía que solo era necesario que se tratara de los delitos de homicidio doloso, o agravado, violación, secuestro, hurto, robo, estafa y actos de terrorismo para que automáticamente se le impusiera una detención preventiva, sin embargo en la entrada en vigencia del siguiente código, se continuo regulando esa situación en el artículo 294, la cual también prohíbe que se decretara otra medida cautelar que no fuera la Detención Provisional para ciertos delitos, para este punto de la historia salvadoreña la sala de lo constitucional ya venía estableciendo lineamientos de una nueva interpretación de este articulo y se comienza hablar de una fundamentación de la imposición o no de medidas sustitutivas y desde este momento los jueces y magistrados de primera y segunda instancia comenzaron con la inaplicación de ese artículo y a solicitar por medio de inconstitucionalidades las contradicciones que generaba esta disposición sobre que no debe tomarse como una regla general la Detención sino más bien como una excepción, que limitaba la potestad judicial, contrariaba a los decretos internacionales ratificados por El Salvador, y que ponía en riesgo la independencia judicial. Es así como la Sala de lo Constitucional resuelve estas inconstitucionalidades de fecha catorce de septiembre de dos mil once, con referencia 37-2007/45-2007/50-2007/52-2007/74-2007.

Siguiendo con idea central, el artículo 331 inciso segundo de Código Procesal Penal contiene una prohibición de sustituir la detención provisional respecto a ciertos delitos, en consecuencia este criterio refleja una ambigüedad a la hora de valorar y aplicar la medida más gravosa; es por ello que, en la actividad judicial existen criterios judiciales en donde se fundamenta taxativamente bajo el criterio de lo dispuesto en el artículo en mención, provocando que el agraviado interponga recurso de apelación, el cual falla a su favor, explicando la cámara que el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es potestativo.

Planteada esta contrariedad en los párrafos precedentes, vamos a recalcar que la detención provisional no es la única medida que puede garantizar los fines del proceso penal; estos fines se pueden alcanzar implementando una serie de herramientas o mecanismos que significarían poner en libertad al imputado, siempre y cuando éste garantice su comparecencia en lo que resta del proceso, a esta modalidad aboca las *medidas sustitutivas a la detención provisional*.

Lo anterior, lo podemos encontrar en el artículo 331 inciso primero del Código Procesal Penal, el cual dice: “...cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, podrá decretarse una medida cautelar alterna...”

Este punto no genera mucha polémica al ser aplicado en términos prácticos, tal como lo analizamos en el capítulo tres del presente trabajo de investigación. Pero como ya lo anticipábamos, la problemática surge en el inciso segundo del artículo antes mencionado, el cual establece:

“No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.”

El artículo en estudio señala una serie de delitos los cuales representan niveles muy altos de *gravedad* que producen repercusiones considerables de *alarma social*. De esta manera aparentemente este listado de delitos se estaría

configurando como *delitos no excarcelables*; así las cosas, es importante traer a cuenta que la doctrina considera inconstitucionales los delitos no excarcelables, por el simple hecho de que estos traen aparejado una *pena anticipada* que estaría en contra de la naturaleza cautelar que representa la detención provisional.

Puesto el escenario de esta manera se estaría atentando directamente el principio de inocencia del imputado, que a propósito, es un principio que reviste al encausado no solo de forma procesal, sino que constitucional.

El jurista Julio Maier hace un comentario muy interesante, y dice: “...aquí es evidente la intención del legislador de imponer una “pena” antes de la resolución y a pesar de ella, pues en caso de que el procedimiento finalice por absolución o sobreseimiento, el imputado habrá cumplido, lo mismo, una pena anticipada...”²¹⁵ Al condensar en el inciso segundo del artículo 331 del Procesal Penal un listado de delitos no excarcelables, en un primer momento se observa lo advertido por Maier.

Así las cosas en un primer escenario podemos señalar que la redacción del artículo 331 inciso segundo del procesal penal, puede llegar a transmitir la noción de estar frente a una *pena anticipada* violentando de esta forma una serie de principios constitucionales como el de inocencia, libertad ambulatoria, Jurisdiccionalidad, independencia e imparcialidad judicial.

En relación con el primero de ellos, se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia, pues el otorgamiento de la detención provisional así como lo contempla el artículo en mención, adquiriría el carácter de pena anticipada; por lo cual, el derecho de libertad ambulatoria se ve

²¹⁵ Julio Maier, Derecho Procesal Penal, (Buenos Aires: Tomo I fundamentos, 2da edición, editores del puerto 2004) 524.

inevitablemente vulnerada por crearse una regla que desobedece el principio de excepcionalidad, requerido por la misma detención provisional, impidiendo decretarse una medida sustitutiva aun con la existencia de arraigos o el peligro de fuga no se encuentre determinado.

Consecuencia de lo anterior, se estaría restando independencia Jurisdiccional e imparcialidad judicial, ya que la imposición de la detención provisional se estaría aplicando de manera taxativa para los delitos consignados en el artículo 331 inciso segundo del procesal penal; circunstancia que impide al juez analizar la necesidad de la medida en el caso particular, contrariando los artículos 2, 11, 12, 13 y 144 de la Constitución de la República y 1, 2, 4, 6 y 8 del Código Procesal Penal.

Como punto de partida para el presente análisis, es de traer a cuenta que para la doctrina, el tema de la detención provisional solo puede ser una medida cautelar, por ende cuando se está frente a la estructuración legal como la del artículo en estudio, estaríamos cayendo, como lo califica el jurista Vélez Mariconde²¹⁶, en una situación “ilegitima” puesto que toda previsión que decreta una detención provisional eludiendo todo principio y derechos constitucionales y procesales, convierte a este acto en una pena anticipada, ya que en la resolución se estaría aceptando la culpabilidad del imputado.

Consecuentemente, se trastocaría el principio de dignidad humana, pues se estaría desconociendo los tratados internacionales suscritos por nuestro país, ya que el artículo en estudio se contradice con lo estipulado en instrumentos internacionales tales como pactos, tratados y convenciones de derechos humanos. En específico, no es concordante con lo establecido en el art. 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9.3 del Pacto

²¹⁶ Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, (Córdoba Argentina: 3° edición, Marcos Lesner Editorial, 2006) 339.

Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y el art. 4.1 de las denominadas “Reglas de Tokio”, este último establece reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, en el sentido que la detención provisional no debe considerarse como una regla general dentro del proceso penal, sino la excepción. Por ende, se puede considerar procedente la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal, por ser contraria a lo establecido en el art. 144 de la Constitución.

Es de tener muy en cuenta que los tratados internacionales conforme al art. 144 de la Constitución de la República, gozan de preferencia de aplicación sobre la norma jurídica, con lo cual se considera que el imputado debe ser procesado en libertad, resultando dable optar por medidas que aseguren que el imputado no pueda influir en la ofendida, para que se comporte de manera reticente o esquiva en el proceso, con lo cual se descarta una eventual obstaculización de los actos de investigación.

De hecho, la jurisprudencia internacional ha sentado precedentes muy importante acerca del tratamiento de la detención provisional, ejemplo claro de ello es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹⁷, la cual ha estipulado que la restricción como la contemplada por el artículo en mención, se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos.

Sin embargo, este mecanismo puede ser utilizado para menoscabar el principio de presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico, son automáticamente excluidas de los beneficios de la limitación de la detención provisional, pero aun así se considera que se le estaría imponiendo un castigo previo, sin que el juez

²¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre prisión preventiva, N° 2-97, Argentina, octubre de 1997.

competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad; asimismo, esta concepción puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la detención provisional, con fines distintos a los previstos en la propia ley, considerando la Comisión que de esta manera se tiende a creer que estamos frente a una "excepción" al principio de inocencia.

Ahora bien, ¿será que estamos frente a una verdadera excepción del principio de inocencia? con la comisión de uno de los hechos punibles graves estipulados en el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, tomando en cuenta que para aplicar la detención provisional tiene que existir motivos que lleven a sospechar del posible peligro de fuga; pero para el artículo en mención, le es suficiente tener una intensidad menor de sospecha del peligro de fuga para que la detención provisional sea impuesta.

Para dar inicio al análisis de este punto, debemos de recordar que el *principio de presunción de inocencia* surge como exigencia del principio de *Jurisdiccionalidad*, estableciendo que la culpabilidad de una persona acusada por el cometimiento de un delito, tiene que ser decretada mediante resolución fundada al finalizar el proceso penal; es decir, no tiene que existir culpa sin juicio.

Dicho lo anterior, la presunción de inocencia es una garantía consagrada en el artículo 12 de la Constitución de la República²¹⁸ y 8 del Código Procesal Penal²¹⁹; esta garantía constitucional y procesal impide que se trate como culpable a la persona que se le atribuye el hecho punible.

²¹⁸ Artículo 12 Cn "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa."

²¹⁹ Artículo 6 C.Pr.Pn. "Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. La carga de la prueba corresponde a los acusadores."

Para ello, es de tener muy en claro que esta garantía no afirma que el imputado sea inocente, sino que este debe de ser tratado como tal mientras no exista una resolución condenatoria que lo declare culpable; esto es así, puesto que en el sentido originario, dicha garantía permite construir un modelo de proceso penal; el cual es el acusatorio de corte liberal, cuyo objeto es establecer un conjunto de garantías frente a la acción punitiva estatal, siendo una de las garantías más importantes en este modelo, el de libertad, resguardando de que ningún inocente será sometido a un castigo injusto, e incluso que no se obtendrá la condena del presunto culpable a costa de su dignidad humana.

En el derecho moderno, la presunción de inocencia ya no es únicamente un criterio informador del ordenamiento penal, sino que se ha convertido en una garantía fundamental consagrada en la constitución que ampara al ciudadano sometido a juicio; es decir, la presunción de inocencia no se trata de un mero principio interpretativo de la norma procesal penal, ya que estamos hablando de una norma de directa aplicación reclamable como derecho fundamental constitucional; el cual condensa, en primer término, una serie de axiomas²²⁰ que delimitan la concreción del contenido de este principio constitucional como derecho fundamental, enviando un mandato dirigido al legislador penal, quien le corresponde establecer un proceso respetuoso con la idea de inocencia, y con ello manda al tribunal penal de seguir una tesis más favorable al reo.

²²⁰ Al analizar lo establecido por los artículos 12 de la constitución y 8 del código procesal penal, podemos establecer una serie de proposiciones o enunciados evidentes como que 1) la culpabilidad no existe mientras no haya sido declarado mediante resolución fundada emitida por el juez competente; 2) en el momento de la resolución solo existen dos pronunciamientos: condena y absolución, que corresponden con las dos únicas situaciones a analizar dentro del proceso: culpabilidad o inocencia; 3) la culpabilidad tiene que tener un grado de certeza sobre el hecho punible, de tal modo que para establecerla se acudirá a la prueba plena; 4) la falta de certeza, es para la doctrina, la duda equivalente a la inocencia, resultando preferible la absolución de un culpable que la condena de un inocente; y 5) no puede existir ficciones de culpabilidad; es decir, aspectos de la culpabilidad que no se precisen ser demostrados.

Por tanto, la presunción de inocencia representa para el ordenamiento procesal penal, una garantía constitucional, consecuentemente con ello, se manda a establecer un método de enjuiciamiento que atienda no solo a la eficaz represión del delito, sino también la protección de la inocencia y libertad de la persona procesada; además, incorpora un criterio muy interesante en materia probatoria, ya que la carga de probar la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora²²¹, lo que significa que la culpabilidad resulte ser demostrada más allá de toda duda razonada.

Por lo cual, podemos establecer que la redacción del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, no resulta una excepción al principio de inocencia, puesto que como lo hemos apuntado en párrafos anteriores, este principio incorpora dos significados, por un lado, esta garantía viene a constituir una *regla de tratamiento del imputado*²²², y por otra parte, incorpora una segunda vertiente como *regla de juicio*²²³. En la primera concepción apuntada, podemos encontrar un postulado que está referido al tratamiento del imputado en el proceso penal, estableciendo que se debe de partir de la idea

²²¹ La carga de probar la culpabilidad corresponda a la parte acusadora es un hecho característico de la tradición jurídica angloamericana.

²²² Garantizar la libertad ambulatoria con el principio de inocencia, sostenido en la regla de tratamiento al imputado, es la máxima que impide la aplicación de una pena sin resolución judicial previa, la cual declare su culpabilidad, sin embargo, esto no significa que se tiene que eliminar toda posibilidad de aplicar en el proceso las medidas de coerción procesal, que van orientadas a garantizar los fines del mismo, por ello es necesario aclarar que el principio de inocencia consagrado en artículo 12 de la constitución de la república, no impide la aplicación de las medidas de coerción procesal al imputado, y en especial la de privación de libertad preventiva, pero si es un error decretarla de forma taxativa como lo hace el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal.

²²³ Esta regla de juicio, la encontramos consagrada en el artículo 7 del Procesal Penal, la cual juega un papel muy importante y trascendental en materia probatoria, arrojando toda la carga probatoria de culpabilidad a la parte acusadora. Construir con certeza la culpabilidad significa establecerla más allá de toda duda razonable, de tal modo que si no existe ese grado de certeza, permanecerá el status básico de libertad, consecuencia de ello se impone la absolución, esto no como un regalo o beneficio establecido a favor del procesado, sino como consecuencia del principio de inocencia, que como ya lo vimos, contiene una limitación muy precisa de la autoridad sancionadora del estado. Lo anterior tiene correlación con el artículo 12 de la constitución, 6 y 14 del Código Procesal Penal.

que el imputado es inocente, y por tanto, esto significaría la reducción de las medidas restrictivas de la libertad del procesado, en especial de la medida cautelar más gravosa, como lo es la detención provisional; por otro lado, en el segundo supuesto, encontramos una regla directamente referida al juicio de hecho de la resolución penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme la cual, la prueba plena de la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del acusado si la culpabilidad no resulta demostrada; es decir, no resulta establecida más allá de toda duda razonable.

Dirimida la posibilidad de que estamos frente a una verdadera excepción del principio de inocencia con la prohibición de sustituir la detención provisional para el catálogo de delitos aludido en el precepto legal en comento; vamos a proceder al análisis un poco más detenido y puntual de la figura de la *detención provisional*, para observar si en ella hay algún contenido importante sobre el cual descansa dicha prohibición a la que alude el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal o encuentren indicios que permitan desvirtuar la atrevida construcción hecha por el legislador penal.

Doctrinariamente, la detención provisional se conoce como aquella privación de libertad temporal ordenada legalmente por un juez competente; por supuesto, antes de que exista una resolución firme, basada en el peligro de fuga para evitar la realización del juicio oral o en el peligro de que vaya obstaculizar la averiguación de la verdad. Según el pensamiento de Carlos

Valle “en un sentido lato se puede definir la detención como aquella privación de la libertad ambulatoria que impide al sujeto pasivo trasladarse libremente al lugar deseado según su libre voluntad, o bien, que lo obliga a dirigirse a un

lugar no deseado”²²⁴ Y como sabemos, en la detención provisional siempre resultará afectado el aspecto positivo de la libertad personal; es decir, aquella imposibilidad que una persona se centre en un espacio determinado, en relación al aspecto negativo que se refiere a obligar a que esa persona se dirija a cierto lugar al que no desea ir, es decir, en contra de su voluntad.

Por otra parte, podemos verificar que la ley no contiene una definición propia, y es por ello que recurrimos a la jurisprudencia y en ella sí encontramos la respuesta a esa definición, y es de esta manera que ésta la define como una medida cautelar de tipo personal, en razón de la cual se priva al sindicado de un hecho delictivo de su libertad física durante la sustanciación de un proceso penal.²²⁵ Su imposición es de exclusiva potestad jurisdiccional y por ello se convierte en una medida para asegurar al imputado a un juicio o cualquiera que sea los actos procesales en que se necesite su comparecencia obligatoria.

Como se establece en el capítulo dos del presente trabajo de investigación, encontramos que la naturaleza de la detención provisional, la cual es de ser estrictamente cautelar; así lo denota la honorable Sala de lo Constitucional, cuando se refiere que es estrictamente jurídica la de una medida cautelar en general, “...*En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la resolución condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende de que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen...*”²²⁶

La naturaleza cautelar y no punitiva de la medida de detención preventiva se entiende y justifica perfectamente por el hecho que todas las personas

²²⁴ Carlos Salido Valle, *La detención policial*. 44.

²²⁵ Sala de lo Constitucional, *Resolución de Habeas Corpus*, Referencia: 102-2001. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 29-01-2002)

²²⁶ Ex. 0791-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2002, f. j. 6.

tenemos reconocido a nuestro favor el principio constitucional de presunción de inocencia. Es por ello que su imposición busca exclusivamente el aseguramiento de los fines del proceso penal, los cuales son “*Garantizar la integridad de la prueba y la comparecencia del imputado al acto del juicio*”²²⁷.” Así se sostuvo en Resolución que la detención provisional por su naturaleza netamente asegurativa, no se puede caracterizar como una sanción derivada de la infracción a una norma penal sustantiva. Por el contrario, es útil para el juzgador penal, a fin de ejecutar lo juzgado y evitar que el resultado del proceso quede burlado ante situaciones que podrían ser aseguradas mediante la tutela cautelar.²²⁸

En base a lo anterior y como lo hemos venido recalcando, la detención provisional adquiere caracteres de ser: provisional, variable y temporal (regla *Rebús sic statibus*), jurisdiccional y es de mencionar que la jurisprudencia resalta dos elementos muy importantes como lo son: la excepcionalidad y la proporcionalidad.

A partir de lo apuntado, denotando la concepción tanto doctrinaria y jurisprudencial de la detención provisional, su naturaleza y sus características que la componen, podemos decir que es solo de esta manera que su implementación en el proceso penal tiene justificación razonable y sustentable; tanto constitucional, jurisprudencial y doctrinariamente.

Por lo cual podemos descartar de forma tajante, o como jurisprudencialmente se maneja –de forma in limine- que la detención provisional como medida cautelar se funde en criterios extraprocesales como: el control del crimen, peligrosidad social, prevención general e iniciación, entre otras. Lo que

²²⁷ Sala de lo Constitucional, Resolución de Habeas Corpus de 20-IV-99 con Referencia 57.99 así como se encuentra en la resolución con Referencia 81-2005.

²²⁸ Sala de lo Constitucional, Referencia: Inc. 28-2006. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 12-04-2007)

significa que su fundamentación recaerá sobre criterios objetivos como lo son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro de fuga.

El primero de los criterios en mención, viene constituido por el juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se le decreta dicha medida, y el segundo, incorpora todos aquellos peligros derivados de la posibilidad de fuga o sustracción de proceso penal, como la obstaculización de la investigación, alteración de los medios de prueba, confabulación de los testigos, etc., los cuales pueden frustrar los fines del proceso; es decir, impedir la aplicación de la consecuencia jurídica descrita por la ley penal en caso de una posible condena.

La relación de ambos criterios o presupuestos recae sobre el juez competente, que deberá argumentar la probabilidad positiva que vinculan a ambos preceptos, con el fin de mantener el equilibrio entre los dos intereses sobre los que gira el proceso penal, como lo son: el respeto de los derechos del imputado y la eficacia en la representación de los delitos.

La argumentación anterior versa sobre el principio de *motivación judicial*, sobre la cual, la Sala de lo Constitucional advierte lo obligatorio de este principio en muchas oportunidades, incluso la Corte Interamericana²²⁹ hace énfasis en este principio judicial; esto es así, puesto que al tratarse de una medida cautelar de tipo personal que causa la restricción de la libertad, es necesario su justificación mediante resolución motivada tras su adopción.

Por lo cual, no existiendo las razones fácticas y jurídicas que llevaron a la adopción de la detención provisional, resulta muy difícil conocer si tal medida

²²⁹ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Resolución de 21 de noviembre de 2007.

ha sido pronunciada conforme los parámetros y lineamientos constitucionales y procesales, y es por ello que la jurisprudencia constitucional es enfática en decir que *“...la motivación de la detención provisional debe ir orientada a evidenciar que en el proceso concurren los presupuestos procesales denominados como fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y el periculum in mora o peligro de fuga...”* *“...En consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la resolución jurisdiccional en la que se decreta detención provisional obligatoriamente debe estar motivada en los dos presupuestos procesales mencionados, con el objetivo de dar a conocer el análisis de los elementos que justificaron la restricción a la categoría fundamental de libertad física...”*²³⁰

Pero es de advertir que el deber de motivación no se satisface con la mera invocación de fundamentos jurídicos, sino que requiere de la exposición del camino o método seguido para llegar al convencimiento de la necesidad de restringir los derechos de la persona afectada.²³¹

Al efecto, el punto expuesto en los párrafos anteriores es sostenido en la resolución de las 14:10 de 14/IX/2011 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en proceso de Inconstitucionalidad referencia 37-2007/45-2007/50-2007/52-2007/74-2007 que es una resolución que en adelante se estudiará. Esta se basa en los parámetros del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, referente a la existencia de un catálogo de delitos sobre los cuales no será posible la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva. Y este se indica: *“...no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al*

²³⁰ Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus, Ref. 171-2003 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 21/6/2004).

²³¹ Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus, Ref. 5-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia 28/4/2004).

procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2º C.P.P.”.

En la referida resolución, lo que se indica es que para imponer la detención provisional, lo que se le exige al Juez, como bien lo apuntamos anteriormente, es *motivación*; es decir, exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga o demora, Incluso la concurrencia de tales presupuestos por sí mismos, no conduce automáticamente a la imposición de la detención provisional, dado que en tanto el peligro de fuga o entorpecimiento se vea minimizado, el juzgador puede optar por imponer otro tipo de medidas cautelares, tal como disponen los arts. 331 y 332 del Procesal Penal.

Pero ¿será que la argumentación basada en el principio de motivación judicial logra sostener la decisión tomada por la Sala y más aún, logra dirimir la polémica contenida en el artículo 331 inciso segundo que prohíbe la sustitución de la detención provisional en ciertos delitos?

Para darle respuesta a la interrogante, vamos a comenzar enfatizando que el criterio tomado por la Sala, lo que viene a suponer es una flexibilidad al valorar que el hecho punible se encuentre dentro del catálogo de delitos que conforman el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal; siendo el caso, lo que se debe de probar es el *Periculum In Mora* de manera eficiente; de este modo, se intenta garantizar el cumplimiento del procesado al llamado de la justicia. Visto de este modo, no resulta ser suficiente presentar los diferentes tipos de arraigos que existen y probarlos de forma efectiva, para que al procesado se le pueda otorgar una medida sustitutiva a la detención provisional, puesto que el artículo en estudio solo requiere niveles muy leves de la presencia del criterio *peligro de fuga* para decretar la detención provisional.

Al efecto, la Sala menciona que "...resulta procedente indagar la posibilidad de una interpretación diversa del art. 331 inc. 2° C.P.P. y una construcción jurisprudencial del mismo que se muestre conforme con los principios constitucionales que disciplinan la adopción, mantenimiento y cesación de la detención provisional..."

La resolución en estudio incorpora posturas muy importantes, ya que toma el interés de conocer la argumentación adoptada tanto de la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República, respecto al artículo en estudio.

La Asamblea Legislativa, supone admitir una invasión de la esfera de la *valoración judicial*; pues, establece que el mantenimiento de la detención provisional sin posibilidad de revisión a la misma, causa un perjuicio al procesado, impide al juez examinar y motivar cualquier situación relativa a una posible libertad caucionada durante el trascurso del proceso penal, mediante el incidente de revisión de medidas, contemplado en el artículo 343 del Código Procesal Penal, por tanto se estaría eliminando el deber de motivación inicial en este ámbito.

Por otro lado, el Fiscal General de la República, sostiene una postura contraria a la expuesta por la Asamblea Legislativa, estableciendo que el *catálogo de delitos* del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, hace referencia a aquellos hechos punibles donde el *peligro de fuga* es mayor, es decir, que por la gravedad y la pena que conlleva, el sujeto a quien se le impute un delito que este dentro del catálogo del artículo en mención, no se someterá al proceso judicial o inclusive obstaculice la investigación; y enfatiza, que por la gravedad de estos delitos se produce una alarma social mayor.

Ahora bien, en lo sostenido por la Asamblea Legislativa, su postura va orientada a que el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal no está

conforme con los postulados constitucionales, en este caso, con los que resguardan la actividad cautelar de la medida y la Jurisdiccionalidad, además, este Órgano de Estado tiene en cuenta que, constitucionalmente está prohibido trasladar a la detención provisional los fines que supone la pena²³², por mostrarse contraria al *Principio de Inocencia*.

Mientras el Fiscal General de la República muestra una postura jurisprudencial²³³, orientada a establecer que el artículo no representa ninguna inconstitucionalidad, puesto que el artículo es una forma de proteger los fines del proceso penal, basándose en criterios subjetivos como la *gravedad* y la *alarma social* que generan los delitos que se encuentran dentro del catálogo, mostrándose conforme con esta construcción legislativa, puesto que representa una excepción a la sustitución de la detención provisional por otra medida, de esta forma darle prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la *presunción de inocencia* y la *libertad del imputado*.

En este punto, encontramos algo que llamaremos “*encrucijada jurídica*”, puesto que los argumentos expuestos con anterioridad, llevan a entender que el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, es un dato necesario para el encarcelamiento preventivo suponiendo la protección de los fines del proceso penal, aun significando una invasión a la *esfera de valoración judicial* como lo sostiene la Asamblea Legislativa, vulneración del principio de inocencia y libertad ambulatoria; pero aun no siendo la única herramienta que existe para garantizar los fines del proceso, se sustenta en otros presupuestos que jurisprudencialmente han sido admitidos de forma reiterada, como lo son la *gravedad* y la *alarma social*, como lo recalca el Fiscal General.

²³² Este postulado lo podemos encontrar en basta jurisprudencia salvadoreña, en este caso, la misma resolución en análisis cita la resolución 14-II-1997 Inc. 15-96.

²³³ Decimos que la postura del FGR es conforme a jurisprudencia, puesto que lo argumentado por su parte lo encontramos en Resolución de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006.

En base a estas posturas, la argumentación de la resolución de inconstitucionalidad en mención, recae sobre seis puntos centrales, los cuales son:

El catálogo de delitos como un dato necesario

La Sala de lo Constitucional menciona que *el catálogo de delitos* contemplados en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial, puesto que ello tiene que suponer un *elemento indiciario* dentro del análisis judicial para apreciar la *peligrosidad procesal* del imputado.

La detención provisional no se decreta de forma automática

Es interesante que la Sala mantenga que “la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello llevaría a [...] su entendimiento como pena anticipada [...] no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2º C.Pr.P.”

Valoración judicial

“El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial”.

La gravedad del delito se debe de considerar graduable

“La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal” así como la existencia de causas de exclusión de responsabilidad penal.

El artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, no puede entenderse como presunción de derecho.

“...el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas [...] la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas”.

La Sala establece que la presente construcción jurisprudencial se tiene que tomar como una *resolución aditiva*

Todos estos argumentos, prosigue la resolución, forman una “construcción jurisprudencial [...] respecto de la disposición impugnada” y un supuesto de “resolución aditiva” que tiene lugar cuando se trata de “una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente”, cuando “la oposición con la Constitución” resulta “de una omisión relativa o parcial del legislador”.

Al leer y analizar los argumentos expuestos por la Honorable Sala de lo Constitucional, en referencia al artículo en estudio, nuestro razonamiento coincide con el *voto concurrente* del Magistrado José Néstor Mauricio Castaneda Soto, puesto que en base a lo sostenido en la resolución estamos frente a una construcción jurisprudencial constitucional que está orientada a

sustituir el contexto del precepto examinado, puesto que al parecer, la Sala lo que hace es una auténtica interpretación del artículo 331 del Código Procesal Penal, despojando la prohibición de sustituir la detención provisional si una persona incurre en uno de los delitos decretados en el catálogo del artículo en mención.

El razonamiento de la Sala pasa por muchos escenarios, en primer lugar establece algunas consideraciones respecto de la medida cautelar de la Detención Provisional ya que toca aspectos conceptuales, naturaleza, principios y los presupuestos procesales objetivos que tienen que incurrir para decretar dicha medida cautelar, enfatiza sobre la duración de la Prisión Preventiva que de ninguna manera ésta sobrepasará el tiempo de la eventual pena que se espera, así mismo toca el aspecto importante sobre la procedencia de la medida, es decir que no se aplicará de manera automática sino que debe de constar en las resoluciones de los jueces el motivo jurídico y factico de su adopción, cumpliendo con los requisitos del artículo 329 del Código Procesal Penal, en lo referente al Fumus Boni Iuris y Periculum In Mora. Principios que ya fueron objeto de estudio en el presente trabajo de investigación en reiterada ocasiones, es decir la sala ordena que para imponer esa medida es menester que la decisión optada por el juzgador esté *motivada* y es acá en donde no contradice la independencia judicial porque queda a criterio de cada donde la Sala trata de mandar un mensaje al juzgador, el cual consiste en que juez puede decretar cualquiera de las dos medidas cautelares personales y no aplicándola automáticamente como se venía haciendo en muchos casos.

De igual manera habla de los tratados prevenientes de la Corte Interamericana en donde se ratificó que no solo es necesario que exista una ley que limite la libertad ambulatoria de una persona sino que se debe de valorar si esta medida es pertinente para el caso que se está conociendo, y es así como tampoco se

contraria a las normas de Derecho Internacional y queda claramente establecido que deberá hacerse constar las razones por las cuales se consideró que se dio el *fumus boni iuris* así como el *periculum in mora* y todos los que en ellos conlleva.

El segundo lugar, la Sala detalla cada una de las pretensiones que fueron admitidas, estableciendo que el error está en la interpretación de la norma ya que si se interpretara que de ninguna manera cabría la posibilidad de otra medida que no sea la de detención provisional en estos delitos, estaríamos en una verdadera contradicción a los principios de esa misma medida cautelar; sin embargo, si se incluyen los motivos reales que generan la aplicación de la medida entonces ya no se estaría contrariando los derechos fundamentales del procesado; es decir, sabemos que existe resolución de la Sala de lo Constitucional como máxima del Derecho en El Salvador y la resolución 37-2007 expone que ese inciso del artículo 331 del Código Procesal Penal no es inconstitucional, sino más bien, da una interpretación auténtica del mismo y dice que no se debe de aplicar de manera taxativa, ni automática porque limita el ejercicio y libertad de los jueces y magistrados, sino más bien debe de tratarse de dar una valoración potestativa y que bastara con que los jueces y magistrados motiven sus razones fácticas y jurídicas por los cuales no aplicar ese inciso.

Lo anteriormente apuntado, a nuestro parecer genera una grave problemática, ya que aún hasta el día de hoy hay jueces y magistrados que retoman el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal, de manera taxativa como es el caso de la resolución con *ref. INC-PN-134-16*, en ella la cámara dice que como el delito está dentro del catálogo del delito del 331 no es posible decretar medidas sustitutivas; es decir, lo valoran de manera automática la no aplicación de las medidas sustitutivas a la Detención Provisional y sin embargo la resolución con referencia *ref. 419-2016*, la cámara dice que no debe de ser

automática la aplicación de la detención provisional aunque se trate del catálogo de delitos del 331 por lo tanto en este caso si decreta Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional.

Resulta muy obvio observar que la seguridad jurídica queda entre dicho con la resolución de inconstitucionalidad 37-2007, puesto que la “prohibición” como la del artículo 331 del procesal penal, que permite su propia inobservancia ha dejado de ser una prohibición. Una prohibición legal no puede ser cambiada por un permiso jurisprudencial sin amenazar la certeza jurídica de los ciudadanos y especialmente, en este caso, la de las víctimas de los delitos referidos.

En cada uno de los delitos establecidos en el referido artículo es de tener en claro que tienen niveles de gravedad muy altos, generando una gran probabilidad que el imputado no se someta al proceso judicial o inclusive obstaculice la investigación. Consecuencia por la gravedad que generan esos delitos, estos generan alarma social, estos elementos son esenciales del *periculum in mora*.

Visto lo anterior, la prohibición que rodea al artículo en estudio viola principios constitucionales como el de inocencia, libertad ambulatoria, Jurisdiccionalidad, independencia e imparcialidad judicial. Por ende, cuando se aplica la referida disposición normativa se demuestra la sumisión a la ley, lo cual es acorde con la Constitución, pero es un atrevimiento muy grande el hacerlo en un escenario donde se tome mayor relevancia garantizar los fines del proceso penal y restándole importancia a derechos y principios constitucionales y procesales, incluso como lo apuntábamos con anterioridad, el Fiscal General sostuvo que dicho deber es impuesto por el mismo legislador a la autoridad judicial y no un defecto de la disposición impugnada. Por tanto, y por ese mismo carácter excepcional de la detención provisional, tal medida de coerción debe estar

debidamente fundamentada, pues de lo contrario estaríamos ante una decisión arbitraria y desproporcionada. Sin embargo aunque la disposición no lo establezca expresamente, no es motivo suficiente para considerar que el inciso segundo del artículo 331 del Procesal Penal sea inconstitucional y así es como la Sala termina resolviendo la resolución de inconstitucionalidad del artículo 331 inciso segundo.

Si se cambia de esta manera el texto del artículo objeto de análisis, las inconstitucionalidades planteadas se desvanecen mediante una autorización judicial para no atender el contenido auténtico de la norma, como lo menciona el magistrado Castaneda Soto “...cambiando una prohibición expresa por una condición disponible en cada caso, sin el efecto vinculante presentado por el legislador...”

La Sala de lo Constitucional ha sostenido en su vasta jurisprudencia que la finalidad rectora y fundamental del proceso de inconstitucionalidad es establecer un contraste inter-normativo; es decir, que se pueda verificar la confrontación abstracta entre la disposición impugnada y la Constitución, a efecto de invalidar la primera si resulta incompatible con la segunda. Lo anterior lo podemos encontrar el artículo 6 ordinal 2° de la Ley de Procedimientos Constitucionales, el cual establece como requisitos de la demanda: la identificación del objeto de control de constitucionalidad; y, en el ordinal 3°, que se citen los artículos pertinentes de la Constitución que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado.²³⁴

Se comparte el criterio del jurista Aragonés Martínez, cuando ha dicho que la detención provisional, “supone un punto más crítico del difícil equilibrio entre los dos intereses aparentemente contrapuestos, sobre los que gira el proceso

²³⁴ Sobreseimiento del 4-VII-2007, pronunciado en el proceso de Inc. 44-2006.

penal: El respeto de los derechos del encausado- aquí el derecho a la libertad- y la eficacia en la represión de los delitos como medio para restablecer el orden y la paz social”²³⁵

Es decir, la controversia en este proceso de inconstitucionalidad no versa en la existencia o no del principio de motivación judicial, ni que la Sala de lo Constitucional haga un análisis interpretativo del texto del artículo 331 inciso segundo; sino, en establecer la armonía que la disposición legal en comento tiene con la constitución o no para sostener la prohibición de sustituir la detención provisional en el catálogo de delitos ahí mencionados.

A pesar de que exista lineamientos claros por parte de la Sala de lo Constitucional al resolver en su resolución 37-2007 que el artículo 331 no es inconstitucional, la inseguridad jurídica siempre está latente en el sistema penal salvadoreño; indudablemente, esto se convierte en una verdadera problemática, ya que tanto la parte acusadora como defensora del proceso tendrá esa inseguridad de no saber si el juez o magistrado que se encuentra dirigiendo ese proceso tiene uno u otro criterio marcado.

Lo ideal es que se establezca un solo lineamiento por parte de la Honorable Sala de lo Constitucional, y así erradicamos de raíz esta problemática que genera inseguridad jurídica en los procesos penales salvadoreños, puesto que es evidente que la postura de la Sala discrepa o contraviene lo que el legislador establece en el dispositivo procesal penal 331 inciso segundo, pues, en ese artículo, se ha "fincado" como paradigma o como regla general, que en el catálogo de delitos ahí mencionados, no puede aplicarse una medida cautelar diferente a la Detención Provisional, esta disposición de carácter procesal hasta parece arbitraria, pues desde todo punto de vista garantista y

²³⁵ Sara Aragonese Martínez y Otros, Derecho Penal. , 412 y 413.

constitucional, más aún si pregonamos que nuestro proceso penal está basado en las reglas de aplicación de un proceso de tipo Mixto Acusatorio, entonces no se puede manejar o permitir que se aplique de manera automática el inciso segundo del artículo 331 del código procesal penal.

A nuestro parecer y como lo establecimos en párrafos precedentes, resulta más congruente estar de acuerdo con el voto concurrente del magistrado Castaneda Soto, puesto que las razones expuestas por la Sala no son suficientes para sostener la prohibición del artículo 331 inciso segundo del procesal penal, si bien el catálogo de delitos contemplados en el artículo en comento es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial, puesto que debe de existir un completo equilibrio entre la erradicación del delito y el respeto a principios constitucionales y procesales, ello nada más supone un *elemento indiciario* dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado.

Tal vez el artículo no sea inconstitucional, puesto que es claro el objeto del legislador basándose en el primer postulado, que es el combate contra el delito y la protección del bien jurídico vida, libertad y patrimonio, pero se deja de lado los principios constitucionales y procesales, por ende no resulta suficiente el razonamiento sostenido por el fiscal, ya que la garantía del proceso no puede lograrse pasando por encima de tales principios, lo que lleva a pensar que el artículo solo sufre una mala redacción en su construcción legislativa.

4.7. Motivos para modificar la detención provisional a medidas sustitutivas

Como se ha desarrollado a lo largo de la investigación, las medidas cautelares no son permanentes, este es el supuesto pilar de la detención provisional, ya

que esta puede modificar a una medida sustitutiva de la detención, pues la finalidad de estas es el aseguramiento y se determina bajo las siguientes características de las medidas cautelares como: la Instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad y variabilidad²³⁶. Si bien el fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal es garantizar el cumplimiento de una resolución condenatoria, la realidad forense ha ido deformando este instituto y su finalidad, ya que como dice la doctrina, la detención provisional debe aplicarse como medida excepcional y no como medida general. Entre las características de las medidas cautelares son su provisionalidad y la variabilidad, que admiten posibilidad de revisión en cualquier estado del proceso dado el caso que nuestro sistema jurídico penal establece tiempos mínimos y máximos para que el ente acusador tenga el tiempo suficiente para realizar un análisis y fundamentar los medios probatorios que serán producidos en vista pública, es por ello que surge la necesidad de tener un mecanismo que garantice que se respetara el debido proceso, tal y como lo manifestó Gimeno Sendra²³⁷ que las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento de la resolución definitiva, ya que si la vista pública se pudiera desarrollar en el momento de la detención de una persona, no sería necesario ninguna medida cautelar.

El transcurso del tiempo es uno de los factores que pone en riesgo una posible resolución, ya que como bien se conoce existen en la ley un intervalo o lapso de tiempo que durar el proceso penal que oscila de 12 a 24 meses, según la gravedad del delito y cuando el proceso excede el término legal establecido lo

²³⁶ BARONA VILAR, S, "Lección 21", en VVAA, Derecho Jurisdiccional III, Tirant lo Blanch, 10 Edición, Valencia, 2001, p. 307. PALACIOS, L, Manual de Derecho Procesal Civil, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 17 Edición actualizada, Buenos Aires, 2003. 450 y ss. Ambos autores coinciden en que la medida cautelar tiene por objeto asegurar la eficacia o el resultado de la eventual resolución condenatoria y su ejecución.

²³⁷ Gimeno Sendra, V, Derecho Procesal Penal, (Madrid: Editorial COLEX, 1ª Edición, 482 y ss. Afirma que el presupuesto de toda medida cautelar, sea penal o civil es la imputación. Sin imputado no existe posibilidad de adopción de una medida cautelar personal o real.

que se obtiene es un debilitamiento de esa garantía, de la pena que se espera obtener, ya que el procesado se le restablece su libertad ambulatoria, del cual en muchos casos el proceso no puede culminar porque existe una incomparecencia del incoado al proceso. Así también, la función cautelar de la jurisdicción sirve para asegurar la función de ejecutar las medidas cautelares en todos los procesos y estas deben de ser justificadas en la necesidad del tiempo para la actuación en el derecho objetivo, de esta manera quien acusa está sujeto al tiempo que se le proporciona para que realice todas las actuaciones necesarias, a fin de poder establecer la verdad respecto del delito que se está conociendo.

Como la vista pública requiere una previa preparación de las partes para que identifiquen las fuentes y medios de prueba, tanto la de cargo como la de descargo se requiere que, durante esa etapa, el imputado se encuentre bajo algunas restricciones de movilidad personal y no es confundirlo como una pena anticipada, o más bien como ya se dijo en el párrafo antecedente como una garantía para una posible resolución, estas restricciones de movilidad personal sin duda son paradójicas si se entiende que aún el imputado goza de la presunción de inocencia debido a que no ha sido vencido en juicio con prueba de culpabilidad.²³⁸

Sin embargo, la medida cautelar se justifica en cuanto existe la probable ocultación personal o patrimonial del imputado durante el procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente la libertad y la disposición de sus bienes para garantizar los efectos de la resolución definitiva²³⁹.

²³⁸ Cafferata Nores, j, Proceso Penal y Derechos Humanos, (Buenos Aires, editores del puerto cels. 2000) 183. el sistema constitucional reconoce el derecho de toda persona imputada por un delito a permanecer en libertad.

²³⁹ Gimeno Sendra. armenta deu, t, Lecciones de Derecho Procesal Civil, (Madrid: Marcial Pons, segunda edición 2007) 479 y ss. expresa que la obtención de la tutela judicial no resulta inmediata; para que la resolución incida en la esfera de las partes se precisan actos impuestos por el ordenamiento que conduzcan a una resolución que debe hacerse efectiva. 481.

Una vez el procesado se encuentre bajo la figura de la detención provisional, este no está sujeto a que la medida deba de durar hasta audiencia de vista pública, por lo que el legislador le otorgo un mecanismo de defensa de tal situación; la cual, es la audiencia especial de revisión de medida artículo 343 C.P.P. que desarrollaremos más adelante, pues es necesario manifestar que esta revisión no solo es posible a instancia de la parte interesada sino también de oficio, ya que el juez tenga conocimiento de que la situación jurídica del procesado ha cambiado o han desaparecido los motivos que generaron la aplicación de una medida restrictiva a la libertad personal del incoado, aunque esta disposición se refiere a la solicitud de parte, como en todo modelo adversativo.

En el artículo anteriormente mencionado se expresa que en cualquier estado del procedimiento, las partes pueden solicitar la revisión o sustitución de la medida cautelar al juez o tribunal y la Sala de lo Penal ha manifestado que el juez competente para revisar las medidas cautelares es el juez que está conocimiento en instancia del proceso, y no otra instancia procesal²⁴⁰. Esta regla no establece que la revisión únicamente sea para disminuir o reducir la afectación de las limitaciones a la libertad personal, por ejemplo sustituir una detención provisional por una fianza u otra medida sustitutiva; es decir, que el fiscal o querellante pueden pedir una medida cautelar más gravosa si pueden justificarla.

²⁴⁰ La Sala de lo Penal ha sostenido en la decisión de Referencia: 687-CAS-2010 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 22/08/2012), “En cuanto a la solicitud del defensor particular de la acusada [...] de que se señale fecha y hora para la celebración de una audiencia especial de revisión de Medidas Cautelares. Esta Sala es del firme criterio que no es competente para la imposición, revisión y/o sustitución de las medidas cautelares, conforme lo prescrito en los Arts. 285 a 307 Pr. Pn.; ya que, de atender tal solicitud se iría en contra del mandato legal; puesto que, esta atribución corresponde al Juez de la Causa (Resolución), Arts., 295 y 307 ídem.; y, cuyo pronunciado es recurrible en apelación, Art. 304 del mismo cuerpo de leyes; por lo que, se insiste en que no existe en el procedimiento común disposición legal que habilite revisar la medida cautelar a este Tribunal”.

Asimismo, la Sala de lo Constitucional ha dispuesto que, en determinados delitos, el legislador bajo criterios de política criminal en un Estado de Derecho pueda restringir a los jueces la revisión de una detención provisional y sustituirla por una medida cautelar menos gravosa. Así por ejemplo se restringe la sustitución de medida cautelar en delitos de crimen organizado o de realización compleja o en delitos relativos a las drogas debido a que estos delitos se consideran mayor alteración a la paz pública.

Sin embargo, lo que la Sala de lo Constitucional ha reiterado es que los tribunales deben agilizar los procesos penales en el plazo legal estipulado para evitar dilaciones indebidas y violaciones a la libertad personal excesivas, el exceso en el plazo del cumplimiento de la detención provisional trae como consecuencia responsabilidad penal, profesional y civil para el juez que conoce de la causa. también la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “la actitud del órgano judicial, deberá determinarse si las dilaciones en el proceso obedecen a la inactividad del órgano judicial, que sin causa de justificación alguna, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo, u omitió adoptar medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes... el Juez que conoce la causa al ampliar el plazo de instrucción, puede en caso de considerar necesario para el cumplimiento de los fines del proceso, mantener la medida cautelar de detención provisional, para lo cual deberá realizar una motivación previo al vencimiento del plazo máximo inicial establecido por el legislador, dejando de manifiesto las razones que lo llevan a mantener la medida de detención provisional, de manera que el imputado tenga pleno conocimiento que la prolongación de la misma no significa la imposición anticipada de una pena...”²⁴¹

²⁴¹ Sala de lo Constitucional/resolución proceso de hábeas corpus, referencia 243-2002 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 21/03/2003). *Siguió diciendo la Sala de lo Constitucional que “En este punto se vuelve necesario acotar que no sólo es indispensable la motivación del*

No hay un límite para pedir solicitudes de revisión, por lo que podrá intentarse por las partes cuantas veces convenga, no obstante, deben evitarse las peticiones reiteradas y abusivas, especialmente, si tienen una finalidad dilatoria o entorpecedora de la investigación y la solicitud de revisión deberá presentarse de manera justificada, razonada y suficiente del cambio de circunstancias de lo contrario, no estará justificada la revisión de medida cautelar y puede traer consecuencias de responsabilidad profesional para el peticionante.

Dentro de los diversos sinónimos aplicables a esta modificación de medida está el vocablo “cesar” están “suspender” e “interrumpir”, y de allí puede comprenderse porqué la variable aplicación de esta disposición cuando, por ejemplo, se han rebasado los límites máximos de la prisión preventiva; por un lado, sustituyendo o reemplazando el arresto por otras de las medidas del art. 332 CPP y, por otro, dejando sin efecto absoluto la cautela personal.

El primero de ellos se refiere a la manera de la aplicación de la Teoría de la Variabilidad y su implícita regla *Rebus Sic Stantibus*, misma que legitima el mecanismo de la revisión a la que se refieren los arts. 343 Y 344 C.P.P., es decir, luego del momento procesal en que se impuso la medida cautelar que dio origen a la detención, concurren circunstancias que hacen modificar los motivos por los cuales fue aplicada esa medida de detención, entre las que se pueden mencionar aquéllas que obliguen a valorar la posibilidad de una medida sustitutiva enfermedad sobreviniente del imputado, como el ejemplo más común.

auto que exprese por qué se amplía el plazo de la detención provisional, sino también que dicho plazo no haya sido agotado, por lo que el Juez encargado de la tramitación del proceso penal, al prever las posibles dilaciones, deberá justificar si el peligro de fuga del imputado continúa vigente o si por el contrario, el transcurso del tiempo ha debilitado la posibilidad de fuga y procede por tanto la sustitución de la medida”.

El segundo, hace referencia a que la medida cautelar tenga un tiempo de duración amplio al de la pena de presentarse este supuesto; además, se cometería delito, como los regulados en los arts. 290 y 291 C.Pn. "Privación de libertad por funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, y limitaciones indebidas de la libertad individual". Para su determinación, la misma norma hace expresa alusión a las reglas que aplican a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional, lo que ineludiblemente lleva a relacionar los arts. 77, 78, 85 y 86 del Código Penal, en su orden.

Es el tercero mayor la complejidad, dado que directamente se remite al art. 8 C.Pr.Pn. en su triple perspectiva: 12 meses para los delitos menos graves caso que la expectativa de pena sea inferior en su mínimo o igual en su máximo, habrá de restringirse este máximo, como sería a manera de ilustración un delito con pena mínima de seis meses y máxima un año: art. 152 C.P., Detención por particular.

Lo anterior implica que un sujeto sometido a detención provisional que haya estado restringido de libertad por un período que rebase los anteriores límites debería ser puesto en libertad de inmediato, por cuanto ello sería una clara sanción para el Estado por su ineficacia en dar debido cumplimiento al

Principio de Pronta y Cumplida Justicia, excepto, claro está, que se den los presupuestos doctrinales del art. 132 C.Pr.Pn. por parte del imputado y/o su defensor.

No obstante lo anterior, existe la tendencia judicial que las personas que exceden esos límites en privación de libertad como consecuencia de un Proceso Penal, en lugar de recuperar su libertad irrestricta son sometidos a nuevas medidas de coerción procesal personal; tal anormal forma de proceder

podría plantear la disyuntiva que un sujeto que excedió los plazos máximos, por ello puesto en medida cautelar sustitutiva, sea nuevamente puesto en prisión preventiva por incumplimiento a esa medida aplicada.

4.8. Motivos para modificar la medida sustitutiva a la detención provisional

El código procesal penal autoriza otras restricciones a la libertad como son las medidas sustitutivas de las cuales podemos mencionar el arresto domiciliario, el sometimiento a custodia, la obligación de presentarse periódicamente, la prohibición de salir del país o de la localidad de residencia, de concurrir a determinados lugares, de comunicarse con personas determinadas o la prestación de juramento, la prestación de fianza o caución económica proporcionada a las posibilidades del imputado aunque suficiente para asegurar su sujeción al proceso.

Ahora bien, no obstante que tales medidas en su amplia mayoría constituyen simples limitaciones a la libertad ambulatoria, excepto el arresto domiciliario que es una especie de privación atenuada de la libertad, la caución económica que básicamente afecta el patrimonio material, y el juramento, que inicialmente tiene básica implicación ética como compromiso formal de acatamiento a las convocatorias judiciales; adquiere relevancia su imposición no solo por la excepcionalidad de la detención provisional sino porque en caso de desobediencia o incumplimiento de las mismas se suscitan los efectos definidos a partir del art. 86 C.Pr.Pn.

También es de tener presente que el juez podrá imponer una sola de las medidas que se contemplan dentro del artículo 332 o combinar varias de ellas, cuando según resulte adecuado y ordenará las medidas, las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

De lo anterior se infiere que existen motivos puntuales por los cuales se puede revocar una medida sustitutiva a la detención provisional e imponer la medida más gravosa como es la que restringe la libertad ambulatoria del encartado, de los cuales evidenciaremos los siguientes:

Infracción de las condiciones

En lo concerniente a la primera causal indicada, Una vez dispuesta la aplicación de una medida sustitutiva a la detención provisional, se generan ciertos efectos, en primer lugar, el juez someterá al imputado a un serie de cumplimiento de conducta que conlleva a la realización de determinados actos que van encaminados a la sujeción del encartado al proceso, ya sea 1) El arresto domiciliario en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona, o con el uso de medios tecnológicos apropiados. 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez. 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez. 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares. 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

Dicho lo anterior la imposición de las reglas de conductas señaladas en el anteriormente no deben constituir sanciones punitivas en sentido estricto, sino requisitos o condiciones que darán lugar a la correcta sujeción del encartado al proceso; sin embargo, no olvidemos que el Juez de la causa debe velar

porque, para la persona del imputado, esas condiciones no supongan un cumplimiento vejatorio y tampoco afecten su dignidad.

No obstante, la infracción de las condiciones en análisis, exige también que el apartamiento sea “en forma injustificada”, esto es, sin motivo razonable. De tal manera que, a título de ilustración, no sería procedente revocar la aplicación de una medida sustitutiva a la detención provisional, cuando el encartado compruebe debidamente que la inasistencia a una sola o varias de las reglas de conducta que le fueron impuestas no han sido cumplidas por encontrarse hospitalizado, a raíz de un accidente de trabajo.

Por otra parte, insistimos en que a pesar de que en este motivo puede revocarse es el Juez de instancia quien está facultado, es quien debe estudiar previamente la factibilidad de ampliar el periodo de prueba, hasta el límite de cinco años, antes de tomar la decisión más gravosa.

Cometimiento de un nuevo delito

Esta hipótesis, conlleva al supuesto que el imputado se encuentre en la posibilidad de cometer nuevos hechos que constituyan un nuevo delito, de lo cual se deberá iniciar un nuevo proceso. Esto no significa que deberá ser capturado inmediatamente, sino por el contrario de igual manera deberá respetar las reglas procesales respectivas y en el nuevo proceso penal también deberá pasar por el juicio de procesabilidad de las nuevas medidas cautelares es decir que para imponer la detención provisional, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer esa medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el Art. 329 del Código Procesal Penal.

Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican o no su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume y, por otro, la realización de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia, implica: *“de comprobarse la comisión de un nuevo delito, será la autoridad judicial que conozca de la nueva imputación la que informe de esta circunstancia a aquel tribunal [al Juzgado de Vigilancia competente] cuando se tenga determinada en resolución firme la comisión de otro delito”* (Resolución de la Corte en mención con referencia 13-COMP-2012).

Inobservancia del acuerdo sobre la reparación de los daños

La presente causal, puede tener lugar sobre todo cuando el compromiso de reparar los referidos daños se adquirió para cumplirse a plazos; y su previsión como tal, tiene su razón en tanto de que, entre otros presupuestos, fue ese compromiso de reparación de los daños.

De lo anterior debe entenderse que la infracción de aquellas condiciones que son impuestas al incoado al momento en que se le concede una medida sustitutiva conlleva a la figura de la rebeldía

En efecto, el imputado puede ser declarado rebelde y se libra una orden de captura en su contra, siendo de valorar la aplicación de la detención provisional sobre la base del peligro de fuga, aunado a que se interrumpe la prescripción de la acción penal y el proceso se archiva.

También es necesario mencionar que en la parte final del inciso segundo del artículo 332 se establece que en ningún caso se impondrán o ejecutarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá.

Por lo que la imposición de las reglas de conductas no deben constituir sanciones punitivas en sentido estricto, sino requisitos o condiciones que darán lugar a la sujeción del proceso penal; sin embargo, no olvidemos que el Juez de la causa debe velar por el correcto cumplimiento de esta, y que para el imputado, esas condiciones no supongan un cumplimiento vejatorio y tampoco afecten su dignidad, el ámbito de su privacidad, ni contraríen sus creencias religiosas, políticas.

Lo anterior está en correspondencia con mandatos que derivan de normas internacionales que rigen en El Salvador, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos Nos. 1 y 2)

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento basta para garantizar su presencia.

4.9. Audiencia especial para la revisión de medidas

El juez que lleva la causa notifica a las partes la negación de su conocimiento; es decir, como lo sustentaremos con ejemplos claros a continuación, el juez en su resolución dice que “las situaciones que lo motivaron no han cambiado”, pero ¿eso no es acaso conocer sobre una situación? Es decir, para que el Señor Juez realice esa valoración, ¿no fue necesario estudiar el proceso? y si

es una resolución, porque no puede en ese momento adoptar un recurso como lo puede ser el Recurso de Revocatoria.

Ampliando este aspecto consideremos que la ley penal solo faculta al Juez para rechazar tal solicitud solo si es por cuestiones notoriamente Dilatorias o Repetitivas, podemos referirnos en aquellos casos en los que los documentos que acompañen a la solicitud son los mismos por los cuales en aquel momento cuando fue adoptada la medida fueron analizados o repetitiva, en el caso que se solicite consecutivamente con el fin por ejemplo de alargar el tiempo de su detención antes de un Juicio y que se pueda llegar a cumplir el tiempo máximo de su detención, para después interponen un PROCESO de habeas corpus como lo mencionamos anteriormente; es decir, habrán casos en los que se busque saturar al juez de la causa para que resuelva cosas incidentales y que el momento de la Vista Publica se tarde en llegar, para que al saber que se ha sobrepasado del tiempo máximo de detención, el reo pueda quedar en libertad automáticamente, porque hay que resaltar que en los centros de detención salvadoreños los internos conocen este tipo de debilidades del sistema y saben el problema de saturación que existe y han tomado esta clase de acciones para tomar esa debilidad a su favor.

De lo anterior podemos mencionar la resolución con referencia 508-2016, un proceso de habeas corpus ha sido promovido en contra actuaciones del Tribunal Sexto de Resolución de San Salvador. En donde la solicitante, en síntesis, reclama la inconstitucionalidad de la decisión emitida por el Tribunal Sexto de Resolución de San Salvador, el 28/09/2016, en la cual denegó la solicitud de señalamiento de audiencia especial para revisión de la medida cautelar impuesta al favorecido.

Pasando al análisis del caso concreto, se solicitó una audiencia especial de revisión de medida cautelar, alegando que los elementos que sirvieron para

imponer la detención provisional habían variado y que se contaba con suficientes arraigos, los cuales se detalló en el mismo.

Por su parte, el tribunal en resolución del 28/09/2016, decidió declarar ha lugar la realización de la audiencia especial solicitada, en virtud de considerar que la detención provisional fue impuesta previo a que el proceso llegara a esta sala, mereciendo la valoración de diferentes administradores de justicia, con lo cual advirtió que en cada momento procesal se ha ponderado la viabilidad de dicha medida cautelar; agregó que los arraigos ofertados por el defensor "...no reportan la robustez suficiente para inclinar la decisión tomada de aplicación de Detención Provisional (...) a considerar razonable la petición de modificación de la medida cautelar, puesto que solo permiten discernir las relaciones familiares y domiciliarias de los encartados (...) Aunado a ello, tenemos también que la medida que actualmente pesa sobre los imputados es proporcional con el tipo de conducta acusarlo; ello en virtud de que, dicho el ilícito calificado provisionalmente como extorsión (...) es una conducta (...) considera de grave afectación (...) no puede obviar la prohibición explícita que hace en su inciso segundo el artículo 331 del Código Procesal Penal, que de manera expresa excluye el ilícito de extorsión de los tipos penales que pueden gozar de la aplicación de medidas alternativas a la detención provisional...".

A partir de ahí, La Sala de lo Constitucional advierte que el Tribunal Sexto de Resolución de esta ciudad, decidió rechazar la solicitud haciendo un análisis de fondo a cerca de las razones que consideró imposibilitan la variación de la detención provisional impuesta al imputado en el momento procesal en que fue requerida, centrándose en que habían pasado distintas etapas procesales durante las que fue valorada su imposición, en que los arraigos ofertados carecían de robustez y en la gravedad del delito de extorsión atribuido; el cual, además, se encuentra excluido de aquellos que pueden gozar de medidas cautelares distintas a la detención provisional.

Es decir, que el juez de resolución quiso fundamentar arraigos presentados no fueron suficientes para demostrar que los arraigos eran suficientes para que no se continúe en Detención y además el delito es excluido dentro de los cuales si se puede aplicar Medidas Sustitutas, sin embargo este solo es el criterio de juez de Resolución y veremos cómo lo resuelve la sala.

Es así que la autoridad demandada al decidir el rechazo de la solicitud de audiencia especial de revisión de medida cautelar, sin referirse a que era una petición reiterativa o dilatoria como lo dispone el art. 343 C.P.P., incumplió el trámite legal contemplado para tal petición, en el sentido que, al haber estimado que no era posible su rechazo por los motivos legales, debió programar la audiencia requerida para pronunciarse sobre el fondo.

Cabe añadir, que además de no haberse pronunciado el tribunal de resolución en los términos exigidos en la disposición citada, al fundamentar su decisión tomó en consideración que el delito de extorsión atribuido al procesado es de aquellos que no admiten la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, respecto a lo cual la Sala ha establecido que la sola concurrencia de la atribución al favorecido de un delito grave, estimando que se encuentra dentro de aquellos para los que es prohibido legalmente sustituir la detención provisional, es insuficiente para legitimarla y no es compatible con la presunción de inocencia, ya que de presentarse elementos que permitan analizar su variación, en cualquiera de sus presupuestos procesales, es obligatorio efectuar el examen solicitado a través del procedimiento legal, esto es, en audiencia con las partes que concurran a ella –ver resolución de HC 208-2006 de fecha 24/06/2009.

En todo lo dicho anteriormente, la sala es del criterio que desde el momento que el juez valoró que los arraigos no eran suficientes para desvanecer el peligro de fuga y que el delito además es considerado fuera del alcance para

aplicársele medida sustitutiva, entonces esa resolución indica que sí realizo un examen profundo del caso, y si es un examen de fondo, por qué no lo hizo en audiencia frente a las partes y siguiendo el debido proceso, en donde se le da la posibilidad al imputado para que explique y profundice su punto, dándole la oportunidad de defenderse respecto a lo que manifieste el Juzgador.

Sin embargo, el caso anteriormente descrito no lo son en su mayoría, debido a que existen otros casos y por estos es que analizaremos su situación, en donde la documentación, por ejemplo, que se anexa a la solicitud es distinta a la que se presentó cuando se decretó la medida cautelar, puede ser que en el momento de su adopción no se pudo comprobar arraigos, una fianza, si el delito lo amerita, o que surja una situación que cambie aquella razonable existencia y participación del imputado que desarrolla el art 329 del Código Procesal Penal y el juez incluso antes de realmente conocer sobre el asunto, antepone una resolución en la que indica que los motivos de su adopción lo han cambiado, situación que es jurídicamente atentatoria con los principios de inocencia debido proceso y demás, ya que al imputado el sistema lo deja atado de manos, al no poder interponer recurso alguno sobre tal decisión.

En este sentido mencionaremos la resolución con referencia 384-APE-15 en donde la señora Jueza Interina Especializada de Instrucción con sede en San Miguel, resolvió denegar celebrar Audiencia Especial de Revisión de Medidas, bajo los argumentos siguientes: *“...la suscrita para poder resolver su petición común, tomara como parte del fundamento, lo expuesto en la resolución de las quince horas y cincuenta minutos del día veinticinco de junio de dos mil quince por los Honorables Magistrados de la Cámara Primero de lo Penal de la Primera Sección de Oriente, y es que al hacer un estudio de las tres solicitudes de los abogados en referencia, se puede denotar que, para el caso de los Licenciados GUSTAVO ARIAS y LEVI CERON PORTILLO, formulan escasas argumentaciones y fundamentos de petición, y basándose únicamente en*

elementos que ya fueron valorados en su oportunidad, específicamente para el caso de Walter Edgardo F. A., se valoraron los mismos elementos que hoy señala su defensor, en el acta de revisión del día veintinueve de abril del corriente año; y en el caso de Edwin Urcino B. O., en el acta del día dieciocho de marzo del presente año, es decir, los elementos nuevos que expresa el artículo 335 del C.Pr.Pn., para cesar una detención provisional, no existen, pues se están amparando en algo que ya fue valorado en su oportunidad, no agregando ningún tipo de documento o elemento novedoso que pueda ser valorado en una audiencia de revisión de la medida... De manera general se quiere hacer ver a los tres abogados, que tal como lo menciona la Honorable Cámara, la suscrita está en la facultad de poder utilizar la discrecionalidad al momento de valorar la pertinencia, o procedencia de la audiencia de revisión, siempre y cuando no sea repetitiva y dilatoria, artículo 343 y 344 del C.Pr.Pn.; y cabe agregar y aclarar a las tres partes técnicas, que el hecho de haberse presentado Dictamen de Acusación en contra de sus defendidos quiere decir que los elementos ofertados estos deben ser valorados en la audiencia preliminar, pues como tales están dirigidos a determinar si se robustece o desaparece la probable existencia del delito y la probable participación de sus defendidos...además se le aclara a la defensa que el peligro de obstaculización, no está únicamente dirigida a la probable pérdida de la actividad probatoria, para ello se deben remitir a lo dispuesto en los artículos 330 y 331 del C.Pr.Pn., todo ello se realizará aplicando la teoría de la variabilidad, para determinar si han variado los elementos, y para sustentar o no esa medida cautelar extrema; por lo tanto en base a las disposiciones antes citadas, SE DECLARA NO HA LUGAR al señalamiento de la audiencia especial de revisión de la medida solicitadas por los Licenciados CERON PORTILLO, y ARIAS...". (Sic).

En el presente caso tenemos que se apela de la resolución que pronunció la señora Jueza Interina Especializada de Instrucción con sede en la ciudad de San Miguel, en la cual se deniega el señalamiento de Audiencia Especial de Revisión de la Medida Cautelar, la cual no es apelable, ya que ningún artículo de la Ley Adjetiva lo establece, en relación a ello tenemos que el Art. 464 *del C.Pr.Pn.*, establece: “El recurso de apelación procederá contra las resoluciones dictadas en primera instancia, siempre que sean apelables...” (Lo resaltado es de esta Cámara). Cuando la resolución impugnada no dé lugar a recurso, sea por alguno de los medios establecidos o por el intentado de la parte recurrente; es decir, que la resolución no esté expresamente establecida como apelable en forma genérica o concreta, o bien que la ley la declare irrecurrible (*impugnabilidad objetiva*); se considerará que son motivos previstos para generar la figura de la inadmisibilidad, tal como lo establece el Art. 452 que dice: “Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos...”.

De ahí la importancia de distinguir entre lo que es apelable tal como se encuentra establecido en la ley, en ese orden, a la luz del Código Procesal Penal, se analiza que el legislador ha sido claro al momento de establecer el procedimiento y las resoluciones que pueden ser susceptibles de Apelación, ya que evidentemente no toda decisión de un Juez es apelable.

Es así que, en el caso de autos, la Cámara al tenor de lo que ordena el Legislador, está imposibilitada jurídicamente para entrar a conocer el fondo del asunto; pues esa resolución no puede ser objeto de alzada, porque no está prevista la Apelación o resolución que deniega el señalamiento de una Audiencia Especial de Revisión de la Medida Cautelar solicitada por cualquiera de las partes, por lo que es procedente declarar en el fallo respectivo, la admisibilidad del recurso.

En el análisis de las situaciones que rodean los principios de aplicación de las medidas cautelares concluimos que desde ese momento podemos dejar en plena vista los errores de aplicación que puede tener la norma penal salvadoreña, y el peligro que existe al no apegarse a lo establecido en la ley.

Somos del criterio que este artículo debería de ser ampliado a la posibilidad de una apelación para que sea valorada en una instancia superior, trae graves consecuencias jurídicas al encartado ya que estamos tratando el bien jurídico libertad, y se valora que este pueda enfrentar el proceso penal el liberto, es decir, el solo hecho de tratarse de resección a la libertad ambulatoria, debería de darle paso e importancia para que esta decisión sea recurrible; por lo tanto, esto podría ser ampliado ya que la afectación es grande, y no solo se refiere a una resolución de algo mucho menor que la libertad.

CAPITULO V

LÍNEA DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El presente Capítulo está estructurado sobre la base de líneas o criterios jurisprudenciales estableciendo la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional, según la competencia de cada tribunal de nuestro país para usarla. Se presenta directamente con criterios judiciales de primera instancia como los jueces de paz, juzgados de instrucción criterios judiciales de las Cámaras de lo Penal, criterios judiciales Sala de lo Penal, Criterios judiciales Sala de lo Constitucional, opinión del juez entrevistado, la aplicación del *fumus boni iuris* y la aplicación del *periculum in mora*, aunado aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de medidas cautelares. De lo cual, se establecerá un aspecto muy importante en cuanto las Medidas Cautelares en el Derecho Penal ejercido en El Salvador constituye ciertamente una garantía procesal, y si existe o no una correcta uniformidad de criterios al momento de aplicarlas.

La investigación del presente trabajo desarrolla las diferentes problemáticas que el Sistema Penal salvadoreño afronta con el tema de las medidas cautelares, tomando en cuenta que este tipo de mecanismos son herramientas importantes para el Proceso Penal.

A lo largo de la historia la Justicia Penal salvadoreña ha venido evolucionando, y esto ha significado que se lleven a cabo los mejores intentos por modernizar, democratizar y humanizar el ejercicio del poder punitivo del Estado, con el único fin de que se lleve a cabo un justo balance que garantice tanto la protección de los derechos y garantías de las víctimas de los delitos, como el poder punitivo estatal de combatir y erradicar el delito.

Pero estos intentos de llevar al Sistema Penal de El Salvador a una efectiva de modernización, ha generado inevitables problemas, en cuanto a la diversidad de criterios o líneas de pensamientos que los Jueces de lo Penal valoran al momento de decretar una detención provisional o una medida sustitutiva a la misma.

La diversidad de criterios, no ha sido en sí el principal problema en el Sistema Penal Salvadoreño, sino una consecuencia que nace del uso generalizado de la detención provisional, llevándonos a pensar que puede caer en una pena anticipada; así como la ausencia o limitada aplicación de mecanismos diferentes, como el uso del brazalete electrónico que puede garantizar que el imputado se pueda someter al proceso aun estando en libertad.

Recordemos que el espíritu y la letra de las disposiciones contenidas en las Leyes Penales vigentes, busca ante todo, reducir la población privada de libertad por imposición de una pena producto del uso de la detención provisional, y es con esa finalidad que se crearon las medidas sustitutivas de la detención provisional, entre las que destacan el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse con periodicidad ante el juez, la prohibición de salir del país o de un ámbito geográfico más reducido, la prohibición de concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas y la prestación de una garantía económica por el propio imputado, y añadiéndole a estas la aplicación de medios electrónicos como lo es la imposición de un dispositivo de vigilancia electrónica, decimos que esta última es novedad, puesto que, a pesar que el artículo 332 Numeral Primero contempla la posibilidad del uso de medios electrónicos, es hasta hace un par de años atrás que el Estado ha hecho el esfuerzo por su implantación.

Ahora bien, para comprobar las problemáticas planteadas en nuestro anteproyecto y desarrolladas en el presente trabajo, es oportuno realizar un análisis Jurisprudencial que ira complementado con la investigación de campo que se realizó, este ejercicio ayudara a comprender de mejor forma, los criterios y líneas de la forma de actuar que los distintos Jueces tienen en la práctica, para ello recolectamos una muestra de sentencias emitidas por cada una de las instancias que conforman el Sistema Penal y el apoyo de un instrumento²⁴² basado en preguntas abiertas para así realizar una pequeña entrevista en distintos juzgados e instancias que componen el Sistema Penal de nuestro país.

Con ello pudimos constatar que los criterios para aplicar una medida sustitutiva o la detención provisional varían de juzgado en juzgado, para ello, vamos a iniciar con la información recolectada en Juzgados de Paz de San Salvador.

5.1. Criterios judiciales de primera instancia

5.1.1. Juzgados de paz

Tal como se demuestra en **Auto de Referencia 18-ORD-2-18 pronunciada por el Juzgado Cuarto de Paz de San Salvador**, el cual determino en Audiencia Inicial a pesar de la solicitud hecha por la parte defensora de aplicar medidas sustitutivas, la Señora Jueza considera necesario que el Imputado se mantenga en detención provisional para salvaguardar los fines del proceso. De lo cual podemos destacar los siguientes aspectos en su fundamentación: 1) La Juzgadora considera que se configura los presupuestos procesales para decretar la medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria de los procesados; 2) El delito de extorsión agravado es un delito grave; 3) Existen elementos de convicción suficientes de la posible participación de los

²⁴² Remitir al instrumento de entrevista en anexos.

imputados de los imputados en el delito que se les incrimina; 4) Evaluadas estas circunstancias, para la Jueza se sustenta la convicción razonable que los imputados podrían sustraerse de la acción de la justicia.

Del anterior análisis se puede afirmar inicialmente que la juzgadora considera que en este proceso penal se cumple con los requisitos doctrinarios del Fumus Boni Iuris o apariencia del buen derecho ya que se puede establecer la participación de los sujetos en relación a los hechos y el periculum in mora o peligro de fuga ya que existe la posibilidad de que los procesados se sustraigan de la justicia, aunado a ello, toma a bien valorar un aspecto que no está establecido en la ley, ya que toma atención al delito y su penalidad, concluyendo que se trata de un delito cuya penalidad es alta y por lo tanto se trata de un delito grave; por lo cual, dejar en libertad a los imputados con medidas sustitutivas estos podrían influir en el comportamiento de la víctima o pueden entorpecer los actos concretos de investigación ya que conocen el lugar donde la víctima labora.

Por otra parte el **Auto con referencia No. 06-Ord-3-18, pronunciada por el Juzgado Quinto de Paz** permite apreciar de una mejor manera la imposición de las medidas sustitutivas y de la detención provisional, en este proceso hay múltiples imputados a quienes se les atribuye el delito de receptación de vehículos automotores o sus piezas proveniente de hurto o Robo y Posesión o Tenencia ilícita de placas de circulación.

En audiencia inicial la parte fiscal solicita la continuación del proceso con la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional para ambos sujetos. Por lo que la juzgadora al momento de fundamentar las medidas cautelares asume que se puede establecer la existencia del delito y que existe la probabilidad de que los sujetos hayan participado en el cometimiento del mismo, ya que de forma indiciaria se puede establecer que uno de los

procesados tenía conocimiento de la procedencia ilícita de los hechos y que tenía documentos que no estaban justificados legalmente; ahora bien con el otro sujeto no se puede establecer en esa etapa inicial una participación directa en los hechos atribuidos, pues si bien es cierto acompañaba al primer sujeto este no tenía en su poder el vehículo ni los documentos sin justificación legal, por lo tanto en esa etapa inicial no se ha logrado establecer objetivamente la participación del procesado.

No obstante, la anterior afirmación la juzgadora considera necesario que en el presente proceso pase a la siguiente etapa procesal para que se pueda esclarecer el grado de participación de los imputados. Por lo que se le impondrá únicamente una medida sustitutiva a la detención provisional.

Del anterior análisis se concluir que para ordenar la detención provisional: el **Fumus Boni Iuris** o apariencia de buen derecho, el cual exige una fundada sospecha de participación delincuenciales por parte del imputado en el hecho delictivo atribuido y necesariamente que el hecho sea constitutivo de delito; y el **Periculum In Mora** o peligro de fuga, el cual se refiere a la posible ocultación de los medios de prueba y a un fundado peligro de riesgo de evasión por parte del imputado que entorpecería el curso normal del proceso penal, de tal forma si no existe una fundada sospecha que el inculcado se fugue, resultaría injustificable su detención provisional, en razón de que la finalidad primordial de esta medida cautelar consiste en asegurar mediante el ejercicio de la acción judicial los resultados del proceso.

En el presente caso y en lo referente al primer imputado la juzgadora estima que inicialmente se cuentan con los requisitos precitados en el artículo 329 del Código Procesal Penal, ya que son los elementos que hasta ahora presentados junto al requerimiento fiscal logran sustentar la tesis fiscal, es decir la apariencia de buen derecho o la existencia del delito y la participación

del proceso en los mismos; así también la penalidad que ostenta los tipos penales es alta, y consecuentemente dichos tipos penales son catalogados como delitos graves; aunado a eso no se han presentado ningún tipo de documentos que acrediten arraigos, por lo que en el presente proceso es necesario la imposición de la medida más gravosa en contra del primer imputado.

5.1.2. Opinión del Juez entrevistado (Juez Cuarto, Quinto y Sexto de Paz)

Las Medidas Cautelares son una temática muy amplia, en esta investigación se requirió de gran importancia tener de primera mano las opiniones de las personas que imparten justicia. Como ya lo hemos plateado en muchas ocasiones a lo largo de este trabajo, muchas veces encontramos resoluciones que decretan la detención provisional con una redacción que hace pensar que los jueces están juzgando el delito y no estableciendo la participación del encausado con los hechos, es por ello que tomamos a bien cuestionar a los diferentes impartidores de justicia, de cómo establecer la participación sin adelantar criterio de su posible condena.

Es de tener en cuenta en primer lugar que en la instancia de paz se trabaja en base a elementos de convicción indicios mínimos, estos elementos ayudan a que el juzgador pueda establecer la posibilidad de que el encausado ha participado en el hecho que se le imputa, en segundo lugar, y a palabras de los jueces entrevistados, se tiene una misma línea de criterio, en decir, que para establecer la participación del sujeto, se tiene que evaluar *hechos* sin entrar a valorar el fondo del *delito*, una vez que el Juez de Paz tenga la valoración de los hecho y establecida la participación del imputado, es oportuno elevar la causa a la instancia de instrucción.

Otro de los criterios muy importante que la ley penal establece es el *periculum in mora* o el peligro de la demora manifestado en el peligro de fuga, el artículo 329 numeral 2 del Código Procesal Penal establece que se decretara la detención provisional cuando el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

Estableciendo los jueces que la detención provisional tiene que perseguir principalmente fines constitucionales dentro del proceso penal, la Juez Cuarto de paz establece que estos fines son: averiguar la verdad y asegurar la aplicación objetiva de la ley, de esta manera la detención provisional ayuda a que se cumplan los fines del enjuiciamiento: averiguar la correcta imputación objetiva del procesado, y viene a concordar con lo expuesto por los otros dos jueces restantes, los cuales tienen presente que el *periculum in mora* se rige por dos preceptos, por una parte por uno objetivo que ayuda a tener presente la gravedad del hecho delictivo, mientras que los subjetivos ayudan a tener un perfil del imputado.

Esto ayuda al juzgador para evaluar si existe peligro de fuga o no, otorgándole al juzgador de paz la convicción necesaria para imponer la detención provisional atendiendo el inciso segundo del 329 del Código Procesal Penal.

Por otra parte también se abordó en las entrevistas una problemática que ha surgido en los últimos años, es la variación de criterios para decretar detención provisional aplicando el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, como ya lo hemos abordado en capítulos anteriores del presente trabajo de grado, esta disposición contempla un catálogo de delitos en los cuales hay una disposición expresa de sustituir la detención provisional en los mismos.

Hay que recordar que la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, realizó un análisis respecto a este artículo; siendo así, que en sentencia de inconstitucionalidad 37-2007, la Sala resuelve que el mencionado artículo se tiene que aplicar de forma potestativa y no taxativa como lo manda dicha disposición. Es por ello que, tomamos a bien cuestionar a los juzgadores, en este caso, los jueces de paz, si la disyuntiva que existe entre el artículo 331 inciso segundo y la sentencia de inconstitucionalidad, genera alguna especie de inseguridad jurídica.

La Juez cuatro y el Juez sexto de Paz consideran que se puede generar una inseguridad jurídica por la diferentes formas de resolver por parte de muchos juzgados, puesto que, unos aplican taxativamente la disposición y otros atienden lo resuelto por parte de la Sala de lo Constitucional, pero esto se genera porque dicho artículo pasa por una mala redacción, y eso es lo que origina la problemática; por otra parte, para el Juez quinto de paz sostiene que no existe inseguridad jurídica, por el simple hecho de que el Código Procesal Penal ya establece los criterios a valorar al momento de aplicar la detención provisional y la sentencia viene a confirmar los criterios que el juez tiene que mantener presente y valorar al momento de decretar y aplicar la detención provisional, y en este punto concuerdan los tres Juzgadores, ya que el Artículo 329 del Procesal Penal manifiesta los criterios que se tienen q tomar en cuenta para hacer uso de dicha medida cautelar.

5.1.3. Análisis de criterios de los jueces de primera instancia: Juzgados de Paz

Lo más importante con esta información recolectada de los Jueces de Paz, con respecto a los criterios para decretar detención provisional o una medida sustitutiva a la misma, es que los Juez resuelven sobre la situación jurídica de la persona a la que se le atribuye la comisión de un delito, para ello, queda en

claro que es necesario hacerlo a la luz del artículo 329 del Código Procesal Penal, en donde se plasman dos criterios muy importantes, ya que de ellos se desprenden muchos otros, que sirven para valorar si el imputado puede o debe continuar el proceso en detención o con una o varias medidas sustitutivas.

Hablamos de los que se conocen como *Fumus Boni Iuris* o apariencia del buen derecho y *Periculum In Mora*, peligro de demora o peligro de fuga, en donde del primero se desprenden elementos como la probabilidad de existencia del hecho así como la probabilidad de participación del imputado. En el segundo criterio se desprenden los elementos del peligro de fuga, la minimización de ese peligro de sustraerse de la justicia y la obstaculización o entorpecimiento que el imputado puede llegar a realizar si se encuentra en libertad ambulatoria con medidas sustitutivas.

De lo antes expuesto se colige que la resolución jurisdiccional en la que se decreta detención provisional obligatoriamente debe estar motivada en dos presupuestos procesales, los cuales son el "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho y el "*periculum in mora*" o peligro en la demora representado en el peligro de fuga, con el fin de dar a conocer el análisis de los elementos que justificaron la restricción a la categoría fundamental de libertad física, para ello, en la instancia de Paz, es necesaria la existencia de los elementos de convicción.

Es así que con base en los elementos de convicción recabados, se tiene que exponer las razones por las cuales se configura los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro de fuga, permitiendo así que tanto a quienes se dirige la resolución como cualquier otro interesado en la misma logre comprender y enterarse de las razones que la informan. Siendo necesario e importante abordar y analizar la correcta definición de lo que se debe entender por "elementos de convicción", y de igual forma, aclarar la diferencia

y connotación entre “elementos de convicción”, “elementos de prueba” y “elementos de juicio”

Estos aspectos antes descritos son los elementos que se ocupan en la mayoría de Juzgados de Primera Instancia, por lo que se puede concluir que la regla general es que para delitos graves es muy difícil que se pueda conceder la aplicación de una medida distinta a la detención provisional, pero que se debe respetar lo predispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal, en donde se establecen los criterios para fundamentar la detención provisional.

Tomando las muestras anterior podemos identificar que en fase inicial los jueces de paz toman a bien respetar lo que se establece en el artículo 329 del Código Procesal Penal, en donde se establece los presupuestos para fundamentar de correcta manera las medidas cautelares, pero hacer una aclaración y es de que la imposición de la medida cautelar más gravosa como es la detención provisional no debe ser automática cuando se trate de delitos graves, ya que esto podría generar un déficit en el sistema judicial que tenemos, y darle más aplicabilidad a los presupuestos doctrinarios como los son el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Por otra parte, tenemos la situación que rodea la prohibición de sustituir la detención provisional, que se encuentra en el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, esto se platicó con los jueces Cuarto, Quinto y Sexto de Paz. Resulta interesante y satisfactorio saber que la problemática plateada en el anteproyecto y desarrollada en el presente trabajo, no es tan crítica como se pensaba en un principio, puesto que los jueces concuerdan en que para decretar la detención provisional o sustituir la misma se tiene que respetar lo establecido por el artículo 329 del Procesal Penal.

Además, no se puede privar de la libertad ambulatoria de una persona por la disposición de una normativa en específico, y de esto surgió la pregunta de si la Sentencia de la de inconstitucionalidad genera una solución a la polémica que genera la aplicación de ya mencionado artículo, de lo cual, los jueces entrevistados toman la sentencia 37-2007 y sentencia 4-41-2009 emitida por la Sala de lo Constitucional como lineamientos para que el juzgador pueda proceder a la aplicación de una medida cautelar de detención provisional atendiendo al artículo 331 inc. 2.

Como podemos observar, la solución para desvanecer la problemática que origina la controversia que existe entre la disposición y lo establecido por parte de la Sala de lo Constitucional, sería reformar lo establecido por el artículo 331 inciso segundo del procesal penal, puesto que la sentencia lo único que genera es la confirmación de los criterios a aplicar por parte de los aplicadores de justicia.

5.1.4. Juzgados de instrucción

Para discernir el criterio desarrollaremos el **Auto con Referencia 4-2019 emitido por el Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador**, en el cual se conoce del Delito de Posesión y Tenencia de Droga, se trata el desarrollo de una audiencia preliminar en donde se discute la posibilidad de la Sustitución de medida cautelar de Detención Provisional y colocación del brazalete electrónico.

En el cual se ha considerado que se tiene por establecido que el imputado fue capturado en flagrancia, así mismo por haberse determinado a través de los análisis practicados, que el material vegetal y sustancia blanquecina incautadas al imputado, era droga; y en consideración a que la cantidad de droga excede los dos gramos, se concluye que el juicio de tipicidad y

responsabilidad atribuido al imputado ha sido superado positivamente de manera que es viable que el imputado enfrente en juicio oral y público la acusación por el delito de POSESIÓN Y TENENCIA,.

Del anterior análisis se puede determinar de que la medida cautelar de la detención provisional en la que se encuentra actualmente el imputado, se advierte que durante el desarrollo de audiencia preliminar, la abogada defensora, solicito el cambio de la medida cautelar de la detención provisional por medidas sustitutivas, entre las cuales solicito la colocación de un dispositivo electrónico; en razón de ello, por lo que el juzgador considera que la instalación de dicho dispositivo es un mecanismo que garantizara el control y vigilancia de imputado, conforme a la Ley Reguladora del Uso de Medio de Vigilancia Electrónica en Materia Penal, dispositivo que utiliza para ejercer vigilancia automatizada sobre aspectos biológicos y de ubicación georeferencial de su portador o usuario, tales como brazaletes, tobilleras, chips o cualquier otro dispositivo similar. En ese orden, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la citada ley, dispone el uso de los dispositivos de control de vigilancia. Por lo que en este caso en particular, resulta adecuado imponerle al imputado el Dispositivo de Vigilancia Electrónica antes aludido, el cual estará circunscrito al territorio nacional, lo anterior en virtud que la medida cautelar de la detención provisional que pesa actualmente sobre el imputado tiene el carácter de instrumental, es decir garantizar la presencia del imputado en las diligencias, actos de investigación o audiencias en las que la misma es indispensable, la cual ya se consiguió, pues la etapa de instrucción ya concluyó.

Por lo que al momento no habiéndose impuesto penal al imputado, debe considerarse que si los centros de readaptación para las personas procesadas, y las condenadas no están cumpliendo con los fines de la pena ya mencionadas, es no solo razonable, sino también justificable que los

imputados que no han sido condenados y sobre los que únicamente pesa medida cautelar de detención provisional, puedan recuperar su libertad bajo las condiciones que garantizan su comparecencia al juzgado o tribunal que tramita su proceso, atendidos a ese fin esencial se sustituirá la medida antes dicha.

Por lo que se concluye de que Se identifica la droga incautada, su peso y valor monetario Al ser la detención provisional una medida cautelar instrumental, es decir, de garantizar la presencia del imputado en las diligencias, actos de investigación o audiencias en la que se requiere al imputado indispensablemente, tomando en cuenta que a la instancia que está en el proceso, esos fines ya se alcanzaron y la etapa de instrucción ya concluyó, es razonable y justificable el cambio de medida cautelar.

Por otro lado, vemos el **Auto con referencia 56-9-2018, emitido por el Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador**, se conoce del Delito Tráfico ilícito de drogas Actos preparatorios, proposición, conspiración y Asociación delictiva; al momento de celebrarse la audiencia especial de revisión de medidas, uno de los imputados se encuentra con detención provisional y el segundo se ha declarado rebelde.

En este supuesto el juzgador afirma que es de tener en cuenta que paralelo a los arraigos se debe de considerar el criterio de la “apariencia de buen derecho”. Al analizar los arraigos aportados por el “imputado 1” se debe de valorar la suficiencia de los mismos de que el imputado se va a someter al proceso, y dado que al encausado se le procesa por dos delitos, uno de ellos se considera grave respecto a la pena a imponer, el juzgado no estima conveniente sustituirle la medida cautelar de detención provisional.

También se ha presentado diversos arraigos, los cuales ayudan a determinar el perfil de una persona, con ello crear una certeza razonable de que el imputado será responsable de someterse al proceso, la persona tiene un núcleo familiar, tiene un asiento domiciliar y una actividad lícita en la que se desarrolla, además se valora que la gravedad de los delitos es poca, los arraigos se han establecido de forma mínima pero suficiente, por lo cual es procedente sustituir la detención provisional.

Por lo que el juzgador tomó a bien declarar no ha lugar sustituir las detención provisional del “imputado 1” a quien se le imputa los delitos de tráfico ilícito y actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas. En el presente caso, respecto del presupuesto, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, se advierte que no han variado los elementos que tomaran en cuenta, en audiencia especial de imposición de medidas, para tenerlo por establecido.

En cuando al segundo presupuesto, el *periculum in mora* o peligro de fuga, debe tomarse en cuenta los fines de las medidas cautelares, como son la vinculación del imputado al proceso y que no se produzca obstaculicen por la falta de él o en la investigación por interferencia, y los arraigos de los imputados u otros elementos de prueba que establezca la variabilidad para mantener o no la detención provisional.

En cuanto al criterio subjetivo, cabe mencionar, que no consta en la presente investigación que los imputados, en ese sentido, se imponen valor la situación específica de cada uno de los procesados, y los documentos presentados para establecer el arraigo domiciliar, familiar y laboral.

Evaluando las declaraciones juradas para establecer arraigos, la Cámara Segunda de lo Penal ha descartado considerare a las declaraciones juradas

no se pueden tomar en cuenta para fundamentar arraigos, no obstante, la señora Juez del Juzgado segundo de instrucciones del criterio que de estas declaraciones juradas únicamente se puede acreditar la existencia de la persona que acude ante un notario.

La certificación de partida de nacimiento del hijo del encausado y el talonario de pago de colegiatura, no demuestra en lo más mínimo que el imputado tiene un perfil de una persona promedio y que puede ser ubicado o que se someterá de manera voluntaria al proceso.

Al imputado se le imputan dos delitos, siendo estos el de Actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas; el segundo es el de tráfico ilícito de drogas. Siendo el primero considerado un delito menos grave atendiendo a la pena que se puede llegar a imponer, el segundo es un delito grave, por este último, se tienen que valorar con mayor cautela los arraigos presentados.

Pero que de lo anterior se ha podido establecer la participación del sujeto respecto de los hechos, y que se logra identificar el rol del imputado como “el que distribuía la droga”, por tanto deben valorarse con mayor cautela los arraigos presentados, por lo tanto en el caso referido a este imputado, lo procedente es declarar que no hay lugar a sustituir la detención provisional.

En las declaraciones juradas presentadas se advirtió una inconsistencia, pues al parecer el imputado tiene dos hogares, teniendo con ello la existencia de tres direcciones distintas, dos de las mujeres que dicen ser su pareja y la dirección del domicilio de la madre, pero en virtud de la poca gravedad del delito que se le imputa, los arraigos se han establecido de manera mínima pero sufrientes.

Pero en vista de la poca gravedad del delito y que los arraigos se han establecido de manera mínima pero suficiente, se considera pertinente sustituir la detención provisional por medidas de menor gravedad.

Siguiendo con el análisis, tenemos el **Auto con Referencia 155-18-10 ADAM, emitida por el Juzgado Tercero de Instrucción de San Salvador**, el cual está siguiendo el Delito Homicidio agravado. En donde se celebra la audiencia especial de revisión de medidas se requirió por la parte defensora, puesto que se realizó una reconstrucción de los hechos por parte del Juzgado Tercero de menores; de la cual, se puede concluir que lo manifestado por parte del testigo presenta inconsistencia, es decir, la credibilidad de lo expuesto por el testigo de cómo sucedieron los hechos carece de credibilidad.

El presente caso se sustenta principalmente por el testimonio de una persona que presenció los hechos. El Juzgado Tercero de Menores que tiene una vinculación íntima con el presente caso realizó una construcción de hechos; del cual, se detectó ciertas inconsistencias de lo expuesto por el testigo, siendo las más importantes, que el imputado estaba aproximadamente 25 metros de distancia de donde ocurrieron los hechos a horas de la noche, siendo imposible que el imputado pueda ver detalles, como rostros, escuchar conversaciones y observar exactamente lo que estaba ocurriendo. A pesar de que la parte fiscal alegó que el delito en el presente caso, es un delito que se encuentra en el catálogo del artículo 331 inc. 2 del CPP, y al ser un delito grave según el artículo 18 del CP, el Juez es del criterio de atender la solicitud de revisión de medidas, respaldándose en la sentencia 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 emitida por la Sala de lo Constitucional, la cual establece criterio de que la detención provisional es una medida de carácter excepcional, en la que se deben de precisar para su adopción las razones fácticas y jurídicas que la justifiquen o fundamenten. En base a lo aportado en el presente caso y para que la convicción judicial este constituida y al margen de todo subjetivismo,

debe de apegarse a las reglas de la sana critica. A criterios del juzgado y por las inconsistencias que existen en lo expuesto por el testigo, genera dudas en el Juez de la participación del encausado en el delito que se imputa. Con base en el art 4 y 5 del CPP en relación con el 12 de la Cn. que hace referencia al Indubio Pro Reo y al principio de inocencia, es conveniente sustituir la detención provisional por medidas menos gravosa.

Del anterior análisis cabe destacar lo siguiente en el proceso penal en contra del imputado, por el delito de homicidio, se establece su participación sobre la declaración del testigo con régimen de protección, ya que lo señala como uno de los que participo en la muerte de una persona, sobre tal ilícito penal el ministerio fiscal ha recabado elementos que acreditan la existencia del delito y con la entrevista del testigo se pretende acreditar la participación del imputado.

Por lo que la parte defensora presentó la solicitud de audiencia de revisión de medidas, exponiendo de que se realizara la diligencia en virtud de considerar que con la reconstrucción de hechos, y que tal diligencia arrojó como resultado que el testigo ha manifestado una serie de inconsistencias de cómo en un primer momento declaro que sucedieron, por lo que se está certificando a fiscalía de un posible falso testimonio por parte del testigo, lo cual hace que cambien las condiciones que sustentan la detención provisional. En igual sentido la parte defensora solicito que se decreten medidas menos gravosas.

En consonancia con lo anterior, para que la convicción judicial este rectamente constituida y al margen de todo subjetivismo, debe apegarse a las reglas de la sana critica, siendo estas la lógica, psicología y la experiencia común.

Por lo que en este caso a criterio de este juez existe duda en que el imputado haya participado en el hecho atribuido, debido al resultado que se obtuvo en la reconstrucción de los hechos, siendo procedente sustituir la medida de la

detención bajo la que se encuentra el imputado por otras menos gravosas, siempre y cuando no se debe de perder de vista que con tales medidas a imponer se deberá garantizar la presencia del encartado en el proceso, sin que haya duda que se pueda sustraer de la justicia, y en virtud que existe duda en cuanto a lo manifestado por el testigo, tomándose en consideración al principio de presunción de inocencia lo cual se encuentra ajustado a Derecho, por cuanto la duda, en un Estado de Derecho, no permite emitir la imposición de una medida gravosa en contra de persona alguna, la presunción de inocencia es una “regla de juicio” siendo la parte acusatoria la que tendrá que aportar al proceso los materiales probatorios y conseguir con ellos probar la participación del acusado, más allá de toda duda razonable construir con certeza la participación, lo que significa establecerla más allá de toda duda razonable, de tal modo que si no existe ese grado de certeza permanece el “status” básico de libertad y se impone la medida menos gravosa, no como un beneficio establecido a favor del reo, sino como consecuencia del principio de inocencia. Al efecto es procedente sustituir la detención provisional por medidas alternativas a la detención provisional.

5.1.5. Aplicación del *fumus boni iuris*

Como lo observamos en la instancia de paz; en instrucción las convicciones judiciales construidas se encuentran al margen de todo subjetivismo, donde se apega a las **reglas de la sana crítica**, siendo estas la lógica, psicología y la experiencia común.

Por lo que, cuando en instrucción se valora el precepto de la **apariencia de buen derecho**, no debe de existir duda en que el imputado haya participado en el hecho atribuido, caso contrario procedente sustituir la medida de la detención bajo la que se encuentra el imputado por otras menos gravosas, siempre y cuando no se debe de perder de vista que con tales medidas a

imponer se deberá garantizar la presencia del encartado en el proceso, sin que haya duda que se pueda sustraer de la justicia.

Cuando existe duda en cuanto a la participación del imputado en el hecho delictivo, se toma muy en cuenta el principio de **presunción de inocencia** lo cual se encuentra ajustado a Derecho, por cuanto la duda, en un Estado de Derecho, no permite emitir la imposición de una medida gravosa en contra de persona alguna.

Siendo la presunción de inocencia una “**regla de juicio**” en donde la parte acusatoria tendrá que aportar al proceso los materiales probatorios que sustente la participación del acusado, más allá de toda duda razonable construir con certeza la el Juicio de Probabilidad que lleve a pensar al juez, que la detención provisional es necesaria para asegurar la consecución de proceso penal; lo que significa establecer los hecho y la participación más allá de toda duda razonable.

De tal modo que si no existe ese grado de certeza permanece el “status” básico de libertad y se impone la medida menos gravosa, no como un beneficio establecido a favor del reo, sino como consecuencia del principio de inocencia. Al efecto es procedente sustituir la detención provisional por medidas alternativas.

A pesar de que el delito que se esté ventilando se encuentra en el catálogo del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, muchos jueces de esta instancia son del criterio de atender la solicitud de revisión de medidas, respaldándose en la sentencia 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/2196/23-96 emitida por la Sala de lo Constitucional, la cual establece criterio de que la detención provisional es una medida de carácter excepcional, en la que se

deben de precisar para su adopción las razones fácticas y jurídicas que la justifiquen o fundamenten.

5.1.6. Aplicación del periculum in mora

Garantizar la presencia del imputado en las diligencias, actos de investigación o audiencias en las que la misma es indispensable en el proceso penal, en ese sentido, existen muchas formas y herramientas que se pueden utilizar para lograr ese objetivo.

Una forma de hacerlo es el uso de vigilancia electrónica, en instrucción hay jueces que lo aplican en base al artículo 332 del Código Procesal Penal y 9 de la Ley Reguladora del Uso de Medio de Vigilancia Electrónica en Materia Penal, esto se hace en virtud que la medida cautelar de la detención provisional tiene el carácter de instrumental.

Los Jueces de Instrucción que hacen uso de esta herramienta son del criterio que si los centros de readaptación para las personas procesadas, y las condenadas no están cumpliendo con los fines de la pena, y el hacinamiento se convierte poco a poco en una problemática latente para el sistema penitenciario; por lo cual, es no solo razonable, sino también justificable que los imputados que no han sido condenados y sobre los que únicamente pesa medida cautelar de detención provisional, puedan recuperar su libertad bajo las condiciones que garantizan su comparecencia al juzgado o tribunal que tramita su proceso, atendidos a ese fin esencial muchas veces se sustituye la detención provisional por una alterna.

5.1.7. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de medidas cautelares

La imposición de la Detención Provisional como mecanismo para salvaguardar los fines del Proceso Penal, lleva los jueces a fundamentarla bajo aspectos no establecidos por la ley penal como la apariencia física del procesado, estigma social, antecedentes delincuenciales, etc., o toman elementos subjetivos de forma individualizadas que son parte del Periculum In Mora, como es el caso de la gravedad del hecho, alarma social, pena a imponer, etc., pero en vista de ello, vemos que los arraigos juegan un papel muy importante en el proceso para crear un perfil que denote al juez seguridad que la persona procesada se someterá al llamado de la justicia, lo que sucede muchas veces es que esta información no es debidamente presentada por la parte defensora, en donde vemos criterios de jueces que cuando el delito es grave el tema de los arraigos parecen ser inútiles y por ende prefieren no celebrar una audiencia especial de revisión de medidas cautelares, otro son del criterio dependiendo de la gravedad del delito, los arraigos se deben de establecer **mínima pero suficiente**, para considerar oportuno la sustitución de la detención provisional por medidas de menor gravedad.

5.1.8. Opinión del Juez entrevistado

Con los Jueces de Instrucción se comenzó a conversar acerca de la prohibición enmarcada en el artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, esta interrogantes se realizó a los jueces de paz, a diferencia de lo dicho por la citada instancia, que para algunos la no uniformidad de criterios a la hora de decretar la detención provisional, realizada taxativamente en base al artículo y otra decretada de forma potestativa como lo establece la sentencia 37-2007, genera inseguridad jurídica, para los Jueces de instrucción, esto no genera inseguridad jurídica alguna, porque para ellos, está claro los lineamientos

dados por la ley penal, además establecen dos cosas, la primera es que el artículo y la sentencia van a depender de la aplicación de cada juzgador, además que viene a reforzar lo que ya está estipulado en la Constitución y el Código Procesal Penal, en segundo lugar, lo regulado por el artículo 331 inciso segundo, incorpora lo dispuesto por el artículo 329 del cuerpo normativo ya mencionado.

En base a lo anterior, resultaría interesante en cuestionar lo referente a los preceptos que incorpora el artículo 329 de Código Procesal Penal, con ello pudimos observar los jueces lo que necesitan es que se le cree un perfil del imputado, un perfil que el juzgador pueda tener sospechas de que el imputado se pueda sustraer del proceso penal o la seguridad de que se someterá voluntariamente al llamado de la justicia, esto se logra por una parte, con los elementos indiciarios de investigación aportados por el fiscal en la etapa de paz, pruebas del cometimiento del hecho y aportando elementos que demuestren la reincidencia del imputado; por otra parte, la defensa tiene que aportar lo necesario para acreditar los arraigos del encausado, esto se logra con la aportación de documentación mínimo y necesaria para desvanecer el peligro de fuga, y entre mayor sea la gravedad del delito, mayor tendrá que ser la responsabilidad de la parte defensora para demostrar que el imputado se someterá de forma voluntaria al proceso.

Un dato muy importante que fue recolectado, con esta pregunta, fue lo expuesto por la Juez Segundo de Instrucción, con respecto a la aportación de *declaraciones juradas*,²⁴³ pues que la Cámara Segunda de lo Penal ya se pronunció ante este tipo de documentos aportados por los defensores para establecer arraigos y ha descartado que se considere a las declaraciones juradas y que no se pueden tomar en cuenta para fundamentar arraigos, no

²⁴³ Remitir a anexo donde se encuentra el cuadro resumen y el autor 56-9-2018 del Segundo de Instrucción.

obstante, la señora Juez del Juzgado Segundo de Instrucciones es del criterio que de estas declaraciones juradas únicamente se puede acreditar la *existencia* de la persona que acude ante un notario; por lo cual en un caso, donde el delito sea grave, este tipo de documentación servirá de poco o nada para establecer los arraigos y crear un perfil de seguridad de que el encausado se someterá a la justicia de forma voluntaria.

Pero el sometimiento a la justicia de una persona procesada, se puede lograr utilizando herramientas apropiadas, como lo es el uso de herramientas tecnológicas como lo establece el artículo 332 del Código Procesal Penal, en este punto, los jueces concuerdan en una cosa, y es que los criterios para evaluar si utilizar o no esta herramienta tecnológica no se apartan de los ya establecidos por el Código Procesal Penal, específicamente los del artículo 329, 331 y 332, lo que si se denota de lo conversado es lo engorroso que resulta utilizar esta herramienta, más cuando el estudio de factibilidad hecho por la Dirección de Centros Penales no resulta favorable para su implementación, es ahí donde el juez tiene que buscar una solución que puede ser la utilización de más medidas sustitutivas a las ya asignadas.

Dicho todo lo anterior, se generó la interrogante sobre los criterios que se evalúan para decretar medidas cautelares cuando el procesado es un Agente de Policía; si bien es cierto, en un principio se manejó que los procesos judiciales en contra de agentes de la corporación policial que se les impute un delito, iban a ser procesados de forma especial, al conversarlos con los impartidores de justicia. Los agentes de policía son procesados como cualquier persona que se le impute un delito, pero se le preste especial atención a las excluyentes de responsabilidad penal, ya que en aras de sus labores como agentes policiales en un enfrentamiento entre pandilleros y policías, es obvio que se encuentran en disputas dos bienes jurídicos, de los cuales uno saldrá afectado.

Por lo tanto, se analizan si se han cumplido los requisitos que componen al llamado “*Estado de Necesidad Inculpable*” para determinar si el agente de policía actuó en legítima defensa.

5.1.9. Análisis de los criterios de los jueces de primera instancia

Juzgados de Instrucción

Es importante destacar que los datos y criterios recolectados en la jurisprudencia y entrevistas hechas a Jueces de instrucción varía un poco a lo recabado por los jueces de paz.

Vemos que en cuanto a los criterios de aplicación de la detención provisional o una medida sustitutiva a la misma, los jueces de Instrucción tienen en claro de que no se tienen que apartar de lo dispuesto en el Código Procesal Penal, ya que este cuerpo normativo ya establece los lineamientos y criterios que el juez tiene que valorar para decretar dichas medidas cautelares.

Por una parte tenemos el *Fumus boni iuris* se encuentra regulado en el Art. 329 del Código Procesal Penal, siendo el primero de los requisitos a cumplir cuando se tratare de imponer una Medida Cautelar de Detención Provisional, y en este aspecto este primer numeral está usualmente bien aplicado; es decir, los problemas que radican por esta parte de la normativa son pocos debido a que en este momento es que el Juez hace uso de los tres elementos básicos para valoración mediante la sana crítica, para aplicar una Medida Sustitutiva a la Detención Provisional o en su defecto la Detención

Provisional propiamente dicha; por otro lado, se encuentra el *Periculum In Mora* se dice que, por ser un aspecto más amplio de análisis para su aplicación se da lugar a varios criterios e interpretaciones personales, reuniendo elementos un *objetivo* y uno *subjetivo*. En este último punto, podemos destacar

a la luz de lo conversado con los Jueces que la finalidad de los arraigos, es crear un perfil ante los ojos de juez del imputado, que le permita a este último tener la certeza de que el encausado se someterá voluntariamente al llamado de la justicia.

Pero para que se logre ese propósito, la parte defensora debe de aportar los documentos necesarios y oportunos para acreditar los arraigos tanto familiares, laborales y domiciliario, y de esta manera poder desvanecer el peligro de fuga; aunque para este tema hay datos muy interesante de recalcar, como los criterios establecidos por instancias superiores, como la Cámara Segunda de lo Penal que analiza el tema de las declaraciones juradas, y estima que este tipo de documentación aportadas para acreditar arraigos no se debe de tomar en cuenta para fundamentar los mismos, sin embargo juzgados como el Segundo de Instrucción es del criterio que de estas declaraciones juradas únicamente se puede acreditar la *existencia* de la persona que acude ante un notario, aunque se recalca que la acreditación de arraigos y la aportación de documentos que desvanezcan el peligro de fuga dependerá mucho del delito.

Por otra parte tenemos la concerniente con la audiencia especial de revisión de medidas cautelares, como ya se planteó, en este aspecto se genera una problemática que radica en la variedad de criterios para celebrar o denegar la instalación de dicha audiencia, esto tiene mucha relación con el delito, su gravedad, bien jurídico afectado, alarma social, etc. es decir, en el caso del catálogo de delitos (art 331 inc. 2 C.Pr.Pn.) Unos jueces tienen a bien celebrar la audiencia especial, sustituir la detención provisional por medidas alternas y otros se abstienen de celebrar dicha audiencia.

Lo expuesto por el Juzgado Tercero de Instrucción otorga una pequeña noción de las situaciones a al que los jueces se enfrentan en la práctica forense, y es

que, la audiencia especial es una opción que las partes tienen dentro del proceso penal, que pueden invocar en cualquier estado del proceso como lo establece el artículo 343 y 344 del Procesal Penal, incluso se tiene que celebrar aun cuando el delito sea grave o se encuentre dentro de los contemplado por el artículo 331, puesto que, desde el inicio del proceso penal en la fase de paz hasta que llega a instrucción, lo hechos de imputación por ejemplo, pueden variar y esto genera, entrar a analizar la causa nuevamente, y si este elemento no está claro, procedes a sustituir la detención provocar.

Aun cuando el delito se encuentra en el catálogo del artículo 331 inc. 2 del C.Pr.Pn., y al ser un delito grave según el artículo 18 del C.Pn., el Juez es del criterio de atender la solicitud de revisión de medidas, respaldándose en la sentencia 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 emitida por la Sala de lo Constitucional, la cual establece criterio de que la detención provisional es una medida de carácter excepcional, en la que se deben de precisar para su adopción las razones fácticas y jurídicas que la justifiquen o fundamenten; en base a lo aportado en el respectivo caso y para que la convicción judicial este constituida y al margen de todo subjetivismo, debe de apegarse a las reglas de la sana critica.

Las inconsistencias que pueden existir en lo expuesto por un testigo clave, por ejemplo, genera dudas en el Juez de la participación del encausado en el delito que se imputa; es por ello, que en base al art 4y 5 del CPP en relación con el 12 de la Cn. que hace referencia al Indubio Pro Reo y al principio de inocencia, es conveniente sustituir la detención provisional por medidas menos gravosa.²⁴⁴

²⁴⁴ Remitir a auto 155-18-10 ADAM y a la entrevista del juez tercero de instrucción

Por otro lado se conversó también acerca del brazalete electrónico, concordando los jueces de esta instancia, que es una herramienta innovadora, que tiene su procedimiento para su implementación.

Recalcando que para que este mecanismo se utilice los jueces hacen uso de los criterios ya establecidos en la ley penal, artículo 329, 331 y 332 del Procesal penal., denotando que este punto no representa mayor controversia como lo vimos en el caso de los jueces de paz.

También se conversó un poco acerca del tratamiento que se realiza cuando el imputado es un agente de la corporación policial, manifestando cada juez, que si bien es cierto, en un principio se manejó la noción de que se les aplicaría un proceso especial, esto ya no se llevó a cabo.

La aplicación automática de Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional en los supuestos en donde establecemos que el sujeto está enfrentando un proceso por un delito grave tal y como es el de homicidio genera una gran cantidad de tropiezos judiciales a la hora de poder fundamentar una medida sustitutiva. Pero cuando el sujeto activo se trate de una persona quien desde un inicio pueda comprobar que no se va a sustraer del llamamiento de justicia genera discusión jurisprudencial por ejemplo un elemento activo de la Policía Nacional Civil. Básicamente, esto se refiere a la calidad que tiene la persona que comete un ilícito cuando se trate de problemas sociales como enfrentamiento con arma de fuego entre pandillas y la Policía Nacional Civil.

La forma de proceder en este caso, es igual a la de proceder con una persona particular, los criterios a aplicar y a tomar en cuenta son los ya establecidos en el artículo 329 del procesal penal, con la especial atención a las excluyentes de responsabilidad penal, ya que en aras de sus labores como agentes

policiales en un enfrentamiento entre pandilleros y policías, es obvio que se encuentran en disputas dos bienes jurídicos, de los cuales uno saldrá afectado.

Por lo tanto, se analizan si se han cumplido los requisitos que componen al llamado “*Estado de Necesidad Inculpable*” para determinar si el agente de policía actuó en legítima defensa.

5.2. Criterios judiciales de las Cámaras de lo Penal

5.2.1. Cámara Segunda, Tercera y Especializada de lo Penal

En sentencia 385-2016 emitida por la Cámara 2ª de lo penal de la 1ª sección del centro / Juzgado 1º de paz de San Martín, en la cual se conoce el delito de Tenencia Portación y Conducción Ilegal de Arma de Fuego art 346-b Código Penal, en donde al momento de la interposición del recurso de apelación interpuesto por Fiscalía el imputado se encuentra en libertad con medidas sustitutivas a la detención provisional

Fiscalía alega que el delito es grave y por lo tanto no puede aplicarse medidas sustitutivas a la detención porque el peligro de fuga se ve incrementado, pero el Juez de Paz que resolvió sostiene que: 1) La ley no le prohíbe para que imponga medidas sustitutivas pese a que la pena es superior a 3 años. 2) La detención provisional no tiene que ser la regla general sino la excepción. 3) a su criterio no existe peligro de fuga. 4) que no ha presentado arraigos pero tampoco fiscalía ha presentado documentación que pruebe que existe el peligro de fuga. 5) la pena si bien es cierto sobrepasa los 3 años pero bien podría sentenciarse al mínimo de la pena que establece el delito que podría ser hasta una pena no privativa de libertad.

En esta ocasión, Cámara 2ª de lo penal de la 1ª sección del centro es del criterio que: 1) Aunque se compruebe la apariencia del buen derecho y el

peligro de fuga, ello no conduce a una automática aplicación de la detención provisional. 2) los jueces no pueden realizar un análisis de una probable pena porque se volvería en una pena anticipada ni tampoco analizar el quantum de la pena ya que no es un criterio para valorar el peligro de fuga. 3) el acusador debe demostrar en concreto que el imputado obstaculizara la investigación o la evadirá. 4) no cabe imposición automática de la detención provisional únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos del 331 inc. 2 Código Procesal Penal. 5) tampoco si se cumple el peligro de fuga y la apariencia del buen derecho no conduce automáticamente a la aplicación de la detención provisional. 6) el único criterio que determinara si se impone o no la detención o medidas sustitutivas a la detención provisional es “la motivación” del juez para valorar si a su criterio existe o no el peligro de fuga.

Veamos ahora la **sentencia APE-89-4-CPRPN-2016 emitida por la Cámara 2ª sección de oriente / juez de 1ª instancia de Jiquilisco**, donde se procesa a una persona por el delito de Posesión y tenencia en base al artículo 34 de la Ley Relativa a las Drogas, donde el imputado se encuentra en libertad con medidas sustitutivas: 1) firmar cada 15 días; 2) no salir del país; 3) que no se reúna con personas de mala reputación.

Los argumentos de la representación fiscal fueron los siguientes: 1) las medidas sustitutivas a la detención provisional no está fundada porque los motivos que generaron la detención provisional aún existen y no han cambiado. 2) no es posible conceder la aplicación de las medidas sustitutivas a la detención provisional ya que el 33 inc. 2 lo prohíbe expresamente.

El Juez Aquo fundamento el cambio de medida cautelar estableciendo los siguientes criterios: 1) los motivos que generaron la detención provisional no han desaparecido pero se agrega documentación que garantiza que no existirá el peligro de fuga. 2) si el joven es activo educativamente sería injusto no darle

la oportunidad de gozar de la libertad ambulatoria pues considera que se someterá al proceso y no lo obstruirá. 3) la detención provisional no es la regla general. 4) por la problemática de hacinamientos en centros penales y para ayudar a disminuirla el juez considera no necesaria la detención provisional.

Al evaluar el presente caso, la Cámara sienta los siguientes criterios: 1) si los presupuestos que dieron motivo al razonamiento para decretar la detención provisional no desaparecen, la medida cautelar de detención provisional es la más adecuada y esto no se considera atentatorio contra la presunción de inocencia ni tomarse como una pena anticipada sino más bien como un medio encaminado a garantizar el proceso penal. 2) si bien es cierto la normativa internacional establece que la libertad ambulatoria debe de afectarse mínimamente y excepcionalmente, es de señalar que también el legislador ha previsto que puede adoptarse la detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su aplicación. 3) en este caso, el juez no aplicó el efecto suspensivo del recurso ya que el art 342 establece que cuando se interponga recurso en la detención provisional el imputado deberá continuar detenido y en este caso el juez en reiteradas ocasiones ha puesto en libertad inmediatamente a los procesados; motivos por los cuales el tribunal de alzada toma a bien revocar las medidas sustitutivas a la detención provisional y decretese la detención provisional.

Por otra parte la **sentencia APE-116-5-CPRPN-2016 emitida por la Cámara de la Segunda Sección de Oriente**, donde se conoce el delito de Organizaciones terroristas, en donde el imputado se encuentra gozando de medidas sustitutivas a la detención provisional.

En ente Fiscal fundamenta que: Por la inobservancia de los Arts. 329 y 330 numeral 3 del Código Procesal Penal, asimismo por falta de fundamentación al modificar la medida cautelar de la Detención Provisional tal como lo

establece el Art. 144 Pr. Pn. Y además por la errónea aplicación del artículo 232 del código procesal penal, porque aun cuando no es procedente el juez aplicó medidas sustitutivas a la detención provisional.

Para que el Juez Aquo sustituyera la detención provisional considera de que con los arraigos que presenta la defensa tanto familiar, laboral y domiciliar, los imputados no van a evadir la justicia, por considerar de que éstos tienen todos los arraigos que garanticen su presencia a la fase del proceso, tampoco van a entorpecer la investigación de la Justicia por no estar a su alcance.

A lo que la Cámara sostiene que dicho delito, de conformidad al art. 331 Inc.2º. C.Pr.Pn., no se encuentra catalogado en la serie de delitos que prohíbe sustituir la detención provisional por otras menos gravosas, es de señalar que el legislador ha previsto de que puede adoptarse la medida cautelar extrema de detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su legal aplicación, tal como a criterio de esta Cámara sucede en el caso de vista. Que, por lo anteriormente relacionado, puede concluirse que existe el peligro de fuga y de obstaculización del proceso y, en consecuencia, no es procedente la aplicación de medidas cautelares menos gravosas que sustituyan la detención provisional de los procesados.

5.2.2. Cámara Tercera de lo Penal

Ahora bien, después de tomar una muestra de resoluciones emitida por la Cámara Segunda de lo penal, es oportuno analizar los criterios de la Cámara 3º de lo Penal, veamos la **sentencia INC-188-16 emitida por la Cámara de lo Penal de la 1º Sección del Centro**, en la cual se conoce del delito de Tráfico ilegal de personas, en donde la situación del imputado es que se encuentra en libertad con medidas sustitutivas a la detención provisional, las

cuales son: Presentarse cada 15 días al Juzgado, la restricción de no salir del país, permanecer en sus lugares de residencia y de cambiar de dirección.

El Fiscal del caso argumenta que existe una errónea aplicación de los presupuestos legales establecidos en los Arts. 329, 330, 331 y siguientes del CPP, así como de precedentes constitucionales que inspiran la procedencia de Medidas Cautelares distintas de la detención provisional, por lo tanto no se ha motivado suficientemente la inaplicabilidad de dichos presupuestos bajo la premisa de una ponderación de los derechos del imputado, versus la conveniencia de salvaguardar los fines del proceso penal, lo cual resulta por demás erróneo si se considera que **NO FUE PRESENTADO ELEMENTO ALGUNO QUE ACREDITARA NINGÚN TIPO DE ARRAIGO.**

El Juez Aquo del caso fundamento la sustitución de la Detención Provisional estableciendo que existen los elementos establecidos debe advertirse la necesidad de imponer medidas pero no la más gravosa como es la detención provisional, ya que a criterio de esta Juzgadora este tipo de delitos es de consecuencia y hay responsabilidad por parte de la víctima. También no hay una total individualización de los procesados en los actos que realizaron cada [uno de ellos] en el hecho pues el ministerio publico fiscal no ha sido específico, por ello cabe aplicar las medidas sustitutivas a la detención provisional.

El análisis de del presente tribunal de alzada es que la juzgadora no ha establecido un fundamento racional para su decisión, habiéndose bastado de la simple relación de los documentos y la decantación de responsabilidad del hecho en la víctima; obviando cualquier análisis o por lo menos alusión al peligro de fuga y obstaculización de la justicia, latente el presente caso, dada la inexistencia de arraigos demostrados. Por lo tanto se revoca las medidas sustitutivas e impóngase la medida cautelar de la detención provisional.

Veamos la sentencia marcada bajo la referencia **INC-55-17 emitida por la Cámara 3° de lo Penal de la 1° Sección del Centro**, donde se debate sobre el delito de Posesión y tenencia de Droga, en la cual el imputado se encuentra bajo Detención provisional.

La parte Fiscal alega que respecto al principio de trascendencia o agravio se ha decretado la Detención Provisional sin que exista un fundamento factico ni jurídico que arribe a la conclusión de que dicha medida cautelar más gravosa sea la necesaria adoptar para conseguir los fines del proceso.

El Juez Aquo del caso fundamento que se han presentado por parte de la defensa una constancia laboral del imputado y comprobantes de pago de universidad del imputado, así como, una escritura de compraventa del inmueble donde residen los imputados a nombre de la señora [...]; se considera que estos atestados no son suficientes para desvanecer el peligro de fuga, dada la gravedad del hecho que se le atribuye. Por tanto, los requisitos exigidos en la normativa internacional concurren en este caso, para **DECRETAR LA DETENCIÓN PROVISIONAL**.

En este caso la Cámara considera necesario aclarar, en cuanto a otro de los puntos en los que se basa la Jueza es, que el Artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal., establece una prohibición expresa de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional para delitos que se encuentran descritos taxativamente en dicho articulado, este se constituyen como uno de los criterios objetivos que amparan legalmente la imposición de la medida cautelar de la detención provisional; la cual no contiene propiamente supuestos de delitos no excarcelables, sino más bien un riesgo

“ex lege”; es decir, un riesgo de fuga basado en la gravedad del delito que impide sustituir la detención provisional por una medida alternativa; sin

embargo, lo anterior no significa que la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional para este tipo de delitos sea de forma AUTOMÁTICA; por cuanto, en todo caso particular, deberá de analizarse la procedencia y aplicación de la misma; por lo tanto, Revocase la medida cautelar de la detención provisional.

Sentencia INC-46-16 emitida por la Cámara. 3ª de lo Penal de la 1 Sec. Del centro, por el delito de Estafa agravada art. 215 y 216 Código Penal, en la cual, el imputado se encuentra bajo Detención Provisional.

La parte defensora alega que: 1) demuestra con arraigos que no existe peligro de fuga y que se le apliquen medidas sustitutivas a la detención provisional; 2) el monto de la caución le parece muy alto y teniendo en cuenta que no se tiene certeza de la participación del procesado, consideran que no es la medida cautelar más idónea.

Para interponer dicha medida cautelar, el Juez Aquo establece que: 1) El delito de estafa asciende a la suma de \$70,000 por lo tanto la caución de \$10,000 es coherente; 2) la querrela apelo y demostró que si existía peligro de fuga por lo tanto el imputado siguió en detención provisional.

Por su parte la Cámara es del criterio: 1) no realiza análisis del *fumus boni iuris* ya que no es solicitado por la querrela desde un inicio; 2) el monto de la caución le parece a la cámara razonable por la cantidad a la que haciende la estafa y que esto no debe de tomarse como una pena anticipada ya que es solo una medida cautelar ante este hecho delictivo de tipo defraudatorio, por lo cual confirma la detención provisional y la caución interpuesta.

5.2.3. Cámara Especializada de lo Penal

Sentencia 327-APE-16 emitida por la Cámara Especializada de lo Penal, en la cual se conoce el delito de organizaciones terroristas, en la cual el imputado se encuentra en Detención Provisional.

A lo que la parte defensora considera que la resolución emitida por esta juzgadora, es contraria a derecho, en razón que se fundamenta en una afirmación dogmática que no contiene sustento legal, ya que en el presente caso parte de una presunción o criterio subjetivo, fuera de lo que regula el artículo 144 del Código Procesal Penal.

Por lo que la Juez Aquo fundamento su decisión valorando detenidamente la solicitud de Revisión de Medidas en la cual la defensa particular del imputado ha solicitado el cambio de la medida cautelar de la detención provisional en la que se encuentra por una menos gravosa. En esta sentencia la juez aquo se detiene a valorar la prueba testimonial de los testigos que gozan de régimen de protección identificado con la clave “MAYO”, “DELGADO” Y “MORAZAN” de los cuales se obtiene la descripción y características de los imputados, realiza una valoración del delito de Organizaciones Terroristas, estableció criterios en base al objeto del delito. Concluyendo que por el delito no se desvanece el peligro de fuga, por lo cual, no es posible sustituir en base a esos argumentos la medida cautelar de detención provisional impuesta en audiencia inicial a los imputados.

Para lo cual, la Cámara Especializada toma a bien establecer que la Audiencia de Revisión de Medidas, tiene como objetivo, analizar si los motivos que llevaron a la Jueza a imponer una medida tan gravosa como es la detención provisional han variado, y que estos nuevos elementos sirvan para considerar

que el procesado no se sustraerá o entorpecerá el proceso que se sigue en su contra.

Por lo cual la controversia en este tipo de Audiencias no se centra en establecer la existencia del delito ni en la probable participación del procesado en el mismo, sino en si la documentación de arraigos presentada es suficiente para otorgarle medidas sustitutivas a la detención provisional, incidiendo en el segundo supuesto del art. 329 C.Pr.Pn., que se refiere al peligro de fuga. En ese orden, debemos decir que el delito que se le atribuye al procesado es el de “Organizaciones

Terroristas”, el cual no está dentro del catálogo de delitos establecidos por el Legislador en el art. 331 C.Pr.Pn., como de aquellos que no admiten otra medida cautelar distinta a la de la detención provisional. En ese sentido, con base a los anteriores argumentos, esta Cámara considera procedente **REVOCAR** la resolución dictada por la señora jueza de Instrucción

Especializado “B” con sede en esta ciudad, en Audiencia Especial de Revisión de Medidas Cautelares, celebrada a las a las nueve horas treinta minutos del día nueve de junio de dos mil dieciséis, en la que la señora jueza del caso mantuvo la medida cautelar de la detención provisional impuesta.

En **sentencia 441-APE-15 de la Cámara Especializada de lo Penal**, en la cual se debate sobre el delito de cohecho activo” y “agrupaciones ilícitas; la situación de los imputados es que se encuentran bajo medidas sustitutivas a la detención provisional.

La representación Fiscal en este caso argumenta a la Cámara que existe una ausencia de valoración de elementos probatorios indiciarios de conformidad a la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, el cual constituyó a su parecer un grave perjuicio al proceso penal, por lo que solicitó

al tribunal Ad-quem que revocara la resolución objeto de apelación y se mantuviera la medida cautelar de privación de libertad.

Los motivos que llevo al Juez Aquo a sustituir la Detención Provisional fueron que los elementos que han presentado hacen variar los motivos originales por los cuales se decretó la detención provisional; sin embargo, para evitar hacer una transcripción de los motivos originales de la detención provisional, y del análisis de probabilidad positiva de participación de los imputados, el suscrito juez, se remite a los fundamentos que se tomaron en cuenta en las Audiencias Especiales anteriores, cuyos fundamentos se ratifican en este acto, haciendo uso de la motivación por remisión en este caso, el suscrito juzgador basado en dichas resoluciones ratifican los argumentos. Por ello declara a lugar la sustitución de la medida cautelar de detención provisional.

A lo que el tribunal de alzada estipula que se debe de tomar en cuenta que la Medida Cautelar de Detención Provisional atiende a la aplicación del Principio de Necesidad de la medida, que requiere cumplir con ciertas exigencias delimitadas por el Legislador, principalmente la excepcionalidad, conforme a la cual la detención provisional, no puede convertirse en una regla general, sino que debe adoptarse exclusivamente cuando no exista otra forma de cumplir efectivamente los fines que la justifican, y siendo que la Detención Provisional exige de una Justificación Objetiva, por cuanto limita uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, el cual es la Libertad ambulatoria, es obligación de todo tribunal examinar la concurrencia de elementos materiales que posibiliten este tipo de medidas. Para decretar la Medida Cautelar de la Detención Provisional deben existir ciertos presupuestos esenciales, que hacen especial referencia a lo que doctrinariamente se conoce como **FUMUS BONI IURIS**, o Apariencia de Buen Derecho, el cual implica un juicio sobre la existencia del hecho delictivo y sobre la probable responsabilidad penal de las personas a las cuales se aplica.

Establecida la Apariencia de Buen Derecho, corresponde el análisis del presupuesto conocido doctrinariamente como **PERICULUM IN MORA**, entendido como el daño jurídico generado por el retardo en el procedimiento, a consecuencia del peligro de fuga de los imputados; dicho presupuesto tiene un aspecto subjetivo relacionado con aspectos personales de los procesados, y otro objetivo referido al presunto delito cometido y al contexto en que se cometió. Ambos elementos sirven de parámetro para imponer la detención provisional que se encuentran en nuestra legislación, ya que lo que se busca es tener vinculadas a las imputadas en el proceso penal. Debe de tenerse en cuenta que las medidas cautelares como tales, tienen la exclusiva finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados en el proceso y la ejecución de una eventual pena a imponer, en el supuesto que el proceso llegase a avanzar hasta esa etapa, evitando con ello la frustración del proceso judicial y con ello que la justicia se vea fallida. Es por ello que se procederá a **CONFIRMAR** la sustitución de la detención provisional. Por lo tanto, confirma lo actuado por el juez aquo.

Ahora veamos la **sentencia 127-128-APE-2016 emitida por la Cámara Especializada de lo Penal**, en la cual se conoce el delito de agrupaciones ilícitas Tráfico de Objetos Ilícitos en Centros Penitenciarios, de Readaptación y Reeducativos, la situación del imputado es que se encuentra con medida cautelar de detención provisional.

El argumento de la defensa técnica es la falta de fundamentación ya que se adoptó dicha medida, por el hecho de que todos los imputados eran

“custodios” o “policías” dentro de los centros penales; de igual forma, denunciaron la ausencia de fundamentación probatoria indiciaria intelectual; además, sostienen que no concurren el Fumus Boni Iuris y el Periculum In

Mora, ya que los elementos indiciarios proporcionados por la Fiscalía no cumplen con los requerimientos para imponer tal medida cautelar.

La señora Juez de la causa, considero que los procesados ejercen cargos de custodios asignados a la Penitenciaría Central La Esperanza, San Luis Mariona, en calidad de empleados de la Dirección General de Centros Penales, por lo cual, ellos desempeñan cargos donde perfectamente tienen conocimiento que al desarrollar este tipo de conductas se está infringiendo un tipo penal regulado por nuestra legislación en el art. 338-B del Código Penal, y al ponerse en circulación este tipo de objetos da como consecuencia una situación de peligro para la población interna en ese recinto penitenciario y un incremento en la comisión de delitos, así mismo se ha logrado determinar de que los aparatos celulares son utilizados con la finalidad de mantenerse comunicados con los miembros externos de las pandillas, que al mantener comunicación con los internos son puestos al tanto de la actividad delincencial afuera del Centro Penal y desde adentro del recinto son emitidas órdenes para cometer ilícitos penales, se valoró la documentación presentada en cuanto a los arraigos pero con ello no se tiene la certeza de que lo imputados no se sustraigan del proceso.

La cámara hace referencia que la señora Jueza le presentaron diversos documentos a fin de acreditar arraigos, los cuales corren agregados al proceso, y constan en la audiencia de imposición de medidas, de la cual estamos conociendo, documentos que fueron valorados por la señora Jueza, por lo que no es cierto lo que sostiene la defensa, que no fueron tomados en cuenta, ya que tal como se registra en la audiencia de imposición de medidas, pero dichos documentos no son suficientes para disipar el peligro de fuga, por lo cual, la cámara toma a bien confirmar lo actuado por la jueza de la causa.

5.2.3.1. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de medidas cautelares

Este tribunal de alzada establece que para decretar una medida cautelar valorando otros aspectos, tiene que construirse un fundamento racional para su decisión, más si se basa en la simple relación de documentos presentados en juicio con el fin de demostrar al juzgador que el perfil del imputado no incurrirá en pensar en el latente peligro de fuga y obstaculización de la justicia.

Estos elementos tienen que sirvan para considerar que el procesado no se sustraerá o entorpecerá el proceso que se sigue en su contra, en donde la documentación presentada por ejemplo para acreditar arraigos sea suficiente para otorgarle medidas sustitutivas a la detención provisional, incidiendo en el segundo supuesto del art. 329 Código Procesal Penal.

5.2.4. Análisis de los criterios de la cámara de lo penal

Podemos observar que el criterio de la Cámara de lo Penal es que si los presupuestos que establece el artículo 329 del Código Procesal Penal que dieron motivo al razonamiento para decretar la detención provisional no desaparecen, la medida cautelar de detención provisional es la más adecuada y esto no se considera atentatorio contra la presunción de inocencia ni tomarse como una pena anticipada sino más bien como un medio encaminado a garantizar el proceso penal; si bien es cierto, la normativa internacional establece que la libertad ambulatoria debe de afectarse mínimamente y excepcionalmente, es de señalar que también el legislador ha previsto que puede adoptarse la detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su aplicación.

Por otra parte, cuando se interpone un recurso en contra de la decisión de imponer una medida cautelar, el juez que conoce debe de aplicar el efecto

suspensivo del recurso ya que el art 342 del Código Procesal Penal establece que cuando se interponga recurso en la detención provisional el imputado deberá continuar detenido, por lo tanto no se debe de poner en libertad inmediatamente al procesado; cosa que muchos jueces al sustituir la detención provisional proceden a la puesta en libertad del imputado aun cuando la parte Fiscal interpone el respectivo recurso.

En cuanto a los delitos enmarcados en el catálogo del artículo 331 Inciso segundo del Código Procesal Penal, el legislador ha previsto de que puede adoptarse la medida cautelar extrema de detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su legal aplicación, siempre y cuando la existencia de los preceptos como el peligro de fuga no se desvanezca, no será procedente la aplicación de medidas cautelares menos gravosas que sustituyan la detención provisional.

Dado que el Artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal., establece una prohibición expresa de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional para delitos que se encuentran descritos taxativamente en dicho articulado, este se constituyen como uno de los criterios objetivos que amparan legalmente la imposición de la medida cautelar de la detención provisional; la cual no contiene propiamente supuestos de delitos no excarcelables, sino más bien un riesgo “ex lege”; es decir, un riesgo de fuga basado en la gravedad del delito que impide sustituir la detención provisional por una medida alternativa; sin embargo, lo anterior no significa que la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional para estos tipos de delitos sea de forma AUTOMÁTICA.

5.3. Criterios judiciales Sala de lo Penal

Sentencia **131-CAS-2012**, fecha de la resolución: **06/01/2014**. Emitida por la Sala de lo Penal: “Finalmente, en relación a los escritos presentados por el imputado [...] y la Licenciada [...], mediante los cuales solicitan audiencia para el cambio de medidas cautelares por el exceso en el plazo de la detención provisional. En ese sentido, se expresa que, de acuerdo a los antecedentes emitidos por este Tribunal Casacional, los Suscritos Magistrados no están autorizados para pronunciarse acerca de la revisión de medidas cautelares; así se dijo manifiestamente: “esta Sede advierte no encontrarse habilitada para la realización de tal acto -refiriéndose a la audiencia de revisión de medidas-, ya que tal atribución no está comprendida en su competencia funcional, tal como se desglosa de lo previsto en los Arts. 5 y 420 del Pr. Pn., donde se determina el área de competencia de esta Sede, y del Art 307 Pr. Pn., del cual se desprende que la revisión de medidas se solicita al Juez que dictó la misma...”. (Sic) Cfr. SALA DE LO PENAL, resolución 561-Cas-2006 emitida a las 08:51 del 07/05/2008. En efecto, esta Sala sólo está circunscrita al conocimiento del recurso de casación, ya que la remisión material del proceso procede para ese efecto, teniendo el Tribunal Sentenciador la obligación de ejecutar la revisión de medidas, auxiliándose de las copias que esa instancia posee del expediente judicial. Por consiguiente, la solicitud deberá dirigirse ante el Tribunal competente, a saber, el Tribunal Especializado de Sentencia de esta ciudad, siendo éste quien deberá conocer sobre la misma”.

Sala de lo Penal, número de referencia: **171-CAS-2011**, fecha de la resolución: **13/06/2014**. En dicha construcción jurisprudencial, la Cámara sostiene que la aplicación de las disposiciones anteriores para el caso de mérito. Por razones de sistemática, debe retomarse el hecho acreditado, el cual se encuentra narrado dentro del título “FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y ANALÍTICA”, de la sentencia en comentario, y ahí se ha consignado: “La

característica principal de la prueba indiciaria es que haya “un hecho generador” plenamente probado, a partir del cual se pueden hacer inferencias por ello conforme a la prueba desfilada y relacionada tenemos como hecho probado la entrega de seis vehículo, pero para este razonamiento sólo se tomará el pick up placas [...], el cual no sólo por el dicho de los testigos sino conforme a la prueba documental de que consta la certificación del expediente físico del mencionado vehículo y dentro del cual aparece un contrato de venta del mencionado vehículo, donde aparece como vendedor el señor [...] y como comprador el señor [...], cuya firma del vendedor según experticia grafotécnica no ha sido elaborada por el señor L. C. y por ende resulta falsa, por consiguiente se infiere que si el vehículo vendido (cinco de octubre del año dos mil cinco) se encontraba bajo tutela y responsabilidad del señor R. N., sólo podía autorizar su salida la mencionada persona; y sólo podía disponer del mismo el mencionado dueño del taller, por consiguiente, se le puede atribuir al citado señor R. N., la apropiación de dicho automotor.” (Sic) Ahora bien, en tanto que se ha considerado que se está ante la presencia de un delito consumado, es evidente entonces, que los siguientes elementos fueron agotados: a) Una previa posesión o tenencia de lo que sea su objeto -dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble- recibido por título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo; b) Un cambio del “animus” sustentador de la posesión, que de ser en concepto distinto al de dueño, reconociendo el dominio en otra persona, pasa a convertirse en intención de hacer propia la cosa que es de otro; y c) Un comportamiento material de apropiación por el ejercicio de hecho de facultades propias del dominio, sea gozando o sea disponiendo de la cosa como dueño. Es, por lo tanto, necesario haber recibido dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activos patrimoniales en depósito, comisión, administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. Resultaba de suma importancia, establecer el tiempo exacto de la ejecución del delito, pues a partir de ese conocimiento

iniciará la contabilización del cómputo del plazo prescriptivo. Según lo expuso el sentenciador dentro de su razonamiento, luego de determinar con certeza la Apariencia de Buen Derecho, es decir, la existencia del ilícito calificado como APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS la consumación de esta infracción ocurrió con fecha cinco de octubre del año dos mil cinco, ya que en esa oportunidad se perfeccionó el contrato de compraventa del vehículo en referencia. En ese entendimiento, el Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a los Arts. 34 y 35 del Código Procesal Penal, debía accionar a partir del día cinco de octubre del año dos mil cinco para iniciar la persecución penal y el plazo para esta actividad investigativa, finalizó el cinco de octubre del año dos mil nueve, esto es, luego de haber transcurrido un plazo igual al máximo previsto para el delito averiguado; sin embargo, tal como se observa para el caso de mérito, el requerimiento fiscal fue presentado a la sede judicial el día once de septiembre del año dos mil diez, es decir, transcurrieron once meses del término habilitado para la persecución del delito. En consecuencia, al operar la prescripción, es preciso atender al contenido del Art. 31 Núm. 4° del Código Procesal Penal, es decir, considerar la extinción de la acción penal”.

Sala de lo Penal, número de referencia: 9-CAS-2016, fecha de la resolución: 14/10/2016 “Finalmente, esta Sala ha recibido escrito presentado por el señor [...], mediante el cual solicita sea realice audiencia especial de revisión de medidas cautelares, en tanto que el plazo de la detención provisional ha sido excedido. Sobre este punto, es importante indicar que la competencia funcional del tribunal de casación se encuentra determinada a los términos de la normativa aplicable, reduciéndose las facultades de esta Sala al ámbito fijado exclusivamente para los asuntos previstos en la ley, permitiéndosele de tal forma, conocer de las causas expresamente determinadas, sin la posibilidad de valorar elementos probatorios o situaciones fácticas, verbigracia, el estudio de las circunstancias que darían lugar a la

imposición de una u otra medida cautelar, tal como lo disponen los Arts. 292 y siguientes del Código Procesal Penal derogado pero aplicable al caso de mérito. Aunado a lo anterior, según lo prescribe el Art. 304 del Código Procesal Penal en mención, no resulta viable el examen o variación de las medidas cautelares dentro del presente trámite, puesto que la resolución a emitir es objeto de apelación, precisamente por ello dicha institución procesal ha sido diseñada para las etapas procesales de instancia, no así para ser conocida en la fase excepcional que concierne a este recurso. En consonancia con lo anterior, el legislador emitió el Decreto 549, de fecha nueve de diciembre del año dos mil diez, adicionando la respectiva interpretación auténtica del Art. 6 del Código Procesal Penal, en el entendido que los plazos máximos de detención provisional determinados en el inciso segundo de indicado precepto, se comprenden supeditados al lapso en que se tramita el proceso; situación diferente ocurre frente a una sentencia condenatoria aún no firme, pues mientras pende la resolución de un recurso la situación jurídica del sentenciado y la consecuente restricción de su libertad, corresponderían a la duración de la pena previsible y a las reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o de la libertad condicional. Estas razones de orden legal impiden a esta Sala la revisión, modificación o sustitución de las medidas cautelares impuestas previamente. Así ha sido comprendido en la reiterada jurisprudencia, verbigracia, los fallos 459-CAS-2011, 463-CAS-2011 y 112CAS-2012, de fechas dos y cuatro de octubre del año dos mil trece, y quince de agosto del año dos mil catorce.”

Sala de lo Penal, sentencia número de referencia: 317C2015, fecha de la resolución: 06/01/2016 “Finalmente, esta Sala no pasará desapercibida la existencia de un error de derecho en la sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente de San Miguel, y se procederá a pronunciarse sobre dicho defecto de

oficio. Esta sede ha advertido que en la parte dispositiva de la sentencia de Primera Instancia, se postula: “El imputado se encuentra en estos momentos sometido a las medidas sustitutivas a la detención provisional, por considerarse que tiene arraigo domiciliario y laboral y en vista que se ha hecho presente a las convocatorias a audiencias programadas, se considera no necesario decretar la detención provisional, debiendo cumplir con las medidas impuestas por el Juzgado Segundo de Paz y Segundo de Instrucción de La Unión, hasta que se declare firme la presente sentencia” (Sic). La procedencia de las medidas sustitutivas, encuentra su regulación en el Art. 331 Pr. Pn., y en el inciso segundo el legislador es claro en prescribir:

“No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual (...)”. Dado que en el presente caso, se puede estar ante la presencia de un delito contra la libertad sexual, de los que trata el Título IV, Capítulo I del Código Penal, la actuación de la Jueza de Sentencia de La Unión claramente contraviene lo establecido en la ley procesal penal, en tanto no era procedente la aplicación de excarcelación como medida cautelar, por imperio de ley, en razón del tipo de delito ante el que se encontraba sentenciando. El anterior yerro no fue advertido por la Cámara de Alzada, la cual en su fallo confirmó en todas sus partes la sentencia definitiva condenatoria del Tribunal de Sentencia de La Unión, lo que por supuesto abarca la confirmación del defecto en la aplicación de la medida sustitutiva a la detención provisional; obviando realizar lo que a derecho correspondía, que era subsanar el error de derecho, ordenando la captura del procesado, a efectos de que éste se mantuviera en prisión preventiva, siendo la única medida cautelar que de acuerdo a la ley puede ser impuesta, hasta la declaratoria de la firmeza de la sentencia condenatoria que fue dictada en su contra”.

“En ese orden de ideas, esta Sala ordenará el reenvío de la presente causa a la Cámara de origen, para que se pronuncie conforme a derecho y dicte las medidas correctivas, respecto de la aplicación de las medidas sustitutivas en que actualmente se encuentra el encartado; ejercicio para el cual no tendría obstáculo alguno, puesto que el Art. 475 Pr. Pn., ha conferido facultades amplias a los tribunales de alzada, pudiendo efectuar un control sobre los hechos y el derecho, lo que incluye, desde luego, el análisis fáctico que conlleva decidir sobre la aplicación de medidas cautelares, aspecto que a esta Sala le está impedido realizar (Criterio sostenido en las sentencias 131CAS-2012, de fecha 06/01/2014 y 141-CAS-2012, de fecha 05/11/2013).”

5.3.1. Aplicación del *fumus boni iuris*

En reiteradas ocasiones, la Sala de lo Penal menciona en muchas sentencias, que no encuentra habilitada para conocer y evaluar sobre lo actuado en audiencia de revisión de medidas, ya que tal atribución no está comprendida en su competencia funcional, ya que la revisión de medidas se solicita al Juez que dictó la misma.

En efecto, esta Sala sólo está circunscrita al conocimiento del recurso de casación, ya que la remisión material del proceso procede para ese efecto; recordemos que el recurso de casación debe de encajar en alguno de los numerales del artículo 479 del procesal penal, dicho recurso se utiliza para enmendar agravios concluyentes, en cumplimiento de sus principales fines institucionales, en defensa del derecho objetivo, seguridad jurídica, aplicación igualitaria de la ley, unificación de la jurisprudencia, justicia del caso concreto y la legalidad del debido proceso, que en principio suponen la consumación de las fases procesales de conocimiento.

5.3.2. Aplicación del periculum in mora

Al igual que el precepto anterior, no se logra establecer un criterio de aplicación por parte de la Sala de lo Penal en cuanto al peligro de fuga; pues, el recurso de casación debe de encajar en alguno de los numerales del artículo 479 del procesal penal, dicho recurso se utiliza para enmendar agravios concluyentes, en cumplimiento de sus principales fines institucionales, en defensa del derecho objetivo, seguridad jurídica, aplicación igualitaria de la ley, unificación de la jurisprudencia, justicia del caso concreto y la legalidad del debido proceso, que en principio suponen la consumación de las fases procesales de conocimiento.

5.3.3. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de una medida cautelar

En vista que el Artículo 479 del procesal penal, establece que el recurso de casación debe utilizarse para enmendar agravios concluyentes, en cumplimiento de sus principales fines institucionales, en defensa del derecho objetivo, seguridad jurídica, aplicación igualitaria de la ley, unificación de la jurisprudencia, justicia del caso concreto y la legalidad del debido proceso, que en principio suponen la consumación de las fases procesales de conocimiento. No se encuentra criterios de parte de la sala referente a aspectos no establecidos por la ley para fundamentar la imposición de una medida cautelar.

5.4. Análisis de criterios Sala de lo Penal

La Sala de lo Penal deja en claro elementos puntuales, el primero y quizás más importante, es que el recurso de casación debe de encajar en alguno de los numerales del artículo 479 del procesal penal, utilizándose el mencionado recurso para enmendar agravios concluyentes, en cumplimiento de sus principales fines institucionales, en defensa del derecho objetivo, seguridad

jurídica, aplicación igualitaria de la ley, unificación de la jurisprudencia, justicia del caso concreto y la legalidad del debido proceso, que en principio suponen la consumación de las fases procesales de conocimiento.

En casación solo se conoce de aquellas sentencias y autos que pongan fin al proceso o tengan que ver con el objeto último del proceso, que es la pena, eso significa que no todo auto es recurrible en casación.

No admiten casación, por ejemplo, aquellas decisiones que retrotraen el proceso a la primera Instancia, sea para la reposición de actuaciones declaradas inválidas o sea para el desarrollo de la fase del juicio en los supuestos de revocación del sobreseimiento definitivo o provisional o, en su caso, las que resuelven una situación incidental, como son las que refieren a las medidas cautelares. En específico tampoco tiene el carácter de definitivo la decisión jurisdiccional que confirma la sustitución de la detención provisional por otras menos gravosas.

En base a lo anterior, la casación está reservada sólo para el análisis de legalidad de: "...las sentencias definitivas y contra los autos que pongan fin al proceso o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones o que denieguen la extinción de la pena...".

De la regla anterior se concluye, que no toda decisión pronunciada por un recurso de apelación puede ser controlada ante la Sala de lo Penal, sino sólo aquéllas que por su contenido y efecto puedan clasificarse dentro de las que según la ley pueden ser examinadas por dicho Tribunal.

Por último, La Sala de lo Penal otorga criterios muy interesantes, partiendo del artículo 493 del Código Procesal Penal, el cual, declara apelable la decisión de suspender la sentencia condenatoria recurrida y ordenar la libertad del acusado o el sometimiento a medidas cautelares no restrictivas de la libertad

personal, ya que en estos casos las facultades resolutorias del tribunal de apelación (art. 459 inc...1° C.Pr.Pn.) están circunscritas al tema de **la medida cautelar aplicada y lo relativo a la libertad personal del condenado** mientras se sustancia el recurso de revisión, pero no para reexaminar la pretensión de fondo de la revisión, como se efectúa muchas veces de forma errónea. Para ello se tiene que valorar el criterio del artículo 329 inciso segundo, referente al peligro de fuga, mas no de la apariencia de buen derecho porque ya no es objeto de análisis en el presenta caso.

No obstante lo anterior, deja un poco de desconcierto sentencias como la **317C2015** de fecha 06/01/2016, donde parece que la Sala de lo Penal establece que cuando se trate de delitos que están dentro del catálogo del 331 del Procesal Penal la procedencia de las medidas sustitutivas, encuentra su regulación en el mencionado artículo y en el inciso segundo el legislador es claro en prescribir: “No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual (...)”. Y al encontrarse ante la presencia de uno de estos delitos, el juzgador no tiene que contravenir lo establecido en la ley procesal penal, en tanto no es procedente la aplicación de excarcelación como medida cautelar, por imperio de ley.

Siendo la prisión preventiva, la única medida cautelar que de acuerdo a la ley puede ser impuesta, hasta la declaratoria de la firmeza de la sentencia condenatoria que fue dictada en su contra”.

En el caso anterior la Sala ordena el reenvío de la presente causa a la Cámara de origen, para que se pronuncie conforme a derecho y dicte las medidas correctivas, respecto de la aplicación de las medidas sustitutivas en que actualmente se encuentra el encartado; ejercicio para el cual no tendría obstáculo alguno, puesto que el Art. 475 C.Pr.C. Pn., ha conferido facultades

amplias a los tribunales de alzada, pudiendo efectuar un control sobre los hechos y el derecho, lo que incluye, desde luego, el análisis fáctico que conlleva decidir sobre la aplicación de medidas cautelares, aspecto que a esta Sala le está impedido realizar.

5.5. Criterios judiciales Sala de lo Constitucional

Sentencia marcada bajo la referencia HC 343-2012, de fecha 1/2/2013 emitida por la Sala de lo Constitucional; en la cual, esta sala ha sostenido que la sola existencia de diligencias de investigación o más aún, la sola instrucción de un proceso penal, no implica por sí misma, restricción a la libertad individual de una persona, pues las mismas salvaguardan en todo caso la operatividad del principio de presunción de inocencia, que acompaña a la persona a quien se le imputa un delito, desde el inicio de estas diligencias hasta la producción de un pronunciamiento definitivo condenatorio (sentencia HC 57-2003, de 7/8/2003).

El reclamo del incoado se centra en su apreciación de que su libertad física se encuentra amenazada por las autoridades demandadas debido a que, en ocasión de ser entrevistado supuestamente como testigo, por un agente policial, fue cuestionado sobre el Sindicato de Trabajadores de la Asamblea Legislativa, del cual expresa ser secretario general. De manera que considera que se le podría detener sin que exista mérito para una imputación en su contra.

Conforme a lo anotado en el considerando precedente, para dar trámite a una solicitud de hábeas corpus preventivo es indispensable que se exponga la existencia de un atentado decidido a la libertad física que esté en vías de ejecución y que represente una amenaza cierta al aludido derecho fundamental.

Debe decirse que el peticionario no refiere la existencia de una orden de captura decretada en su contra y que, por lo tanto, esté a punto de materializarse, sino únicamente manifiesta la realización de un suceso con fundamento en el cual supone que podría ser detenido: haber sido cuestionado respecto al sindicato al que pertenece. Dicha actuación no es apta para ser considerada amenaza al derecho de libertad física, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, pues se trata de una situación que carece de capacidad para generar indefectiblemente la restricción de la libertad física de una persona. Y es que, no obstante el solicitante no hace más que especular respecto a que podría estar efectuándose una investigación en relación con el sindicato al cual pertenece y que podría tratar de atribuírsele un delito, de cualquier manera las investigaciones policiales y fiscales llevadas a cabo en el ejercicio de la función de investigación de ilícitos penales no implican automáticamente que se vaya a decretar su detención, pues por regla general y como corolario de la presunción de inocencia, el indiciado debe permanecer en libertad y solo excepcionalmente privado de esta, lo que significa que se puede acudir a tal medio de coerción personal, solo si es el único medio de garantizar los fines para los que ha sido diseñado.

Por lo tanto, decretar la detención administrativa es solo una de las opciones y no como se dijo la consecuencia indefectible del inicio de una investigación para el caso de carácter penal. De manera que, al no existir una orden de detención ya decretada y en vías de ejecución cuya constitucionalidad pueda ser enjuiciada por esta sala, con el objeto de evitar que se materialice, es preciso rechazar la pretensión planteada por el señor O. O., a través de la declaratoria de improcedencia.

Como esta sala lo ha sostenido en reiteradas decisiones, sobre la base del hábeas corpus preventivo este tribunal no puede adelantarse a impedir la emisión de una restricción de libertad física que pudiese, incluso, nunca llegar

a ordenarse, pues dicha modalidad del aludido proceso lo que pretende es evitar que restricciones inconstitucionales ya emitidas efectivamente provoquen un menoscabo material en el derecho tutelado a través de este proceso constitucional, constituyéndose así estas en el objeto de control del tribunal.

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 56-2012, fecha de la resolución: 18/06/2014, en dicha construcción jurisprudencial, la Honorable Sala de lo Constitucional establece que tanto los requisitos como las causales contempladas en los arts. 329 Y 330 del Código Procesal Penal, tienen que ser interpretados conforme la finalidad de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución de la eventual condena, haciendo posible el descubrimiento de la verdad material, evitando con su aplicación la fuga del imputado o que la prueba sea falseada; se descarta entonces que con su utilización se persigan metas preventivo-generales o preventivo especiales que únicamente pueden predicarse de la pena de prisión.

No obstante lo anterior, esta Sala es consciente de la idéntica naturaleza material que existe entre la pena privativa de libertad y la detención provisional pues ambas entrañan una intensa restricción al derecho fundamental de la libertad personal; pese a ello, es posible efectuar un claro deslinde entre ambos institutos jurídicos en lo relativo a su finalidad, pues la primera **la pena** persigue el afianzamiento en la conciencia colectiva del respeto y fidelidad hacia el Derecho, mientras que la segunda el **encarcelamiento preventivo** tiene una función de aseguramiento procesal; no pudiéndose introducir a esta última las diferentes concepciones relativas a los diversos fines de la pena, so pena de inobservar de manera grave el derecho fundamental relativo a la presunción de inocencia (art. 12 Cn.).

En resumen, y en un sentido distinto al señalado por el demandante al mencionar una probable afectación al inc. 1° del art. 12 Cn., la presunción de inocencia no puede significar de ninguna forma la prohibición del dictado de la prisión preventiva cuando con su imposición se busque salvaguardar finalidades estrictamente procesales; pero sí resulta constitucionalmente vedada su consideración como una suerte de pena anticipada o de sanción procesal. Por ende, es factible diferenciar la misma el encierro cautelar de la pena y de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas por la comisión de un delito.

Lo desarrollado en los anteriores considerandos, ha permitido reconocer en la jurisprudencia de esta Sala, cuatro principios de corte constitucional que rigen la aplicación de dicho instituto, entre otras: sentencias de 31-I-2000 y 14XII-2011, HC 452-99 e Inc. 37-2007 respectivamente, a saber: (a) la excepcionalidad; (b) Jurisdiccionalidad (c) provisionalidad; y (d) proporcionalidad.

La excepcionalidad de esta medida de coerción parte de una premisa básica: el imputado debe recibir un trato de inocencia hasta que la sentencia que pone fin al proceso se encuentre firme. Por ende, su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para los fines del proceso; y tal inferencia requiere, igualmente, examinar y llegar al convencimiento de que otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales pueden resultar un fracaso. En suma, constituye la última ratio de las medidas de coerción procesal de las que el juez puede valerse para asegurar las resultas del juicio. Percepción que es coincidente con la efectuada por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, cuando afirmó que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción

de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (sentencia de 7-IX-2004, caso Tibi vs. Ecuador, párrafo 106).

Por otro lado, su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien, luego de examinar objetivamente los datos que consten en el proceso, debe exponer un análisis motivado sobre la conveniencia de la citada medida en el caso concreto que juzga y que, a grandes rasgos, se relaciona con una sospecha seria de culpabilidad acerca de que el imputado ha cometido un delito, y que su actuar en libertad representa un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

La provisionalidad, es una calidad inherente a cualquier medida cautelar, en el sentido de que su duración es siempre temporal hasta la finalización del proceso y sujeta a la variación sustancial de las condiciones que han dado lugar a su imposición el denominado principio *rebus sic stantibus*.

Conforme a este último, la prisión preventiva debe ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento procesal puedan ser eficazmente garantizados en una forma menos extrema; e igualmente, concluir su duración cuando los plazos fijados en el art. 8 del C.Pr.C. Pn. sean cumplidos.

Por último, la duración de la prisión provisional no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria, particularmente de alguien que tiene un estatus de inocencia ante el Estado. En otros términos, debe impedirse que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal irremediable y mayor que la propia reacción legítima del Estado en caso de una condena”.

Se reconocen al menos tres presupuestos materiales y uno de carácter formal que son necesarios para el dictado de la prisión preventiva: (a) la existencia de suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del hecho delictivo, y de la probable intervención del imputado, sea como autor o partícipe; (b) la existencia de un peligro de fuga o de una probable actividad de obstaculización de la investigación; el (c) respeto al principio de proporcionalidad. Y por último, (d) la ineludible exigencia de una motivación adecuada a cada presupuesto.

El primer presupuesto ha sido desarrollado de forma incesante por esta Sala, y se ha identificado conforme aforismo latino del **Fumus Boni Iuris** o “apariencia de buen derecho”; sin embargo, debe reconocerse que resulta más adecuada su identificación con la existencia de una sospecha suficiente de una probable responsabilidad penal del imputado.

A ello hace referencia la regla décimo novena del Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal de las Naciones Unidas conocidas como las Reglas de Mallorca que establece “[l]a detención sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de la participación de la persona en un delito”.

Su contenido viene constituido por un juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. Así, mientras no exista una sospecha fundada o suficiente de culpabilidad no podrá dictarse una sentencia condenatoria; y más aún, la gravedad de esa sospecha implica un deber de tolerancia del encartado en cuanto a soportar la referida medida coercitiva.

A contrario sensu, ante una mínima sospecha aumenta sensiblemente el riesgo de que el encarcelamiento preventivo afecte a un inocente. Y es que,

verdaderamente, dentro del proceso penal, citando lo expuesto en la ya mencionada sentencia 28-2008, existe siempre un conflicto entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en cuanto la persecución del delito. Por ende, cuando la sospecha de culpabilidad es fuerte, aumenta el interés estatal que se efectúa mediante la actividad investigadora, e incrementa la posibilidad del dictado de una sentencia de mérito. En forma distinta, cuando la posibilidad de una sentencia condenatoria es escasa debido a una débil sospecha de culpabilidad, disminuye el interés estatal en la persecución penal. No obstante lo expuesto, la grave sospecha no es suficiente para decretar la detención provisional, pues únicamente se trata de un presupuesto que debe ser relacionado, o bien con el peligro de fuga o de probable entorpecimiento de la labor de investigación”.

Con relación al **Periculum In Mora** o peligro de fuga, el mismo hace referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, ya sea evitando la realización de la etapa contradictoria o evadiendo la pena probable a imponer. Como causal habilitante de la detención provisional, busca evitar los procesos penales en ausencia y que se dilate excesivamente el desarrollo de cada una de sus etapas. Y es que no sería posible la aplicación de las consecuencias penales a quien no se encuentre sujeto al procedimiento, y mucho menos garantizarle de esa manera el ejercicio óptimo de la defensa material.

En la misma línea anterior, la ya citada sentencia de 14-IX-2011, Inc. 372007, establece que la gravedad del delito y de la probable pena a imponer es un elemento que debe ser tomado en cuenta dentro de un análisis integral de una serie de datos que permitan inferir con alta probabilidad el concreto peligro de fuga o la conveniencia de la aplicación de una medida sustitutiva. Así, el mismo tendrá que ser conjugado con otros elementos tales como las condiciones personales del imputado, su arraigo familiar, domiciliario y laboral, la ausencia

de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone y sus obligaciones monetarias, etc. Estos indicadores coinciden con lo expuesto por gran parte de la doctrina procesalista penal, en el sentido que dentro de las circunstancias a tomar en cuenta dentro del análisis judicial se encuentran el monto de la pena esperada, las relaciones personales y familiares del imputado, su estabilidad laboral, la existencia de un domicilio fijo o de frecuentes cambios de vivienda o empleo, las enfermedades que padece, el uso de identidades o documentación falsas, etc.”.

En cuanto al peligro de obstaculización, éste constituye un fundamento válido para dictar la medida cautelar en referencia, debiéndose constatar de las investigaciones que existen motivos fundados de que conforme al núm. 3) del art. 330 Código Procesal Penal: a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b) influirá para que con imputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o c) que inducirá a otros a realizar tales comportamientos u otros hechos análogos.

Al igual que el peligro de fuga anteriormente tratado, el peligro de obstaculización debe ser deducido conforme a las circunstancias que plantea el caso en concreto, tomando en cuenta y a título ejemplificativo las condiciones personales del imputado así como su relación con otras personas, el interés y las posibilidades que éste tenga de realizar actos de obstaculización en el procedimiento penal que se le sigue, etc.”.

En tercer lugar, la proporcionalidad implica que pese a la procedencia de las anteriores condiciones, puede resultar contraproducente restringir la libertad personal dada la intensidad de la afectación al derecho fundamental en cuestión. Así, la idoneidad requiere considerar que la prisión preventiva constituye un medio idóneo para contrarrestar tanto el peligro de fuga como de

obstaculización del encartado. La necesidad, implica considerar al encarcelamiento preventivo como el último recurso de las medidas que el juez puede aplicar, de modo que si el fin de sujeción al procedimiento penal se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental deben aplicarse cualquiera de estos otros medios. Y ello se traduce en la posible selección de cualquiera de las alternativas señaladas en el art. 332 C.Pr.Pn.; y por último, con relación a la proporcionalidad en sentido estricto, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”.

En cuanto al requisito formal de **motivar** adecuadamente la decisión que autoriza el encarcelamiento preventivo o de aquella que rechaza su modificación o sustitución, implica por parte de la autoridad judicial competente un análisis de cada uno de los requisitos materiales supra relacionados conforme una valoración de los materiales hasta ese momento recolectados durante la investigación, teniendo que establecerse de forma clara y precisa las razones por las cuales se ordena o se mantiene la misma, esto en base al artículo 144 y 334 Código Procesal Penal.

Como se estableció en la anteriormente citada sentencia de 14-IX-2011 — Inc. 37-2007, la motivación cumplen dos funciones esenciales: a) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y b) desde el punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación. La motivación de las resoluciones,

hace factible pues, para las partes procesales, conocer que una determinada decisión tiene como base un irrestricto apego al ordenamiento jurídico vigente y que igualmente tiene como base una interpretación racional del mismo.

Con ello se descarta entonces, que su génesis devenga en una voluntad antojadiza o caprichosa por parte de quien la dicta. Tal actividad judicial reporta en materia penal una importancia trascendental, pues las resoluciones judiciales, tanto las que imponen una sanción penal como una medida cautelar real o personal, guarda una estrecha relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 12 Cn); ya que tanto la imputación penal como la actividad probatoria practicada para su comprobación, exigen que el órgano decisor exteriorice en la resolución dichas apreciaciones y consideraciones, que a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad legal y constitucional de la sanción o medida impuesta.

Por ello, su contenido no queda satisfecho con la mera invocación de apreciaciones aisladas y muchos menos con el uso de frases ritualistas o carentes de sentido, sino que requiere la exposición de las razones que llevan a la autoridad judicial al convencimiento de que concurren los presupuestos supra relacionados conforme una mínima actividad probatoria que sirva de fundamento (sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004

El deber de motivar las resoluciones judiciales que afectan derechos no puede ser eludida al decretar la medida cautelar de detención provisional, por cuanto esta supone un evidente límite al ejercicio del derecho de libertad física de una persona. La detención provisional es la medida cautelar más grave reconocida en la Constitución y en la normativa procesal penal. Su imposición implica entre otros aspectos la comprobación de dos requisitos: apariencia de buen derecho y peligro en la demora. El primero consiste en la fundada sospecha de participación del imputado en un hecho punible que sea constitutivo de delito

y no de falta, requisito que no se satisface con la existencia de simples indicios o sospechas de participación delincuencia sino que debe concretarse en elementos objetivos aportados por la investigación que permitan sostener, con probabilidad, que el imputado es autor o partícipe del delito que se le atribuye.

El denominado peligro en la demora alude a un razonable riesgo de evasión por parte del imputado, pero también al peligro de obstaculización de un acto de investigación o de prueba por parte del mismo, así como de alteración de los elementos probatorios o influencia en los órganos de prueba; que generaría la frustración del desarrollo normal del proceso penal y de la efectividad del posible resultado del mismo (sentencia HC 152-2008, de fecha 6/10/2010)".

Sala de lo Constitucional, número de referencia: 377-2013, fecha de la resolución: 15/10/2014. En dicha sentencia, la Sala analiza la actuación de la jueza interina del Juzgado Octavo de Paz de San Salvador. Sobre ella, la solicitante manifiesta que, en su resolución, únicamente trasladó los casos descritos en el requerimiento fiscal y refirió contar con prueba, la cual enumeró pero obvió expresar razonamientos referidos a la configuración de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, de tal manera que no puede determinarse cómo la jueza llegó a la conclusión de que existe sustento respecto a la responsabilidad penal.

En este estado es preciso aclarar que, no obstante la detención provisional se sustituyó por otras medidas cautelares en audiencia preliminar, ello aconteció el día 15/1/2014, es decir después de haberse promovido este proceso en fecha 11/10/2013. Por tanto, contrario a lo manifestado por la autoridad demandada, este tribunal se encuentra habilitado para analizar la actuación cuestionada en tanto, cuando inició este hábeas corpus, se encontraba vigente la detención provisional impuesta por la sede de paz al respecto ver resolución HC 307-2012 de 8/2/2013, entre otras.

De acuerdo con lo constatado en el acta de audiencia inicial, la autoridad demandada impuso la medida cautelar de detención provisional a la imputada, por atribuírsele la comisión de delitos de falsedad ideológica, hurtos agravados, estafas agravadas y agrupaciones ilícitas. Al referirse a la existencia de los delitos y la supuesta participación delincuencia de la incoada, la autoridad judicial transcribió los artículos del Código Penal referidos a los delitos atribuidos, hizo algunas referencias básicas y generales respecto a los tipos penales descritos y enumeró las diligencias que, según su consideración, fundamentaban el presupuesto de apariencia de buen derecho, entrevistas de testigos y víctimas, contratos, constancias registrales, diligencias de secuestro, entre otras.

Sin embargo, más allá de nombrar cada una de las diligencias, la jueza interina no expuso cuál era su contenido y cómo este relacionaba a la incoada con los ilícitos penales de los que se le acusaba; es decir no expuso, ni siquiera en lo esencial, qué razonamientos la llevaron a la conclusión, con base en los elementos de prueba valorados, de que se existía una probabilidad de que la imputada hubiera cometido los delitos por los que se promovió la acción penal.

Cabe añadir que, respecto a uno de los hurtos atribuidos a la incoada, la juzgadora manifestó no existir elemento alguno en relación con aquella, sin embargo también decretó detención provisional por tal caso. Es así que, la transcripción de las disposiciones legales que contienen los tipos penales atribuidos a la imputada y la enumeración de las diligencias de investigación practicadas, carentes de argumentaciones fácticas y jurídicas que permitan conocer cómo la jueza consideró que se cumplía el presupuesto de apariencia de buen derecho, no satisfacen las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales, pues impiden conocer los motivos que la indujeron a resolver en ese sentido, obstaculizando así el control de la decisión mediante cualquier de los mecanismos que la ley prevé.

Esta sala reconoce que, tanto por constituir una etapa inicial del proceso como por el breve tiempo para celebración de la audiencia inicial cuando un imputado se encuentra detenido, no se exige que la detención provisional dictada en dicha diligencia esté basada en elementos de convicción que certeramente demuestren la responsabilidad penal del imputado; no obstante ello, es necesario que exista una mínima argumentación del juez en relación con la probabilidad positiva de que así sea, pues solo de esta manera dicha medida cautelar, la más gravosa del ordenamiento jurídico, es compatible con la presunción de inocencia. En consecuencia, la jueza interina del Juzgado Octavo de Paz de San Salvador vulneró los derechos de defensa y libertad física de la favorecida, al imponer la referida restricción de libertad en las condiciones descritas”.

En el presente caso, el peticionario plantea que la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro declaró la nulidad de la resolución que impuso la medida cautelar de detención provisional en contra del imputado, por falta de motivación de los presupuestos procesales para dictar dicha restricción, pero omitió ponerlo en inmediata libertad, motivo por el cual refiere que dicha detención es inconstitucional.

A ese respecto, esta sala estima necesario referirse a: la jurisprudencia que guarda relación con lo reclamado 1), lo dispuesto en la ley secundaria acerca de la detención provisional cuando se declara la nulidad, 2) para luego realizar el análisis del caso en estudio, 3) Esta sala en la sentencia HC 2212009, de fecha 2/6/2010, expuso que cualquier restricción al derecho de libertad física ordenada por una autoridad debe ser de conformidad a lo dispuesto en la ley, como lo prescribe el artículo 13 inciso 1° de la Constitución el cual indica: “Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas.”

La referida norma constitucional contempla la posibilidad de que cualquier “órgano gubernamental, autoridad o funcionario” puede dictar órdenes de detención cuando estén autorizado por ley; de la mencionada disposición se deriva, además: “...la garantía primordial del derecho a la libertad física, denominada como reserva de ley, la cual tiene por objeto asegurar que sea únicamente el legislador el habilitado para determinar los casos y las formas que posibiliten restringir el derecho en comento; y ello ha de llevarse a cabo mediante un acto normativo que tenga el carácter de ley en sentido formal.

En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que la reserva de ley predicable de los límites ejercidos sobre el derecho fundamental a la libertad, no sólo se extiende a los motivos de restricción del derecho de libertad física, sino también a las formalidades requeridas para su ejecución y al tiempo permitido para su mantenimiento. Por consiguiente, corresponde al legislador contemplar los supuestos de hecho, las formalidades, y desde luego, los plazos de restricción del derecho de libertad personal; ello, a efecto de que la configuración de los límites en comento, no se deje al arbitrio del aplicador de los mismos.” (Véase resolución HC 215-2010, de fecha 23/9/2011)”.

Sala de lo Constitucional, sentencia 37-2007/45-2007/47-2007/502007/52-2007/74-2007, dictada a las catorce horas diez minutos del día catorce de septiembre de dos mil once. La presente sentencia, es una de las bases muy importantes del análisis de este trabajo, puesto que en ella se valora la inconstitucionalidad del artículo 331 inc. Segundo del Código Procesal Penal, en el cual, se encuentra una prohibición expresa de no sustituir la detención provisional por una medida alterna a la misma en una serie de delitos descritos en el artículo en mención.

La argumentación de la sentencia de inconstitucionalidad en mención, recae sobre seis puntos centrales, los cuales son:

1. El catálogo de delitos como un dato necesario

La Sala de lo Constitucional menciona que *el catálogo de delitos* contemplados en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial, puesto que ello tiene que suponer un **elemento indiciario** dentro del análisis judicial para apreciar la *peligrosidad procesal* del imputado.

2. La detención provisional no se decreta de forma automática

Es interesante que la Sala mantenga que “la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello llevaría a [...] su entendimiento como pena anticipada [...] no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2º C.Pr.Pn.”

3. Valoración judicial

“El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial”.

4. La gravedad del delito se debe de considerar graduable

“La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal” así como la existencia de causas de exclusión de responsabilidad penal.

El artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal, no puede entenderse como presunción de derecho.

“...el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas [...] la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas”.

5. La Sala establece que la presente construcción jurisprudencial se tiene que tomar como una *sentencia aditiva*.

Todos estos argumentos, prosigue la sentencia, forman una “construcción jurisprudencial [...] respecto de la disposición impugnada” y un supuesto de

“sentencia aditiva” que tiene lugar cuando se trata de “una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente”, cuando “la oposición con la Constitución” resulta “de una omisión relativa o parcial del legislador”.

6. Los argumentos vertidos en la presente sentencia **construcción jurisprudencial**.

Esto implica que, respecto de la impugnación del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal y un supuesto de “sentencia aditiva” tiene lugar cuando se trata de “una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente”, cuando “la oposición con la Constitución” resulta “de una omisión relativa o parcial del legislador”.

Sin embargo, en la presente sentencia se logra rescatar muchos punto muy importantes, como lo establecido en cuanto a la custodia provisional durante el procedimiento penal constituye solamente una de las maneras de conseguir que se cumplan los fines el enjuiciamiento, a saber: la averiguación correcta de la imputación objeto del proceso, evitar entorpecer el descubrimiento de la verdad histórica, lograr el sometimiento del imputado al proceso —evitando un juicio en contumacia— y, ejecutar eventualmente la condena. Por ende, es indiscutible su necesidad dentro del catálogo de aquellas medidas de coerción procesal que la autoridad jurisdiccional competente puede utilizar”.

También enfatiza en a saber que la detención provisional es caracterizada por: a) la excepcionalidad; b) Jurisdiccionalidad; c) provisionalidad; y (d) proporcionalidad. La excepcionalidad de esta medida de coerción parte de una premisa básica: el imputado debe recibir un trato de inocencia hasta que la sentencia que pone fin al proceso se encuentre firme. Por ende, su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para los fines del proceso; y tal inferencia requiere, igualmente, examinar y llegar al convencimiento de que otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales pueden resultar un fracaso. En suma, constituye la última ratio de las medidas de coerción procesal de las que el juez puede valerse para asegurar las resultas del juicio.

Por otro lado, su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien, luego de examinar objetivamente los datos que consten en el proceso, debe exponer un análisis motivado sobre la conveniencia de la citada medida en el caso concreto que juzga y que, a grandes rasgos, se relaciona con una sospecha seria de culpabilidad acerca de que el imputado ha cometido un delito, y que su actuar en libertad representa un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

La provisionalidad, es una calidad inherente a cualquier medida cautelar, en el sentido de que su duración es siempre temporal —hasta la finalización del proceso— y sujeta a la variación sustancial de las condiciones que han dado lugar a su imposición —el denominado principio *rebus sic stantibus*—. Conforme a este último, la prisión preventiva debe ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento.

Por último, la duración de la prisión provisional no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria, particularmente de alguien que tiene un estatus de inocencia ante el Estado. En otros términos, debe impedirse que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal irremediable y mayor que la propia reacción legítima del Estado en caso de una condena

5.5.1. Aplicación del *fumus boni iuris*

En basta jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, establece que el primer presupuesto ha sido desarrollado de forma incesante por esta Sala, y se ha identificado conforme aforismo latino del *fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho”; sin embargo, debe reconocerse que resulta más adecuada su identificación con la existencia de una **sospecha suficiente** de una probable responsabilidad penal del imputado.

Su contenido viene constituido por un **juicio de probabilidad positiva** sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. Así, mientras no exista una sospecha fundada o suficiente de culpabilidad no podrá dictarse una sentencia condenatoria; y más aún, la gravedad de esa

sospecha implica un deber de tolerancia del encartado en cuanto a soportar la referida medida coercitiva.

Es importante denotar que, la sala hace énfasis en decir que una mínima sospecha aumenta sensiblemente el riesgo de que el encarcelamiento preventivo afecte a un inocente. Y es que, verdaderamente, dentro del proceso penal, existe siempre un conflicto entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en cuanto la persecución del delito.

Por ende, cuando la sospecha de culpabilidad es fuerte, aumenta el interés estatal que se efectúa mediante la actividad investigadora, e incrementa la posibilidad del dictado de una sentencia de mérito. En forma distinta, cuando la posibilidad de una sentencia condenatoria es escasa debido a una débil sospecha de culpabilidad, disminuye el interés estatal en la persecución penal.

No obstante lo expuesto, la grave sospecha no es suficiente para decretar la detención provisional, pues únicamente se trata de un presupuesto que debe ser relacionado, o bien con el peligro de fuga o de probable entorpecimiento de la labor de investigación.

5.5.2. Aplicación del *periculum in mora*

Con relación al **Periculum In Mora** o peligro de fuga, la Honorable Sala de lo Constitucional establece que este precepto hace referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, ya sea evitando la realización de la etapa contradictoria o evadiendo la pena probable a imponer.

Como causal habilitante de la detención provisional, busca evitar los procesos penales en ausencia y que se dilate excesivamente el desarrollo de cada una de sus etapas. Y es que no sería posible la aplicación de las consecuencias

penales a quien no se encuentre sujeto al procedimiento, y mucho menos garantizarle de esa manera el ejercicio óptimo de la defensa material.

En la misma línea anterior, la ya citada sentencia de 14-IX-2011, Inc. 372007, establece que la gravedad del delito y de la probable pena a imponer es un elemento que debe ser tomado en cuenta dentro de un análisis integral de una serie de datos que permitan inferir con alta probabilidad el concreto peligro de fuga o la conveniencia de la aplicación de una medida sustitutiva.

Así, el mismo tendrá que ser conjugado con otros elementos tales como las condiciones personales del imputado, su arraigo familiar, domiciliario y laboral, la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone y sus obligaciones monetarias, etc. Estos indicadores coinciden con lo expuesto por gran parte de la doctrina procesalista penal, en el sentido que dentro de las circunstancias a tomar en cuenta dentro del análisis judicial se encuentran el monto de la pena esperada, las relaciones personales y familiares del imputado, su estabilidad laboral, la existencia de un domicilio fijo o de frecuentes cambios de vivienda o empleo, las enfermedades que padece, el uso de identidades o documentación falsas, etc.”.

5.5.3. Aspectos no establecidos en la Ley para fundamentar la imposición de una medida cautelar

La Sala de lo Constitucional enfatiza en el cumplimiento de lo dispuesto en la norma Constitucional y Penal, al entrar en la esfera de la libertad ambulatorio de una persona, con la imposición de una medida cautelar, como lo es el caso de la detención provisional.

Al decretar la detención provisional se tienen que cumplir los dos presupuestos enmarcados en el artículo 329 del Código Procesal Penal, la Apariencia de Buen Derecho y el Peligro de Fuga; sin embargo existen otros elementos sobre

los cuales la valoración judicial puede recaer, como lo es el **peligro de obstaculización**, la Sala estima que un fundamento válido para dictar la medida cautelar de detención provisional, siempre y cuando se logre constatar de las investigaciones que existen motivos fundados de que conforme al núm. 3) del art. 330 Código Procesal Penal: a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b) influirá para que con imputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o c) que inducirá a otros a realizar tales comportamientos u otros hechos análogos.

Al igual que el peligro de fuga, el peligro de obstaculización debe ser deducido conforme a las circunstancias que plantea el caso en concreto, tomando en cuenta y a título ejemplificativo las condiciones personales del imputado así como su relación con otras personas, el interés y las posibilidades que éste tenga de realizar actos de obstaculización en el procedimiento penal que se le sigue, etc.”.

5.5.4. Análisis de criterios Sala de lo Constitucional

Resulta interesante lo establecido por la Sala de lo Constitucional, en lo relativo a la presunción de inocencia, este Tribunal ha sostenido que constituye una garantía de tratamiento del imputado durante el proceso penal, pues se parte de la idea de que el inculpado es inocente, y por tanto, deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del enjuiciamiento penal, lo cual se concretiza en el presupuesto de que el inculpado sea tratado como inocente como derivación directa de dicha garantía consagrada en el artículo 12 de la constitución, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, esta no es incompatible con las medidas cautelares, siempre que estas se impongan por medio de una resolución motivada en la que queden de manifiesto la finalidad perseguida, esto es la de aseguramiento de los fines del proceso utilizándose no con finalidad punitiva y con apego estricto al principio de inocencia.

La detención provisional no puede ser adoptada ni denegada su modificación por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello llevaría a fundamentar la naturaleza de tal medida cautelar como mecanismo punitivo para la prevención de los delitos, y por tanto, su entendimiento como pena anticipada. Entonces, no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, solo porque al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo ya mencionado; ello, además, equivaldría a tratarlo como “presunto culpable” irrespetando el estado de inocencia que reconoce la Constitución. Por tanto, dicha prohibición no puede entenderse como una presunción de derecho que no admite prueba en contrario y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas.

A ello se suma lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha afirmado también: “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención”.

La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del hecho, la penalidad, el grado de realización y la participación

criminal, lo cual determina una respuesta diferenciada en cuanto a su adopción y su mantenimiento; así, la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas a la privación temporal de libertad durante el proceso penal; en todo caso, deben además concurrir acreditados, aun mínimamente, los peligros procesales, pues la gravedad de la imputación penal no configura por sí misma el peligro de evasión.

En definitiva, no constituye criterio de este Tribunal que los jueces deban imponer la medida cautelar de detención provisional como una regla general cuando se trate de alguno de los delitos enumerados en el inciso 2° del artículo 331 de la normativa procesal penal, sino que, de considerarse procedente la aplicación de dicha medida, debe realizarse de forma motivada y con fundamento en las características de lo planteado en sus respectivas sedes.

Resulta interesante cuando la Sala recalca que, la aplicación de los supuestos del art. 331 C.Pr.Pn. requieren una interpretación conforme a la Constitución, y por ello, ese mandato normativo no tiene entidad autónoma y decisiva para justificar por sí mismo la imposición de la detención provisional, tal medida que es la más extrema requiere siempre de la concurrencia de los peligros procesales, además examinar su necesidad y proporcionalidad.

En fin, el catálogo de delitos contemplados en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial, puesto que ello tiene que suponer un **elemento indiciario** dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado, esto significa que el juez no puede dictar la detención provisional de forma automática, ya que decretarla de esta manera se estaría

cayendo en una ilegalidad. No genera inseguridad jurídica puesto que la Sala recalco, que la sentencia de inconstitucionalidad 37-2007 tendría el carácter de sentencia aditiva.

Por otro lado, se tiene que analizar los criterios ya establecidos en el artículo 329 del C.Pr.Pn., los arraigos no pueden ser rechazados automáticamente; al decretarse la detención provisional basándose en una disposición legal que incorpora una prohibición expresa de sustituir dicha medida cautelar, se estaría vulnerando el principio de inocencia.

Al no configurarse la apariencia de buen derecho o el peligro de fuga, se puede sustituir la detención provisional por otra medida cautelar menos gravosa, siendo preferibles los dispositivos de vigilancia electrónica previstos en la Ley Reguladora del Uso de Medios de Vigilancia Electrónica en Materia Penal.

Por otra parte, abordar el tema del límite legal de duración máxima de detención provisional, se resalta la relevancia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales de libertad y estado de inocencia, consagrados en el artículo 2 y 12 de la Constitución de la República, imperan aun por encima de los establecidos en el artículo 331 inc. Segundo del procesal penal.

El derecho de libertad implica que sus restricciones tolerables por las personas deben sujetarse al principio de legalidad enmarcado en el artículo 15 de la Constitución, lo que incluye el límite legal de duración máxima de la detención provisional, en relación al artículo 8 del Código Procesal Penal. El derecho a la presunción de inocencia exige que la persona imputada sea tratada en general como inocente, es decir, libre, de manera que las restricciones excepcionales de ese estado de libertad únicamente son admisibles dentro de los estrictos márgenes de tiempo que permite el legislador.

En dicho sentido, esta Sala ha reiterado que la duración de la detención provisional no debe exceder, según el caso:

El tiempo necesario para alcanzar sus fines procesales,

El período de duración del proceso penal respectivo,

El lapso de la pena de prisión imponible para el delito atribuido, y

El tiempo máximo fijado en el art. 8 C.Pr.Pn.

Interesa recordar que en concreto, el artículo 8 del Código Procesal Penal establece como límites temporales máximos de la detención provisional: 12 meses para delitos menos graves y 24 meses para delitos graves, aunque en estos últimos es posible ampliar el plazo por 12 meses más, durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria y mediante resolución debidamente fundada. Estos tiempos máximos no significan que los procesos penales deban extenderse de manera injustificada durante el total de esos rangos temporales, sino únicamente que la detención provisional, bajo ninguna circunstancia, podrá mantenerse más allá de ellos, puesto que excedido el plazo la ley prevé cesación de la privación de libertad, art. 335 N° 3 del Código Procesal Penal.

Finalmente, al analizar la sentencia de inconstitucionalidad 37-2007, podemos observar que se reconocen al menos tres presupuestos materiales y uno de carácter formal que son necesarios para el dictado de la prisión preventiva:

La existencia de suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del hecho delictivo, y de la probable intervención del imputado, sea como autor o partícipe;

La existencia de un peligro de fuga o de una probable actividad de obstaculización de la investigación;

El respeto al principio de proporcionalidad.

La ineludible exigencia de una motivación adecuada a cada supuesto.

El primer supuesto ha sido desarrollado de forma incesante por esta Sala, y se ha identificado conforme aforismo latino del *fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho”; sin embargo, debe reconocerse que resulta más adecuada su identificación con la existencia de una sospecha suficiente de una probable responsabilidad penal del imputado. A ello hace referencia la regla décimo novena del Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia Penal de las Naciones Unidas conocidas como las Reglas de Mallorca que establece “la detención sólo se podrá decretar cuando existan fundadas sospechas de la participación de la persona en un delito”.

Su contenido viene constituido por un juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. Así, mientras no exista una sospecha fundada o suficiente de culpabilidad no podrá dictarse una sentencia condenatoria; y más aún, la gravedad de esa sospecha implica un deber de tolerancia del encartado en cuanto a soportar la referida medida coercitiva.

Caso contrario, ante una mínima sospecha aumenta sensiblemente el riesgo de que el encarcelamiento preventivo afecte a un inocente. Y es que, verdaderamente, dentro del proceso penal, citando lo expuesto en la ya mencionada sentencia 28-2008, existe siempre un conflicto entre el interés del imputado en su libertad y el interés estatal en cuanto la persecución del delito. Por ende, cuando la sospecha de culpabilidad es fuerte, aumenta el interés

estatal que se efectúa mediante la actividad investigadora, e incrementa la posibilidad del dictado de una sentencia de mérito.

En forma distinta, cuando la posibilidad de una sentencia condenatoria es escasa debido a una débil sospecha de culpabilidad, disminuye el interés estatal en la persecución penal. No obstante lo expuesto, la grave sospecha no es suficiente para decretar la detención provisional, pues únicamente se trata de un presupuesto que debe ser relacionado, o bien con el peligro de fuga o de probable entorpecimiento de la labor de investigación.

A nuestro criterio, la detención provisional como lo sostiene el jurista Aragonés Martínez, *“supone un punto más crítico del difícil equilibrio entre los dos intereses aparentemente contrapuestos, sobre los que gira el proceso penal: El respeto de los derechos del encausado- aquí el derecho a la libertad- y la eficacia en la represión de los delitos como medio para restablecer el orden y la paz social”*²⁴⁵

Es decir, la controversia en este proceso de inconstitucionalidad no versa en la existencia o no del principio de motivación judicial, ni que la Sala de lo Constitucional haga un análisis interpretativo del texto del artículo 331 inciso segundo; sino, en establecer la armonía que la disposición legal en comento tiene con la constitución o no para sostener la prohibición de sustituir la detención provisional en el catálogo de delitos ahí mencionados.

A pesar de que exista lineamientos claros por parte de la Sala de lo Constitucional al resolver en su sentencia 37-2007 que el artículo 331 no es inconstitucional, la inseguridad jurídica siempre está latente en el sistema penal salvadoreño, convirtiéndose en una verdadera problemática ya que tanto la parte acusadora como defensora del proceso tendrá esa inseguridad de no

²⁴⁵ Sara Aragonés Martínez y Otros, Derecho Penal. 412 y 413.

saber si el juez o magistrado que se encuentra dirigiendo ese proceso tiene uno u otro criterio marcado.

Lo ideal es que se establezca un solo lineamiento por parte de la Honorable Sala de lo Constitucional, y así erradicamos de raíz esta problemática que genera inseguridad jurídica en los procesos penales salvadoreños, puesto que es evidente que la postura de la Sala discrepa o contraviene lo que el legislador establece en el dispositivo procesal penal 331 inciso segundo, pues, en ese artículo, sea "fincado" como paradigma o como regla general, que en el catálogo de delitos ahí mencionados, no puede aplicarse una medida cautelar diferente a la Detención Provisional, esta disposición de carácter procesal hasta parece arbitraria, pues desde todo punto de vista garantista y constitucional, más aún si pregonamos que nuestro proceso penal está basado en las reglas de aplicación de un proceso de tipo Mixto Acusatorio, entonces no se puede manejar o permitir que se aplique de manera automática el inciso segundo del artículo 331 del código procesal penal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Para finalizar esta investigación se enuncian a continuación las siguientes conclusiones y recomendaciones que tienen como principal finalidad evaluar el cumplimiento o no de los objetivos que inicialmente se trazaron, así mismo se pretende dar un enfatizado punto al resultado de esta investigación.

Las Medidas Cautelares en el Derecho Penal ejercido en El Salvador constituye ciertamente una garantía procesal sin embargo, no existe una correcta uniformidad de criterios al momento de aplicarlas.

La no uniformidad en la aplicación de los criterios objetivos y subjetivos genera una vulneración a la garantía de Seguridad Jurídica de los procesados, esto debido a que existe una variabilidad de circunstancias o factores que son tomados en cuenta por los jueces a la hora de una aplicar una medida cautelar de cualquier naturaleza, es decir, existe una aplicación desequilibrada de criterios objetivos y subjetivos, que son los pilares para una correcta aplicación de una medida cautelar, y decimos que es desequilibrada porque en diversos procesos los aplicadores hacen demasiada valoración a los criterios objetivos y dejan de lado los criterios subjetivos o viceversa es por ello que pone en riesgo la Seguridad Jurídica.

En el Fumus Boni Iuris se puede observar una aplicación casi implacable, de no ser por el hecho que muchos aplicadores del derecho salvadoreño utilicen de una manera inadecuada las palabras a la hora de fundamentar la medida cautelar personal de detención preventiva ya que al utilizarla pareciera que estamos frente a un grave atentado a la presunción de inocencia, puesto que las palabras mal utilizadas consisten en “se pudo comprobar el hecho y la

participación del imputado” así como lo plasmado en los ejemplos vertidos en la presente investigación, es decir, se puede observar que el problema raíz en este aspecto es la redacción que es realizada por los jueces a la hora de fundamentar la aplicación de la medida más gravosa que constituye una pena anticipada.

Al hablar del Periculum In Mora, desde el punto de vista jurídico aplicativo observamos que para una gran parte de jueces es necesario que concurren más de un criterio (objetivo y subjetivo) para poder admitir e interponer una Detención Provisional y para aplicar una Medida Sustitutiva no tienen que concurrir ninguno de ellos. Y es acá donde se resalta los errores del sistema penal en cuanto a la valoración de cada criterio, pues como ya se dijo, para unos es suficiente que se compruebe el Fumus Boni Iuris y uno tan solo los presupuestos del periculum para decretar una medida cautelar o no, y para otros aplicadores es necesario establecer el Fumus Boni Iuris y mucho más de los presupuestos del Periculum In Mora, volviendo a generar una irregularidad de criterios en el sistema judicial de nuestro país.

Existe otro problema aplicativo en este aspecto ya que existen criterios que en la práctica si son tomados en cuenta para valorar, decretar o no una medida cautelar de detención o una sustitutiva a la misma, estos criterios de proporcionalidad de hecho, conocimiento del imputado para realizar más ilícitos, la frecuencia o habitualidad del procesado por ese tipo de delito, se toma en cuenta la prevención general que causa a la población en hecho atribuido al indiciado, así como el criterio que tienen algunos jueces que consideran que la Fiscalía General de la República es quien tiene que probar que el imputado ostenta peligro de fuga y no el defensor desvirtuar esta posibilidad, otro criterio observado es que la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional es automática cuando se trata de un agente o funcionario del ministerio público, todos esos anteriores criterios no están

plasmados propiamente dichos en la norma, sin embargo si concurre uno de ellos es elemento suficiente para que sea valorado por el juez y decretar una medida cautelar u otra, el problema es que esa falta de uniformidad pone en riesgo la seguridad jurídica, ya que como futuros actores procesales ya sea en el lado de los acusadores o defensores, esto no permite tener de una manera clara que jueces toman en cuenta esos criterios y que jueces no, y así preparar de una mejor manera la defensa o acusación de los procesos.

Un problema bien marcado en la legislación penal salvadoreña es concretamente en el artículo 331 inciso segundo, ya que en este se establece que no procede la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar y respecto a ello se extiende un catálogo o listado de delitos muy específico, los cuales sus niveles de gravedad, pena y alarma social son muy altos. Esta normativa sin duda ha significado una controversia jurídica procesal al momento de aplicar la medida cautelar de detención provisional, provocando con ello la existencia de inseguridad jurídica, pues es evidente que hay jueces que aplican dicha normativa de forma taxativa y otros la aplican atendiendo la sentencia de inconstitucionalidad 37-2007 haciéndolo potestativamente y por otra parte, existen jueces que sostienen que la detención provisional debe de atender únicamente a lo establecido en el artículo 329 del Código Procesal Penal, pues en dicha disposición se enmarcan los criterios que deben de ser atendidos por el juzgador al momento de imponer dicha medida cautelar.

El artículo 331 inciso segundo no es una disposición del Código Procesal Penal que se debe de valorar de forma taxativa, más bien la intención del legislador con dicha normativa es obligar al juzgador a fundamentar, motivar y argumentar sus razones de porque se le puede otorgar una medida sustitutiva en los delitos contemplados en la referida disposición; puede ser la razón que llevo a los magistrado de la Sala de lo Constitucional a no declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición.

RECOMENDACIONES

Es necesaria una correcta uniformidad de criterios a valorar al momento de aplicar medidas cautelares en el proceso penal salvadoreño, es decir, siempre debe de estar presente una fundamentación de todos los criterios que se establecen en la ley y aquellos que están establecidos en la jurisprudencia.

En cuanto al FUMUS BONI IURIS, se debe tener cuidado al momento de fundamentar la decisión del juez para aplicar una medida más gravosa o prisión preventiva y expresamente se dejen de utilizar palabras que adelanten criterio y constituyan una pena anticipada.

Con respecto al PERICULUM IN MORA, se debe establecer una uniforme motivación de criterios tanto objetivos como subjetivos utilizados para la fundamentación de una medida cautelar. Para lo cual sugerimos hacer de este punto un mayor análisis y estudiar ampliamente desde la formación académica de los profesionales del derecho, fiscales, abogados ejercientes de la profesión y la capacitación de los jueces que integran el sistema de justicia, para que se conozca de tema y no se vuelva una problemática que afecte los principios y garantías de los procesados. Afirmamos lo anterior como se ha visto no existe concordancia en el sistema judicial de la forma en cómo se toman las medidas de cualquier naturaleza, existe una deficiencia, ya que se puede asimilar que cada juez tiene su propio criterio al momento de fundamentar la aplicación de la misma y así poder brindarle mayor seguridad jurídica a la sociedad.

La Sala de Constitucional ya se ha manifestado en cuanto a la temática del artículo 331 del código procesal penal, y se puede apreciar que la sala se muestra respetuosa de los aspectos esenciales del debido proceso, manifestando que su aplicación siempre debe de ser aparejada a una correcta fundamentación en la valoración de los criterios que determinen la aplicación

de una medida cautelar, respetando la independencia judicial para que los aplicadores del derecho decidan qué tipo de resolución es la más adecuada para cada proceso y por consecuencia deben de dejar plasmada las razones por las que decidió aplicarlo. Por lo que recomendamos a todos los actores judiciales leer y analizar lo que la Sala ha transmitido y dejar de lado continuar con las acciones como hasta el día de hoy han tenido, que es que aplique automáticamente solo porque la ley lo establece.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Alberto Jorge Barrero, *La prisión provisional en la Ley de enjuiciamiento criminal*; contenido en: Ibáñez, Perfecto Andrés. Magistrado. Director, y Otros, *Detención y Prisión Provisional*; (Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial; Cuadernos de Derecho Judicial; 1º Edición, Madrid, España, 1996).

Andreu, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva (Comunicación)*; en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; *Detención y Prisión Provisional*; Consejo General del Poder Judicial; 1ª edición; Madrid, España; 1996.

Antón Blanco, José Luis y Marcos Cos, José Manuel, “*Las Medidas Cautelares*”, en Casado Pérez, José María y Otros, “*Derecho Procesal Penal Salvadoreño*”, Primera Edición, Justicia de Paz, Impreso Modelo, junio de 2000.

Asencio Mellado, José María, *La Prisión Provisional*, Editorial Civitas, S.A. Madrid España 1987.

Asencio Mellado, José María, *El proceso procesal penal*, Editorial. Tirant Lo Blanch, Valencia 1998.

Barona Vilar Silvia, *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, Bosch Editores, primera Edición, Barcelona España 1987.

Barona Vilar, S, “*Lección 21*”, en *VVAA, Derecho Jurisdiccional III*, Tirant lo Blanch, 10 Edición, Valencia, 2001.

Barona Villar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona, 1988.

Binder, Alberto. *Política criminal de la formulación a la praxis*. Ad hoc. Buenos Aires, 1997.

Cafferata Nores, J, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto CELS. Buenos Aires, 2000.

De La Rosa Cortina, José Miguel. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. Madrid, 2015.

Díaz Martínez, Manuel, *La introducción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Madrid, 2003.

Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Nueva Edición Actualizada, Corregida y Actualizada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Undécima edición, 1993.

Falcon, Enrique M. derecho procesal civil, comercial, laboral cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1ra Edición, Buenos Aires 1978.

Ferrajoli: 19951 p. 555. Sobre el carácter punitivo de la Detención Provisional, cfr. López Ortega, Juan José, “*Las Medidas Cautelares*”, en Casado Pérez, José María y otros, “*Código Procesal Penal Comentado*”, Tomo II, Primera Edición, Impresos Maya septiembre 2001.

Franz M. Wuketits, *La evolución como proceso cognoscitivo: Hacia una epistemología Evolucionista*, Universidad de Viena, Taula (UIB) núm. 12, Diciembre 1989.

Garely, *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821* discusión del Proyecto del Código Penal. Madrid 1822, tomo III.

Gimeno Sendra, Vicente y otros, *Derecho Procesal*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Tiran lo blanch, Valencia, España 1989.

Gimeno Sendra, Vicente y otros, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Tiran lo blanch, Valencia, España 1989.

Hernando León, Londoño Berrío, *La detención preventiva en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia*.

José Luis Antón Blanco, y José Manuel Marcos Cos, *Derecho Penal Salvadoreño*, Primera edición, Editorial de la edición Justicia de la paz, junio 2000.

José L. de la Cuesta Arzamendi. *Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993.

José Luis Antón Blanco, y José Manuel Marcos Cos, *Derecho Penal Salvadoreño*, Primera edición, Editorial de la edición Justicia de la paz, junio 2000.

López Ortega, Juan José, "*Las Medidas Cautelares*", en Casado Pérez, José María y otros, "Código Procesal Penal Comentado", Tomo II, Primera Edición, Impresos Maya septiembre 2001.

Luis De Castello Cruz. Informe del Brasil. Cooperación Interamericana en los Procedimientos Penales. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983.

Maier, Julio V. J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1989.

Martínez Botos, *Medidas Cautelares*, pág. 27/29, Ed. Universidad, 1990.

Moran Gonzales, Manuel, *Medidas Cautelares Personales*, Revista Derecho Penal y Criminología no. 171 1995.

Moreno Catena, Víctor, *Derecho Procesal*, Proceso Penal Ed Tirant Valencia 1993.

Moreno Catena (director) con VVAA, *El proceso penal*, v. II, Valencia, 2000.

Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. Derecho procesal penal. Valencia, 2004.

Peláez Sanz Francisco y Bernal Neto Juan Miguel. *Las Medidas Cautelares en el proceso penal*.

Prado Saldarriaga, Víctor Roberto Catedrático de Derecho Penal, Vocal Superior Titular de Lima, "*Cooperación judicial internacional en materia penal: El estatuto de Romay la legislación nacional*".

Raúl Cervini. *La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección, en Curso de Cooperación Penal Internacional*. Carlos Álvarez Editor. Rio de Janeiro, 1994.

Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000

Suares-Bárcena, Emilio de Llera, *Derecho Procesal Penal. Manual Para Criminólogos y Policías*, Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

Salido Valle, Carlos. *La Detención Policial*. Editorial Liberia Bosch, 1997.

Universidad Católica Argentina, *Diario de doctrina y Jurisprudencia "El Derecho"* Buenos Aires 16 de Noviembre de 2017, edición 275.

Von Bulow, Oscar, *Teoría de las excepciones y lo presupuestos*, 1868.

W. Rodríguez, A. y Galetta, B. (2001): *Fundamentos del derecho penal y criminología*. Argentina: Juris.

REVISTAS

Gregorio Garzón Clariana. *Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional*, en *Revista Española de Derecho Internacional* N° 1, 1976.

Marín G. Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares Reales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*, *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 4 – Año 2004.

SITIO WED

César Augusto Orrego, “Una aproximación al contenido constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en el ordenamiento jurídico peruano”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, n. 19, (2013): 317 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32202.pdf>

Facebook “Política de datos, ¿Qué tipo de información recopilamos?”, 2018, <https://www.facebook.com/about/privacy/update>.

Federico Engels, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, (España, Marxists Internet Archive, 2000), <https://www.marxists.org/espan>.

Google “Política de Privacidad, La Información que recopila google” 2018, <https://policies.google.com/privacy?gl=SV&hl=es-419#footnote-personal-info>.

Juan Manuel Acuña, *La protección de datos personales y la autodeterminación informativa como respuesta desde el derecho ante el poder informático*, 17 (México, Universidad Panamericana, 2005) <https://www.biblio.upmx.mx/textos/R0053117.pdf>.

La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, (Estados Unidos De Norte América, 1900) <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>.

Universidad Nacional de San Juan, *Concepto de Sociedad de la Información*, (Argentina2010) <http://www.unsj.edu.ar/unsjVirtual/comunicación/seminarionuevastecnologías>.

JURISPRUDENCIA

Corte suprema de justicia, *Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus*, ref. 602004, de fecha 27 de octubre de 2004.

Corte suprema de justicia, *Sala de lo Constitucional, Habeas Corpus*, ref. 1222003, de fecha 28 de enero de 2004.

Cámara segunda de lo penal de la sección de oriente, Resolución de Recurso de Apelación, ref. APE-114-1-CPRPN-2016 catorce horas del día diez de Octubre del año dos mil dieciséis.

Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, san salvador, Ref. 085-10.

Cámara de lo penal, *recurso de apelación*, APEL-215-2018-PN Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, a las once horas treinta minutos del día veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

Cámara de la tercera sección de occidente, *Resolución de Recurso de Apelación*, Ref. 235/12, Ahuachapán, a las dieciséis horas del día catorce de diciembre de dos mil doce.

Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro: San Salvador, a las quince horas del día tres de mayo de dos mil dieciocho.

Cámara de lo penal de la primera sección de oriente, Resolución de Interlocutoria Simple, Ref. 214-2000, once horas y treinta minutos del día uno de febrero de dos mil once.

Cámara de la tercera sección de occidente: Ahuachapán, a las nueve horas treinta minutos del seis de marzo de dos mil dieciocho.

Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, Resolución de Recurso de Apelación, Ref., INC.19-2014, diez horas y treinta minutos del día once de febrero de dos mil catorce.

Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro INC-84-18, san salvador a las doce horas con treinta minutos del día diecinueve de abril de dos mil dieciocho.

Cámara de lo penal de la primera sección del centro, Resolución de Recurso de Apelación, Ref., 179-11(2), once horas y treinta minutos del tres de junio de dos mil dieciséis.

Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, Resolución de Recurso de Apelación, Ref. INC-96-11-8ML, catorce horas del día quince de junio de dos mil once.

Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia: *Sentencia 294-2011*. San Salvador, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día veinticuatro de agosto de dos mil doce.

Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, 253-2018 San Salvador, a las once horas con cuarenta y ocho minutos del día nueve de julio de dos mil dieciocho.

Sala de lo constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus de 29-I-2002, con Referencia 102-2001*.

Sala de lo constitucional, *Sentencia de Habeas Corpus de 20-IV-99 con Referencia 57.99* así como se encuentra en la sentencia con Referencia 81-2005.

Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, 642006/66-2006/67-2006/73-2006/74-2006/86-2006/89-2006 inconstitucionalidad. San Salvador a las nueve horas del día once de julio de dos mil ocho.

Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, *Proceso de Habeas Corpus, 299-2018*, a las once horas con tres minutos del día trece de marzo de dos mil diecinueve.

Sala de lo constitucional, *Resolución de Habeas Corpus de 29-I-2002*, con Referencia 102-2001.

Sala de lo constitucional, Resolución de Habeas Corpus de 20-IV-99 con Referencia 57.99 así como se encuentra en la resolución con Referencia 81-2005.

Sala de lo constitucional, Resolución de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006.

Sala de lo constitucional, Habeas Corpus, Ref. 171-2003 de las 12:15 de fecha 21/6/2004.

Sala de lo constitucional, Habeas Corpus, Ref. 5-2004 de las 12:15 de fecha 28/4/2004.

Sala de lo constitucional, Ex. 0791–2002–HC/TC, de 21 de junio de 2002.

Sala de lo penal de la corte suprema de justicia, *Resolución de Recurso de Casación, Ref. 598-CAS-2011*, ocho horas y veintisiete minutos del día veintiséis de marzo de dos mil catorce.

Sala de lo constitucional, *amparo*, ref. 744-2004 de las 09:34 Horas del día 7/1/2005”– CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005.

Sala de lo constitucional, Inconstitucionalidad, a las quince horas del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete. 15-96 y Ac. Decreto Legislativo N° 668.

Sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, a las catorce horas diez minutos del día catorce de septiembre de dos mil once. Inconstitucionalidad37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007.

Tribunal segundo de resolución de Sonsonate, U-56-18, a las dieciséis horas del día treinta y uno de agosto del año dos mil dieciocho.

Tribunal segundo de resolución de Sonsonate, U-56-18, a las dieciséis horas del día treinta y uno de agosto del año dos mil dieciocho.

Tribunal segundo de instrucción de santa tecla, 90-1U-2018, departamento de La Libertad, a las quince horas y treinta minutos del día veinte de Julio de dos mil dieciocho.

LEGISLACIÓN

Código de procedimientos y fórmulas judiciales; Ob. Cit... Aquí se utiliza la edición conmemorativa, sin embargo, la edición original de estos Códigos entraron en vigencia en virtud de Decreto Ejecutivo del 20 de noviembre de 1857; publicado en la Gaceta del Salvador Núm. 60; Tomo VI, del 21 de noviembre de 1857.

Código de instrucción criminal de la república del salvador de 1882; redactado en virtud de comisión DEL SUPREMO GOBIERNO; abril 3 de 1882; redactado por los señores Doctor Don José Trigueros y Licenciados Don Antonio Ruiz y Don Jacinto Castellanos; Nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año 1890; Del tercer Magistrado; San Salvador; Tipografía de Morazán; 1893.

Código de instrucción criminal de la república de el salvador de 1904; Nueva edición que comprende todas las reformas decretadas hasta el año de 1904 inclusive; San Salador; Tipografía Salvadoreña, 1904.

Código procesal penal 1996, Decreto Legislativo 904, del 4/12/1996; Diario Oficial Nº 11, Tomo 334, del 20/1/1997; y según su Art. 455, entró con vigencia a partir del 20 de abril de 1998, por Decreto Legislativo Nº 203, del 8/01/1998; Diario Oficial Nº 5, Tomo 338, del 9/01/1998.

Código procesal penal 1973; Decreto Legislativo No. 450, del 11 de octubre de 1973; publicado en el Diario Oficial No. 208, Tomo 241, del 09 de noviembre de 1973.

Código procesal penal Decreto Legislativo N° 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 20, Tomo N° 382, del 30 de enero de 2009 y entró en vigencia el 1 de enero de 2011.

Código procesal penal comentado, Tomo II.

Constitución explicada, FESPAD, 1996, San Salvador, El Salvador.

Constitución de la república 1983, Decreto Legislativo 38, de fecha 20 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, del 16 de diciembre de 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Corte suprema de justicia, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005*, Centro de Documentación Judicial; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2007; pp. 131 y 132. *AMPARO, ref. 768-2004 de las 12:05 del día 2 de febrero de 2005*.

Corte suprema de justicia, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador; El Salvador; 2009.

Ley represiva de vagos y maleantes; Decreto Legislativo N° 27, del 18 de julio de 1940; publicado en el Diario Oficial N° 185, Tomo 129, del 20 de julio de 1940.

Ley de estado peligroso; Decreto Legislativo del 15 de mayo de 1953; publicado en el Diario Oficial No. 92, Tomo No. 159, del 25 de mayo de 1953; con última reforma publicada en el Diario Oficial No. 135, Tomo No. 200, del 19 de julio de 1963.

Ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado; Decreto Legislativo N° 668 del 19 de marzo de 1996; publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, del 22 de marzo de 1996.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El cual, Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

Recopilación de las leyes del salvador, en centro américa; edición conmemorativa, (Acuerdo Ejecutivo No. 1480; Ministerio del Interior, Ramo de Gobernación, San Salvador, El Salvador; 12 de julio de 1954.)

Reglamento de interpol sobre tratamiento de datos (en español). Secretaria General, Conforme lo dispuesto en el artículo 33(3) del Reglamento Interno de la Asamblea de la OPIC-INTERPOL. 14 de marzo de 2013.

TESIS

Carlos Alberto Martell Brizuela, Julieta Margarita Zepeda Villacorta y Juan Antonio Franco Rivera, “*Detención Provisional ¿Medida cautelar o pena anticipada?*”, (Trabajo de graduación para optar al título de Licenciatura en

Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2003).

Yazmin Elizabeth Campos Avalos, "*La fundamentación del auto de detención provisional*", (Trabajo de graduación para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2008)

Santiago, Alfonso "La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional", *Prudentia Iuris* n. 83, (2017).

ANEXO

A continuación se anexan algunos análisis jurisprudenciales, con se pretende ilustrar de mejor manera la problemática en el Sistema Judicial Salvadoreño y se ha dividido en dos áreas, un análisis del proceso común y los criterios aplicados en él y por el otro en los procesos especiales para verificar si son distintos al proceso común penal y cuáles son esas variantes.

REF.	385-2016	
TRIBUNALES	Cámara 2ª de lo penal de la 1ª sección del centro / Juzgado 1º de paz de San Martín	
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple	
DELITO	Tenencia Portación y Conducción Ilegal de arma de Fuego art 346-b cp.	
SITUACIÓN DEL IMPUTADO	En libertad con medidas sustitutivas a la detención provisional	
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	<ol style="list-style-type: none"> 1. permanecer en el mismo domicilio 2. firmar cada 8 días 3. abstenerse de reunirse con ciertas personas 	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS	
No hay motivos para cambiar de una modalidad a otra sino más bien para mantenerse en las mismas medidas de sustitución a la detención provisional	ninguno	
FALLO		
CRITERIO DEL APELANTE: fiscalía		
El delito es grave y por lo tanto no puede aplicarse medidas sustitutivas a la detención porque el peligro de fuga se ve incrementado.		
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
<ol style="list-style-type: none"> 1. la ley no le prohíbe para que imponga medidas sustitutivas pese a que la pena es superior a 3 años. 2. La detención provisional no tiene que ser la regla general sino la excepción 3. a su criterio no existe peligro de fuga 4. que no ha presentado arraigos pero tampoco fiscalía ha presentado documentación que pruebe que existe el peligro de fuga 5. la pena si bien es cierto sobrepasa los 3 años pero bien podría sentenciarse al mínimo de la pena que establece el delito que podría ser hasta una pena no privativa de libertad. 		
CRITERIO DE LA CAMARA:		
<ol style="list-style-type: none"> 1. aunque se compruebe la apariencia del buen derecho y el peligro de fuga, ello no conduce a una automática aplicación de la detención provisional 2. los jueces no pueden realizar un análisis de una probable pena porque se volvería en una pena anticipada ni tampoco analizar el quantum de la pena ya que no es un criterio para valorar el peligro de fuga. 		

<p>3. el acusado debe demostrar en concreto que el imputado obstaculizara la investigación o la evadirá 4. no cabe imposición automática de la detención provisional únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos del 331 inc. 2 C.Pn</p> <p>5. tampoco si se cumple el peligro de fuga y la apariencia del buen derecho no conduce automáticamente a la aplicación de la detención provisional</p> <p>6. el único criterio que determinara si se impone o no la detención o medidas sustitutivas a la detención provisional es “la motivación” del juez para valorar si a su criterio existe o no el peligro de fuga.</p>	
OTROS CRITERIOS:	
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:	
Confirmase la decisión de decretar medidas sustitutivas a la detención provisional	
REF.	419-2016
TRIBUNALES	Cámara 2ª de lo penal de la 1ª sección del centro / juzgado 5º de paz de s.s.
TIPO DE RESOLUCION	Interlocutoria simple
SITUACION DEL IMPUTADO	Acoso Sexual 165 c Pn
CLASE DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	Medidas sustitutivas a la detención provisional, 1. Firmar cada 15 días 2. no comunicarse con la víctima
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
No es necesario cambiar porque el peligro de fuga se ha minimizado con los arraigos y con ese criterio basta aunque el delito este incluido en el catálogo de delitos del 331	Familiar Domiciliar
FALLO	
CRITERIO DEL APELANTE: fiscalía	
Se prohíbe la sustitución de la detención provisional por otras medidas sustitutivas a la misma para determinado catálogo de delitos art 331 inc 2 libertad sexual	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
CRITERIO DE LA CAMARA:	
<p>1. coincide con el juez que concurrió el fumus boni iuris pero no así el periculum in mora ya que la medida sustitutiva de no acercarse a la víctima garantiza que no se obstaculice la investigación y que en ese sentido la detención provisional no sería la medida cautelar más idónea para asegurar las resultas del proceso</p> <p>2. no es automática la imposición de la medida cautelar de detención provisional únicamente cuando el procesado le es atribuido alguno de los delitos del 331</p> <p>3. el criterio determinante será la motivación del juez para exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia del buen derecho y el peligro de fuga.</p> <p>4. el peligro de fuga merma ya que el procesado ha cumplido al llamamiento judicial cuando se le ha solicitado y ha presentado arraigos. El juzgador realizara examen en donde evalúe si han existido las condiciones que indiquen un comportamiento de obstaculización o evasión del imputado. 5. la pena no es indicador para determinar el peligro de fuga</p>	
OTROS CRITERIOS:	

CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Confirmase la decisión de decretar medidas sustitutivas a la detención provisional

REF.	APE-89-4-CPRPN-2016
TRIBUNALES	Cámara 2ª sección de oriente / juez de 1ª instancia de Jiquilisco
TIPO DE RESOL. DELITO	interlocutoria
SITUACION DEL IMP.	Posesión y tenencia art 34 ley relativa a las drogas
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	En libertad, con medidas sustitutivas a la detención provisional 1. firmar cada 15 días 2. no salir del país 3. que no se reúna con personas de mala reputación
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
Los presupuestos que dieron lugar a la detención provisional no han cambiado, por lo tanto no es causal para que se le apliquen medidas sustitutivas a la detención provisional	Familiar Domiciliar Constancia de Estudios
FALLO (audiencia especial)	
CRITERIO DEL APELANTE: fiscal	
1. las medidas sustitutivas a la detención provisional no está fundada porque los motivos que generaron la detención provisional aún existen y no han cambiado 2. no es posible conceder la aplicación de las medidas sustitutivas a la detención provisional ya que el 33i inc. 2 lo prohíbe expresamente	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
1. los motivos que generaron la detención provisional no han desaparecido pero se agrega documentación que garantiza que no existirá el peligro de fuga 2. si el joven es activo educativamente sería injusto no darle la oportunidad de gozar de la libertad ambulatoria pues considera que se someterá al proceso y no lo obstruirá. 3. la detención provisional no es la regla general 4. por la problemática de hacinamientos en centros penales y para ayudar a disminuirla el juez considera no necesaria la detención provisional.	
CRITERIO DE LA CAMARA:	
1. si los presupuestos que dieron motivo al razonamiento para decretar la detención provisional no desaparecen, la medida cautelar de detención provisional es la más adecuada y esto no se considera atentatorio contra la presunción de inocencia ni tomarse como una pena anticipada sino más bien como un medio encaminado a garantizar el proceso penal 2. si bien es cierto la normativa internacional establece que la libertad ambulatoria debe de afectarse mínimamente y excepcionalmente, es de señalar que también el legislador ha previsto que puede adoptarse la detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su aplicación 3. en este caso, el juez no aplico el efecto suspensivo del recurso ya que el art 342 establece que cuando se interponga recurso en la detención provisional el imputado deberá continuar detenido y en este caso el juez en reiteradas ocasiones ha puesto en libertad inmediatamente a los procesados.	

OTROS CRITERIOS:
1. en cuanto al periculum in mora se deben valorar criterios objetivos y subjetivos con los objetivos tienen que ver con la gravedad del hecho, las circunstancias del acontecimiento, formas perfectas o imperfectas y los subjetivos tienen que ver con la persona del imputado tales como antecedentes penales, policiales, reincidencia, habitualidad arraigos, etc., su carácter y modalidad.
2. los fines de la detención provisional son: evitar la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y la obstaculización de futuros medios de prueba, impedir la reiteración delictiva y satisfacer las demandas sociales de seguridad y justicia
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Revóquese las medidas sustitutivas a la detención provisional y decretese la detención provisional.

REF.	APE-114-1-CPRPN-2016	
TRIBUNALES	Cámara 2ª secc. De oriente / juzgado 2º de paz de Jiquilisco	
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple	
DELITO	Violación art. 158 c Pn	
SITUACION DEL IMP.	Detenido Provisionalmente	
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS		
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS	
La detención provisional es a medida más adecuada para este caso y no se puede cambiar porque cumple con los requisitos del 329 y lo prohíbe el 331	Familiar Domiciliar	
Inc. 2 para poder sustituirse por una medida sustitutiva	Laboral	
FALLO		
CRITERIO DEL APELANTE:		
1. atipicidad, si ha existido el hecho pero la violencia ejercida no se demuestra por lo tanto es atípico tampoco se corrobora su participación y consideran gravosa y dañina la detención provisional ya que no es la más idónea por el hacinamiento y la situación deplorable en la que viven los privados de libertad en los centros penales y además corre peligro el procesado porque la víctima le ha manifestado que tiene familiares de pandillas y dentro del penal podría correr riesgo su vida		
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
1. el delito supera pena de 3 años, es un delito grave		
2. cumple con el fumus boni iuris ya que se tiene probabilidad positiva que ha existido el hecho y la participación del imputado		
3. este delito no es posible aplicarle medidas sustitutivas ya que está dentro del catálogo de delitos que se prohíbe su aplicación según el 331 inc. 2		
CRITERIO DE LA CAMARA:		

1. se encuentran presentes los presupuestos para que exista el primer requisitos del art. 329 C.Pn fumus boni iuris, la existencia del hecho y la participación del imputado
2. en cuanto al segundo requisito periculum in mora, el delito es Grave y para esta cámara se ha hecho amplio el peligro de fuga y aunque se presenten arraigos eso no garantiza que disminuye el peligro de fuga ni que el procesado no obstaculizara la investigación ya que la víctima y el imputado viven en la misma zona y que posea inmuebles y obligaciones eso no garantiza la sujeción a los actos procesales y que no tratara de sustraerse de la justicia y de su responsabilidad penal.
3. mientras esos supuestos no varíen la detención provisional es la medida cautelar más adecuada y conveniente para asegurar la comparecencia del imputado al proceso y esto no debe verse como pena anticipada sino más bien como un medio para garantizar las resultados del proceso.
4. pese a que internacionalmente se considera que la detención provisional no debe de ser la regla general para esta cámara se cumplen con los requisitos del 329 y ante esos delitos no procede sustituir la detención provisional por otras medidas.
OTROS CRITERIOS:
la detención provisional no debe verse como pena anticipada ni como vulneración al principio de inocencia ya que conforme a las reglas de la sana critica se adecuar a los preceptos del 329 C.Pn
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Confirmase la resolución de la aplicación de la detención provisional como medida cautelar idónea para este caso.

REF.	APE-130-8-CPRPN-2016
TRIBUNALES	Cámara 2ª secc. Oriente / juez 1ª instancia Jiquilisco
TIPO DE RESOL.	interlocutoria
DELITO	Organizaciones Terroristas art 13 ley especial contra actos de terrorismo
SITUACION DEL IMP.	En libertad, con medidas sustitutivas a la Detención Provisional
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	1. firmar cada 15 días 2. no salir del país 3. caución de \$500 Debe de ponerse en libertad cuando pague la caución.
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGO
Se cumple con el requisito de periculum in mora y para asegurarlo la detención provisional es la más adecuada	Familiar Domiciliar Laboral
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: fiscalía	

<ol style="list-style-type: none"> 1. los documentos que presentaron no minimizan el peligro de fuga 2. los motivos que dieron origen a la detención provisional no han cambiado y se siguen manteniendo los requisitos del art 329 C.Pn 3. falta de fundamentación para la modificación de la detención provisional 4. Es un delito grave 5. si puede entorpecer la investigación porque pertenecen a un grupo que amedrenta a una comunidad y así podrán poner en riesgo la vida de los posibles testigos 6. no es procedente la sustitución 7. errónea aplicación de la norma procesal del 332 C.Pn
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:
<ol style="list-style-type: none"> 1. si bien es cierto es un delito grave, pero no está comprendido dentro de los delitos que la ley prohíbe la aplicación de medidas sustitutivas a la detención provisional 2. la defensa presentó arraigos y considera que por ende no evadirán la justicia ni entorpecerá la investigación por no estar a su alcance
CRITERIO DE LA CAMARA:
<ol style="list-style-type: none"> 1. el fumus boni iuris y los presupuestos que dieron motivo para la detención provisional se mantienen porque tiene probabilidad positiva que ha existido el hecho y la participación de los imputados 2. en cuanto al periculum in mora, dentro de los presupuestos esta que el delito es grave y si es grave existe el peligro de fuga y de evasión y el aspecto subjetivo es decir los arraigos que presentan no son suficientes para garantizar su comparecencia en el proceso penal 3. si existe probabilidad que obstaculicen la investigación ya que pueden amenazar a los residentes del lugar para que no declaren en su contra 4. la detención provisional es la medida cautelar más adecuada y esto no debe verse como una pena anticipada sino más bien como un instrumento para garantizar el proceso.
OTROS CRITERIOS: cámara
Toda resolución de los jueces sobre todo la libertad del imputado debe de ser motivada
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Revóquese las medidas sustitutivas y aplíquese detención provisional a los procesados.

REF.	INC-46-16
TRIBUNALES	Cam. 3ª de lo Penal de la 1 Sec. Del centro.
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple
DELITO	Estafa agravada art. 215 y 216 c Pn
SITUACION DEL IMP.	Detención Provisional y caución de \$10,000
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
	Familiar Laboral Domiciliar
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: Defensa	
1. demuestra con arraigos que no existe peligro de fuga y que se le apliquen medidas sustitutivas a la	

detención provisional
2. el monto de la caución le parece muy alto y teniendo en cuenta que no se tiene certeza de la participación del procesado, consideran que no es la medida cautelar más idónea.
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:
1. El delito de estafa asciende a la suma de \$70,000 por lo tanto la caución de \$10,000 es coherente 2. la querrela apelo y demostró que si existía peligro de fuga por lo tanto el imputado siguió en detención provisional
CRITERIO DE LA CAMARA:
1. no realiza análisis del fumus boni iuris ya que no de solicitado por la querrela desde un inicio
2. el monto de la caución le parece a la cámara razonable por la cantidad a la que haciende la estafa y que esto no debe de tomarse como una pena anticipada ya que es solo una medida cautelar ante este hecho delictivo de tipo defraudatorio.
OTROS CRITERIOS:
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Confirmase la detención provisional y la caución interpuesta

REF.	INC-PN-134-16
TRIBUNALES	Cámara 2ª Sección de Occidente / juzgado 1º de paz de Sonsonate
DELITO	Posesión y Tenencia art. 34 ley reguladora relativa a las drogas
SITUACION DEL IMP.	en libertad, con medidas sustitutivas a la detención provisional
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIVAS	1. no cambiar de domicilio 2. prohibición de concurrir a determinados lugares y personas y consumir drogas 3. firmar cada 8 días 4. no salir del país
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
Existe peligro de fuga de los imputados por lo tanto para garantizar la realización del proceso es necesario cambiar las medidas sustitutivas por la detención provisional.	Sin arraigos
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: fiscalía	
1. la detención provisional es una medida precautoria y su finalidad de asegurar el desarrollo del proceso impidiendo la obstaculización de la investigación	
2. para decretar medidas sustitutivas a la detención es necesario fundamentar que los imputados no evadirán la justicia y que no obstaculice el proceso	
3. el delito se encuentra catalogado como uno de los cuales no es posible decretar medidas sustitutivas a la detención arto 331 C.Pn	
4. el delito es de naturaleza grave y ello aumenta el peligro de fuga	
5. no comprueban con arraigos ninguno de los que la ley pide	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	

<p>1. la detención provisional no es la adecuada ya que existen medidas alternativas a esta regla</p> <p>2. poseen arraigos que demuestran que no existe peligro de fuga</p> <p>3. la droga decomisada era de consumo</p> <p>4. a uno de los procesados se le encontró 13.2 gris.; que por ello le resultó</p>
<p>proporcional y razonable la imposición de medidas cautelares alternas a la detención provisional</p> <p>5. no debe de aplicarse automáticamente el art. 331 inc 2° Pr. Pn</p> <p>6. la detención debe de aplicarse de forma excepcional para sujetar a una persona al proceso y a un posible juicio, siendo la regla general la libertad.</p>
<p>CRITERIO DE LA CAMARA:</p>
<p>1. se tiene certeza que ha existido el hecho y la participación de los imputados con las actas que se presentaron junto al requerimiento. El presupuesto fumus boni iuris se configura</p> <p>2. en cuanto al segundo presupuesto del art. 329 concurre de igual manera. Ya que existe gravedad en la pena prevista para este delito pues es mayor de 3 años y eso hace que aumente el peligro de fuga de los imputados</p> <p>3. la defensa agrego documentación a fin de establecer los arraigos y así disminuir el peligro de fuga pero esos documentos carecen de veracidad ya que el domicilio es distinto al que fue proporcionado por el procesado y el recibo de luz aparece a nombre de persona distinta al imputado por lo tanto aún queda latente el peligro que éste se sustraiga de la justicia y el otro de los procesados no presenta ninguna documentación para corroborar sus arraigos</p> <p>4. mientras los presupuestos no varíen la detención provisional es la medida cautelar más idónea para asegurar la realización satisfactoria del proceso penal</p>
<p>OTROS CRITERIOS:</p>
<p>1. para la aplicación de la detención provisional es necesario que concurren los dos criterios el fumus boni iuris y el periculum in mora</p> <p>2. esta medida cautelar de detención provisional no debe verse como una pena anticipada ya que solo es una medida para asegurar el proceso y satisfacer las demandas de seguridad y justicia de la sociedad.</p> <p>3. la normativa internacional establece que la libertad ambulatoria debe afectarse en forma mínima y excepcional, también el legislador ha previsto de que puede adoptarse la medida cautelar extrema de detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su legal aplicación, como es el caso apelado.</p>
<p>CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:</p>
<p>Revóquese las medidas sustitutivas a la detención provisional y aplíquese a los imputados la medida cautelar más gravosa de la detención provisional para asegurar el proceso.</p>

REF.	247-2016	
TRIBUNALES	Cam. 2ª de lo Penal de la 1 Sec. Del centro.	
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple	
DELITO	Destrucción, Inutilización u Ocultamiento de Documento por Abogado o Mandatario (art. 316)	
SITUACION DEL IMP.	Detención Provisional	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS	
	Familiar	Laboral
	Domiciliar	
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)		

CRITERIO DEL APELANTE: Defensa
El fundamento que la juez consideró suficiente para decretar la detención provisional, fue expuesto verbalmente en la audiencia; en la resolución que siendo los hechos que se le imputaban a la indiciada basándose en los indicios mínimos de los parámetros señalados en el código procesal penal para la imposición de la medida cautelar más gravosa, no obstante estos indicios mínimos no se completaban en virtud que faltaba documentación que agregar al expediente por parte de la representación fiscal el nomino en su requerimiento y al revisar el digno tribunal si venia agregado al requerimiento se dieron cuenta que no era así y le previnieron
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:
1. El delito de estafa asciende a la sima de \$70,000 por lo tanto la caución de \$10,000 es coherente 2. la querella apelo y demostró que si existía peligro de fuga por lo tanto el imputado siguió en detención provisional
CRITERIO DE LA CAMARA:
El peticionario se limita a mencionar que es pertinente la misma y que procede su aplicación, sin desarrollar el por qué o qué sentido tiene que se haga, cual es el objetivo que pretende con esa postura. c.- Estas circunstancias de formulación permiten considerar que nos encontramos con una mera inconformidad del apelante con la decisión emitida, misma que no subyace una denuncia de inobservancia o errónea aplicación de ley “sustantiva o procesal”, sino más bien una simple disidencia subjetiva por parte del impetrante, lo que imposibilita la emisión de un pronunciamiento de fondo sobre ellos.
OTROS CRITERIOS:
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:
Confirmase la detención provisional.

REF.	APE-116-5-CPRPN-2016
TRIBUNALES	Cámara de la segunda sección de oriente
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple
DELITO	Organizaciones terroristas
SITUACION DEL IMP.	Medidas sustitutivas a la detención provisional
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
	Familiar Laboral Domiciliar
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: Fiscalía	
Por la inobservancia de los Arts. 329 y 330 numeral 3 del Código Procesal Penal, asimismo por falta de fundamentación al modificar la medida cautelar de la Detención Provisional tal como lo establece el Art. 144 Pr. Pn. Y además por la errónea aplicación del artículo 232 del código procesal penal, porque aun cuando no es procedente el juez aplicó medidas sustitutivas a la detención provisional.	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
Juzgador considera de que con los arraigos que presenta la defensa tanto familiar, laboral y domiciliar, los imputados no van a evadir la justicia, por considerar de que éstos tienen todos los arraigos que garanticen su presencia a la fase del proceso, tampoco van a entorpecer la investigación de la Justicia por no estar a su alcance.	

CRITERIO DE LA CAMARA:	
No obstante que dicho delito, de conformidad al art.331 Inc.2º. C.Pr.Pn, no se encuentra catalogado en la serie de delitos que prohíbe sustituir la detención provisional por otras menos gravosas, es de señalar que el legislador ha previsto de que puede adoptarse la medida cautelar extrema de detención provisional en aquellos casos en los que concurren los requisitos indispensables para su legal aplicación, tal como a criterio de esta Cámara sucede en el caso de vista. Que, por lo anteriormente relacionado, puede concluirse que existe el peligro de fuga y de obstaculización del proceso y, en consecuencia, no es procedente la aplicación de medidas cautelares menos gravosas que sustituyan la detención provisional de los procesados	
OTROS CRITERIOS:	
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:	
REVOCASE la resolución que decreta las Medidas Sustitutas a la Detención Provisional	
REF.	INC-55-17
TRIBUNALES	Cámara 3º de lo Penal de la 1º Sección del Centro
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple
DELITO	Posesión y tenencia
SITUACION DEL IMPUTADO	Detención provisional
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	
ARRAIGOS	
Familiar Laboral Domiciliar	
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: Fiscalía	
Respecto al principio de trascendencia o agravio se ha decretado la Detención Provisional sin que exista un fundamento factico ni jurídico que arribe a la conclusión de que dicha medida cautelar más gravosa sea la necesaria adoptar para conseguir los fines del proceso.	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
Se han presentado por parte de la defensa una constancia laboral del imputado y comprobantes de pago de universidad del imputado, así como, una escritura de compraventa del inmueble donde residen los imputados a nombre de la señora; se considera que estos atestados no son suficientes para desvanecer el peligro de fuga, dada la gravedad del hecho que se le atribuye. Por tanto, los requisitos exigidos en la normativa internacional concurren en este caso, para DECRETAR LA DETENCION PROVISIONAL	
CRITERIO DE LA CAMARA:	
La Cámara considera necesario aclarar, en cuanto a otro de los puntos en los que se basa la Jueza es, que el Artículo 331 inciso segundo Pr. Pn., establece una prohibición expresa de otorgar medidas sustitutivas a la detención provisional para delitos que se encuentran descritos taxativamente en dicho articulado este se constituyen como uno de los criterios objetivos que amparan legalmente la imposición de la medida cautelar de la detención provisional; la cual no contiene propiamente supuestos de delitos no excarcelables, sino más bien un riesgo "ex lege"; es decir, un riesgo de fuga basado en la gravedad del delito que impide sustituir la detención provisional por una medida alternativa; sin embargo, lo anterior no significa que la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional para este tipo de delitos sea de forma AUTOMÁTICA; por cuanto, en todo caso particular, deberá de analizarse la procedencia y aplicación de la misma.	
OTROS CRITERIOS:	

CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:	
Revocase la medida cautelar de la detención provisional	
REF.	INC-188-16
TRIBUNAL	Cámara 3° de lo Penal de la 1° Sección del Centro
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple
DELITO	Tráfico ilegal de personas
SITUACION DEL IMP	Medidas sustitutivas
CLASES DE MEDIDAS SUSTITUTIV	Presentarse cada 15 días al Juzgado, la restricción de no salir del país, permanecer en sus lugares de residencia y de cambiar de dirección
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	
ARRAIGOS	
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: Fiscalía	
Errónea aplicación de los presupuestos legales establecidos en los Arts. 329, 330, 331 y siguientes del CPP, así como de precedentes constitucionales que inspiran la procedencia de Medidas Cautelares distintas de la detención provisional...no se ha motivado suficientemente la inaplicabilidad de dichos	
presupuestos bajo la premisa de una ponderación de los derechos del imputado, versus la conveniencia de salvaguardar los fines del proceso penal, lo cual resulta por demás erróneo si se considera que NO FUE PRESENTADO ELEMENTO ALGUNO QUE ACREDITARA NINGUN TIPO DE ARRAIGO	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
Existen los elementos establecidos debe advertirse la necesidad de imponer medidas pero no la más gravosa como es la detención provisional, ya que a criterio de esta Juzgadora este tipo de delitos es de consecuencia y hay responsabilidad por parte de la víctima. También no hay una total individualización de los procesados en los actos que realizaron cada [uno de ellos] en el hecho pues el ministerio publico fiscal no ha sido específico, por ello cabe aplicar las medidas sustitutivas a la detención provisional	
CRITERIO DE LA CAMARA:	
la juzgadora no ha establecido un fundamento racional para su decisión, habiéndose bastado de la simple relación de los documentos y la decantación de responsabilidad del hecho en la víctima; obviando cualquier análisis o por lo menos alusión al peligro de fuga y obstaculización de la justicia, latente el presente caso, dada la inexistencia de arraigos demostrados	
OTROS CRITERIOS:	
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:	
Revocase las medidas sustitutivas e impóngase la medida cautelar de la detención provisional	

REF.	INC-PN-14-17
TRIBUNALES	Cámara de la 2° Sección de Occidente
TIPO DE RESOL.	Interlocutoria simple
DELITO	Fabricación, portación, tenencia o comercio ilegal de armas de fuego o explosivos caseros o artesanales; Agrupaciones ilícitas
SITUACION DEL IMP.	Medidas sustitutivas
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	
ARRAIGOS	

	Familiar Laboral Domiciliar
FALLO (audiencia especial de revisión de medidas)	
CRITERIO DEL APELANTE: Fiscalía	
La resolución que se pretende impugnar no es la adecuada para garantizar la presencia de los indiciados al proceso, máxime si se toma en cuenta que dichos imputados ha sido capturados en flagrancia; aunado al hecho de que se ha ordenado la instrucción con medidas sustitutivas a la detención provisional y es lógico colegir la idea que una persona al verse procesada por un delito grave.	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
En base a los arraigos presentados y en aplicación de los tratados internacionales, no es necesaria la aplicación de la medida cautelar más gravosa como es la detención provisional para los imputados y perfectamente se puede garantizar su sujeción otorgándoles medidas sustitutivas a la detención provisional.	
CRITERIO DE LA CAMARA:	
En el caso analizado concurre el criterio objetivo de la gravedad de los hechos, dado que el ilícito que se le imputa a los implicados tienen señalada una pena máxima que supera los tres años de prisión (criterio objetivo de gravedad), con lo que el peligro de evasión de la justicia se ve aumentado dada la magnitud de las penas que podrían imponérseles; que, además, y pese a que -como lo afirma la Jueza A quo-, no consta en el proceso de que los imputados se encuentren gozando de medidas cautelares en otro proceso y que no obstante estar en presencia de delitos graves han presentado documentación para probar arraigos, lo que a juicio de éste Tribunal no constituye garantía suficiente de	
comparecencia	
OTROS CRITERIOS:	
CONFIRMASE O REVOQUESE LA RESOLUCION:	
Revocase las medidas sustitutivas de la detención provisional	
327-APE-16 - CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL; San Salvador, a las doce horas treinta minutos del día veintinueve de junio de dos mil dieciséis.	Delito: ORGANIZACIONES TERRORISTAS Tipo de Resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva.
Resolución del Juez Aquo	
Se ha valorado detenidamente la solicitud de Revisión de Medidas en la cual la defensa particular del imputado ha solicitado el cambio de la medida cautelar de la detención provisional en la que se encuentra por una menos gravosa. En esta sentencia la juez aquo se detiene a valorar la prueba testimonial de los testigos que gozan de régimen de protección identificado con la clave "MAYO", "DELGADO" Y "MORAZAN" de los cuales se obtiene la descripción y características de los imputados, realiza una valoración del delito de Organizaciones Terroristas, estableció criterios en base al objeto del delito. Concluyendo que por el delito no se desvanece el peligro de fuga, por lo cual, no es posible sustituir en base a esos argumentos la medida cautelar de detención provisional impuesta en audiencia inicial a los imputados.	
Argumentos de la Parte Recurrente	

La Defensa técnica considera que la resolución emitida por esta juzgadora, es contraria a derecho, en razón que se fundamenta en una afirmación dogmática que no contiene sustento legal, ya que en el presente caso parte de una presunción o criterio subjetivo, fuera de lo que regula el artículo 144 del Código Procesal Penal.

Análisis de la cámara.

La cámara toma a bien establecer que la Audiencia de Revisión de Medidas, tiene como objetivo, analizar si los motivos que llevaron a la Jueza a imponer una medida tan gravosa como es la detención provisional han variado, y que estos nuevos elementos sirvan para considerar que el procesado no se sustraerá o entorpecerá el proceso que se sigue en su contra. Por lo cual la controversia en este tipo de Audiencias no se centra en establecer la existencia del delito ni en la probable participación del procesado en el mismo, sino en si la documentación de arraigos presentada es suficiente para otorgarle medidas sustitutivas a la detención provisional, incidiendo en el segundo supuesto del art. 329 CPP., que se refiere al peligro de fuga. En ese orden, debemos decir que el delito que se le atribuye al procesado es el de “Organizaciones Terroristas”, el cual no está dentro del catálogo de delitos establecidos por el Legislador en el art. 331 CPP., como de aquellos que no admiten otra medida cautelar distinta a la de la detención provisional. En ese sentido, con base a los anteriores argumentos, esta Cámara considera procedente **REVOCAR** la resolución dictada por la señora jueza de Instrucción Especializado “B” con sede en esta ciudad, en Audiencia Especial de Revisión de Medidas Cautelares, celebrada a las a las nueve horas treinta minutos del día nueve de junio de dos mil dieciséis, en la que la señora jueza del caso mantuvo la medida cautelar de la detención provisional impuesta.

INC-744-APE-2016 CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, San Salvador , a las doce horas y treinta y nueve minutos del día trece de diciembre del año dos mil dieciséis.	Delito: Agrupaciones Ilícitas Tipo de Resolución: Interlocutorias - Nulidad.
Resolución del Juez Aquo	
<p>el señor juez de sentencia especializado suplente, resolvió estableciendo que <i>la defensa técnica agregó como nuevos elementos de prueba “los documentos para acreditar arraigos del encartado”, con los que pretende que en audiencia de revisión de medidas, demostrar que el peligro de fuga del imputado se ha desvanecido, que la situación jurídica del reo ha variado y por lo tanto procede sustituir la detención provisional al imputado, y para el caso anexa la documentación antes detallada, en ese orden, al realizar un estudio de la presente causa, se considera que no se cuenta con nuevos elementos de prueba que hagan variar la situación jurídica del reo, ya que se mantiene la apariencia de buen derecho que en un inicio fue adoptada en la fase de imposición de medidas y siendo que los documentos presentados para establecer arraigos no garantizan que el encartado no se sustraerá de la justicia, el peligro de fuga del imputado también se conserva; por todo lo antes expuesto, se puede concluir que aun cuando fueron incorporados nuevos elementos que demuestran únicamente el arraigo familiar, la situación jurídica del reo no se ha modificado. por lo tanto se resolvió no ha lugar por improcedente la solicitud de revisión de medida cautelar a favor del imputado, por las razones antes expuestas, esto de conformidad al artículo 344 del código procesal penal.”</i></p>	
argumentos de la parte recurrente	
<p><i>No se logra establecer la objetividad de dicha denegatoria, el hecho conciso que el delito trae aparejada pena superior a tres años no incide automatización en la aplicabilidad de la detención provisional, puesto que en múltiples medidas, como las ya mencionadas hacen establecer una acreditación de pena anticipada, vulnerándose el principio de inocencia y la seguridad jurídica y ello entra a lesionar directamente el principio a la dignidad humana.</i></p>	
Análisis de la cámara.	
<p>Al revisar las actuaciones realizadas por el señor Juez Aquo, vemos que la petición formulada por la defensa particular del encartado en mención, fue que se convocara a una audiencia de revisión de medidas, solicitud que en auto de fecha veintisiete de octubre del presente año, fue declarada no ha lugar por ser improcedente la audiencia, y de esta resolución, esta Cámara advierte una irregularidad en particular que debe ser objeto de pronunciamiento en esta instancia, a efecto de determinar si se han vulnerado o incumplido las formas procesales, lo cual implicaría una vulneración de rango constitucional. Es así que se advierte que lo que verdaderamente se ha declarado no ha lugar es la sustitución de la medida cautelar y es aquí donde se revela el error del juez, pues se entró a valorar la procedencia o no de dicha sustitución de la medida cautelar, al hacer este tipo de valoraciones, sin realizar audiencia de revisión de medidas, por ello se DECLARA LA NULIDAD ABSOLUTA de la resolución emitida por el señor Juez de Sentencia Especializado Suplente, mediante la cual resolvió no ha lugar por ser improcedente la solicitud de revisión de medida cautelar.</p>	
465-APE-2015 CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, San Salvador , a las quince horas y tres minutos del día veinte de noviembre del año dos mil quince.	Delito: Cohecho Activo, Agrupaciones Ilícitas. Tipo de sentencia: Sentencias Definitivas
Resolución del Juez Aquo	

El juez de la causa considera que en esta audiencia en particular falta por valorar los elementos de prueba que han sido incorporados a lo largo del proceso, aunado que la etapa de instrucción ya está recabada, que la decisión que la Jueza Especializada de Instrucción "A" de San Salvador tomó lo realizó en base a elementos indiciarios y en este momento se han corroborado y pasan a ser elementos de prueba en virtud del dictamen de acusación presentado por el ente fiscal, por otra parte se han realizado diferentes diligencias procesales, que se incorporaran con las ya preexistentes, entre ellas la audiencia especial de selección de audios, la incorporación de bitácoras, certificaciones de expedientes, por lo que advierte que sobre esos nuevos elementos no es momento procesal oportuno para pronunciarse, aunado que la presente audiencia es para valorar los elementos subjetivos del periculum in mora, como lo son los arraigos presentados, que a consideración de al suscrita Jueza no son suficientes para desvirtuar el peligro de fuga y acrediten el sometimiento voluntario de los procesados...considera procedente mantener la medida de la detención...si se observa los presupuestos procesales que sirvieron de base para decretar la detención en contra de los referidos imputados, están fundamentados en la participación que han tenido esos en los delitos que se les atribuyen y con el dictamen de acusación presentado del cual se omite entrar en conocimiento por no ser la etapa procesal oportuna.

argumentos de la parte recurrente

La defensa basa su recurso en dos puntos: 1. Errónea aplicación del artículo 329 del CPP., el juez debe pronunciar sobre la correcta calificación jurídica del delito y si la conducta es o no un delito, y en cuanto a la participación del imputado, sin embargo en el presente caso la señora Jueza manifestó que los elementos presentados deben ser objeto de análisis en la audiencia preliminar, lo que no es correcto pues la esencia de la Audiencia Especial de Revisión de Medidas es verificar la modificación de las condiciones en que originalmente fueron impuestas. 2. inobservancia de lo regulado en el art. 331 del **Código Procesal Penal**, manifestando el imputado que no se encuentra sometido a otra medida cautelar en ningún otro proceso y además ha presentado arraigos familiares, domiciliarios, laborales y económicos, que demuestran que no se sustraerá del proceso, asimismo el delito que se le atribuye no se encuentra dentro de las prohibiciones establecidas en el art. 331 inc. 2 del Código Procesal Penal.

Análisis de la cámara.

La cámara establece que se debe analizar si existen verdaderos arraigos, lo cual conlleva a determinar si estos son actuales, personales e idóneos, para debilitar el peligro de fuga, el cual como ya se dijo se refiere a aspectos personales del procesado, que conlleva a valorar sus antecedentes, arraigos, su carácter, condición y voluntad de someterse al proceso, en tanto una medida sustitutiva le beneficia más que estar en detención, de ahí que el recurrente ha presentado diversos documentos para acreditar arraigos, los cuales necesariamente tuvieron que ser valorados por la señora Jueza Instructora, sin embargo se limita a decir que eran insuficientes; es así que se parte del análisis de estos para establecer que el peligro de fuga se ve debilitado, y así determinar que la detención provisional es o no necesaria, considerando que tal medida cautelar no puede ser vista como una pena anticipada, ni tampoco es automática su aplicación como ya se dijo para todos los delitos, sino más bien adquiere un carácter instrumental, el cual es el asegurar la presencia del imputado ante un posible el juicio y la ejecución de una eventual pena, a imponer., por lo cual la Cámara revoca la resolución.

49-APE-2016 CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, SAN SALVADOR , a las dieciséis horas del día diecisiete de febrero de dos mil dieciséis.	Delito: organizaciones terroristas agravada. Tipo de Resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva.
Resolución del Juez Aquo	
<p>la juzgadora hace ver que el imputado está siendo señalada por parte del testigo como gatillero dentro de la pandilla dieciocho revolucionarios, estableciendo que es miembro activo de la pandilla y que pertenece a esta estructura delincencial, según consta en el acta de entrevista por lo, que esta juzgadora considera que estas personas son miembros de una organización criminal y que el delito que se les atribuye a los imputados es considerado grave, ya que tiene una penalidad que supera los ocho años de prisión,... y que si bien existe un vacío de ley, pues el delito que se le atribuye a los procesados no se encuentra en las prohibiciones contempladas en el art. 331 inc. 2 del código penal, como aquellos delitos por los cuales no se puede otorgar una medida cautelar distinta a la detención provisional, esto no inhibe al mismo de ser un delito que cause estado de alarma., aunado a ello en el presente proceso penal, faltan diligencias por realizar por parte del ministerio fiscal, ya que son una gran cantidad de personas vinculadas a este delito, de igual manera hace ver que los elementos que sirvieron a esta juzgadora para interponer la medida cautelar de privación de libertad de los procesados, hasta este momento no han variado; por otra parte los documentos presentados por el abogado de la defensa, a juicio de la suscrita no son suficientes para demostrar que los procesados no se sustraerán de la acción penal de la justicia al gozar de una medida distinta a la detención esta juzgadora resolvió que continúen los imputados en la detención en la que se encuentran.</p>	
argumentos de la parte recurrente	
<i>Que a la defensa técnica el proveído causa agravio; puesto que se materializa la restricción de la libertad del señor... porque se le ha ordenado privación de libertad sin un fundamento coherente con los elementos de convicción presentados por la Representación Fiscal.</i>	
Análisis de la cámara.	
<p>La Cámara resuelve estableciendo que para los suscritos tener por acreditada de manera fehaciente la existencia de algunos documentos, por no haber sido remitidos a esta instancia, y tener por garantizado que el imputado no se sustraerá de las actuaciones judiciales en que sea requerido; en razón de ello confirmaremos la resolución de la Jueza Instructora en la cual mantiene la detención provisional, por concurrir los supuestos del Fumus Boni Iuris y Periculum In Mora que establece el legislador en el art. 329 y 330 Código Procesal Penal, independientemente que en un futuro se cumplan los dos requisitos contemplados en el art. 331 inc.1 del mismo cuerpo legal y como consecuencia el instruido pueda optar al goce de medidas alternas a la detención provisional. Por lo tanto, la cámara confirma lo actuado por el juez aquo.</p>	

<p>441-APE-15 CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL; San Salvador, a las doce horas del día once de noviembre de dos mil quince</p>	<p>Delito: cohecho activo” y “agrupaciones ilícitas Tipo de Sentencia: Sentencias Definitivas</p>
<p>Resolución del Juez Aquo</p>	
<p>El juez de la causa establece que los elementos que han presentado hacen variar los motivos originales por los cuales se decretó la detención provisional; sin embargo, para evitar hacer una transcripción de los motivos originales de la detención provisional, y del análisis de probabilidad positiva de participación de los imputados, el suscrito juez, se remite a los fundamentos que se tomaron en cuenta en las Audiencias Especiales anteriores, cuyos fundamentos se ratifican en este acto, haciendo uso de la motivación por remisión en este caso, el suscrito juzgador basado en dichas resoluciones ratifican los argumentos. Por ello declara a lugar la sustitución de la medida cautelar de detención provisional.</p>	
<p>Argumentos de la parte recurrente</p>	
<p>El Recurso de Apelación interpuesto por la representación fiscal en contra de la resolución que decretó medidas sustitutivas a la detención provisional, argumentando ausencia de valoración de elementos probatorios indiciarios de conformidad a la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, el cual constituyó a su parecer un grave perjuicio al proceso penal, por lo que solicitó al tribunal Ad-quem que revocara la resolución objeto de apelación y se mantuviera la medida cautelar de privación de libertad.</p>	
<p>Análisis de la cámara.</p>	
<p>LA Cámara estipula que se debe de tomar en cuenta que la Medida Cautelar de Detención Provisional atiende a la aplicación del Principio de Necesidad de la medida, que requiere cumplir con ciertas exigencias delimitadas por el Legislador, principalmente la excepcionalidad, conforme a la cual la detención provisional, no puede convertirse en una regla general, sino que debe adoptarse exclusivamente cuando no exista otra forma de cumplir efectivamente los fines que la justifican, y siendo que la Detención Provisional exige de una Justificación Objetiva, por cuanto limita uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, el cual es la Libertad ambulatoria, es obligación de todo tribunal examinar la concurrencia de elementos materiales que posibiliten este tipo de medidas. Para decretar la Medida Cautelar de la Detención Provisional deben existir ciertos presupuestos esenciales, que hacen especial referencia a lo que doctrinariamente reconoce como FUMUS BONI IURIS, o Apariencia de Buen Derecho, el cual implica un juicio sobre la existencia del hecho delictivo y sobre la probable responsabilidad penal de las personas a las cuales se aplica. Establecida la Apariencia de Buen Derecho, corresponde el análisis del presupuesto conocido doctrinariamente como PERICULUM IN MORA, entendido como el daño jurídico generado por el retardo en el procedimiento, a consecuencia del peligro de fuga de los imputados; dicho presupuesto tiene un aspecto subjetivo relacionado con aspectos personales de los procesados, y otro objetivo referido al presunto delito cometido y al contexto en que se cometió. Ambos elementos sirven de parámetro para imponer la detención provisional que se encuentran en nuestra legislación, ya que lo que se busca es tener vinculadas a las imputadas en el proceso penal. Debe de tenerse en cuenta que las medidas cautelares como tales, tienen la exclusiva finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados en el proceso y la ejecución de una eventual pena a imponer, en el supuesto que el proceso llegase a avanzar hasta esa etapa, evitando con ello la frustración del proceso judicial y con ello que la justicia se vea fallida. Es por ello que se procederá a CONFIRMAR la sustitución de la detención provisional. Por lo tanto, confirma lo actuado por el juez aquo.</p>	

<p>511-APE-2016 CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, SAN SALVADOR, a las quince horas con nueve minutos del día trece de septiembre de dos mil dieciséis.</p>	<p>Delito: Organizaciones terroristas. Tipo de Resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva.</p>
<p>Resolución del Juez Aquo</p>	
<p>la existencia del delito como la participación delincinencial de los procesados, se ha logrado demostrar con lo expuesto por el testigo clave MONTANA...A juicio de esta juzgadora, los elementos descritos para esta etapa procesal son suficientes para tener por demostrados los extremos procesales que regula el art. 329 CPP, Por lo tanto, esta Juzgadora, se ha pronunciado sobre la necesidad de dar vigencia al principio de excepcionalidad de la medida cautelar de la detención provisional y la necesidad de fundamentar ésta sobre los presupuestos del Fumus Boni Juris y el Periculum in mora, este último, representado, entre otros elementos, por el peligro de fuga y una posible ocultación u obstaculización de los medios de prueba, señalando para que se establezcan estos requisitos, en primer lugar, los criterios objetivos, los cuales se originan producto de circunstancias que dan la pauta para indicar que se ha configurado materialmente el delito en mención, y en segundo lugar, los llamados criterios subjetivos, los cuales se deduce por las mismas condiciones de forma y modo en que se efectuó el ilícito penal en comendo, por lo tanto, estipula que el procesado continúe en detención provisional.</p>	
<p>argumentos de la parte recurrente</p>	
<p>El presente Recurso de apelación fue interpuesto por el defensor particular en contra de la resolución que decretó detención provisional, argumentando que el juzgador erró en la fundamentación al decretar dicha medida, debido a que no se valoraron los arraigos presentados a favor del procesado al no haberse acreditado el peligro de fuga; sin embargo, el tribunal Ad-quem consideró procedente confirmar dicha medida, debido a que de la documentación presentada no era suficiente para tal fin.</p>	
<p>Análisis de la cámara.</p>	
<p>Después de realizar un análisis por parte de la Cámara, esta establece que las consideraciones</p>	
<p>hechas por parte de la señora Jueza, en las culpes hace énfasis en que los documentos presentados como arraigos no son suficientes, y el “Periculum In Mora”, persiste, dada la gravedad de la posible pena a imponer al procesado, ya que de acuerdo al art. 13 Ley Especial Contra Actos de Terrorismo, establece que: “Los que formaren parte de Organizaciones terroristas, con el fin de realizar cualquiera de los delitos contemplados en la presente Ley, serán sancionados con prisión de ocho a doce años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas, serán sancionados con prisión de diez a quince años”; aunado a ello que según el art. 34 de la ley en comento, cuando concurra alguna o algunas de las agravantes allí contempladas, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado en el tipo penal. En ese orden, los parámetros para sustituir la detención provisional por otra menos gravosa no son suficientes, puesto que la documentación presentada como arraigos no desvanecen el peligro de fuga, por lo tanto, la cámara confirma lo actuado por el juez de la causa.</p>	

32-33-34-35-APE-16 ESPECIALIZADA DE LO PENAL; San Salvador, a las catorce horas treinta minutos del día nueve de febrero de dos mil dieciséis.	CÁMARA Delito: Organizaciones terroristas. Tipo de Resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva
Resolución del Juez Aquo	
<p>Todos los elementos de prueba para los imputados antes referidos, considera la suscrita que no son suficientes para tener por acreditado el arraigo laboral, domiciliario, la documentación presentada por los defensores particulares de los referidos imputados no hacen variar los elementos, tampoco acreditan de forma suficiente los arraigos, esto en aras de atender a los criterios que han venido sosteniendo la Cámara Especializada de lo penal, de ahí que, manteniéndose idénticos elementos que ya fueron desplegados y valorados en la Audiencia Especial, por lo cual no es posible sustituir la medida cautelar de detención provisional.</p>	
Argumentos de la parte recurrente	
<p>La defensa argumenta en su escrito de mérito que los presupuestos de periculum in mora, es posible debido a que también estimamos que concurre el fumus boni iuris, como primer presupuesto necesario para poder valorar la procedencia o no de la detención provisional, ya que a este momento procesal, de manera indiciaria se ha logrado establecer con probabilidad positiva, la existencia del delito que preliminarmente pueden ser calificados como Organizaciones Terroristas, por lo cual la apreciación del juez aquo cae en un error de apreciación a la hora de decretar no sustituir la detención proviene por otra medida menos gravosa.</p>	
Análisis de la cámara.	
<p>Al respecto la cámara considera que con la documentación presentada se ha logrado establecer los arraigos del procesado, ya que se cuenta con la certificación de partidas de nacimiento de sus tres hijos, quienes son menores de edad, y quienes dependen económicamente de él, lo cual al ser analizado junto con la documentación crediticia presentada, se desprende que el imputado es una persona activa laboralmente, ya que de no contarse con un respaldo económico, ninguna institución financiera o caja de crédito accedería a brindarle un crédito personal, situación que si ha ocurrido con la caja de crédito de Joco; la constancia de trabajo extendida por el señor, establece que el procesado trabaja como mecánico, y constituye un arraigo laboral, debemos recordar que en nuestro país muchas familias subsisten con trabajos u oficios informales, de los cuales no se cuenta con documentación que establezca de manera formal dicho trabajo, pero que no significa que no se deba contar como arraigo laboral; con el recibo de pago de energía eléctrica se intentó establecer el arraigo domiciliario, sin embargo dicho recibo está a nombre de otra persona y no se cuenta con ningún vínculo entre dicha persona y el imputado, sin embargo se ha logrado establecer tanto el arraigo familiar como el laboral del imputado, por lo que esta cámara considera que se cuenta con elementos suficientes para establecer que el procesado no se sustraerá del proceso, siendo que en el respectivo fallo se procederá a revocar la resolución que mantiene la medida cautelar de la detención provisional en la que se encuentra y en su defecto se procederá a sustituir la misma por otras menos gravosas.</p>	

127-128-APE-2016 CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. San Salvador, a las quince horas y doce minutos del día ocho de marzo de dos mil dieciséis	Delito: Agrupaciones Ilícitas , Tráfico de Objetos Ilícitos en Centros Penitenciarios, de Readaptación y Reeducativos Tipo de Resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva
Resolución del Juez Aquo	
<p>La señora Juez de la causa, considero que los procesados ejercen cargos de custodios asignados a la Penitenciaría Central La Esperanza, San Luis Mariona, en calidad de empleados de la Dirección General de Centros Penales, por lo cual, ellos desempeñan cargos donde perfectamente tienen conocimiento que al desarrollar este tipo de conductas se está infringiendo un tipo penal regulado por nuestra legislación en el art. 338-B del Código Penal, y al ponerse en circulación este tipo de objetos da como consecuencia una situación de peligro para la población interna en ese recinto penitenciario y un incremento en la comisión de delitos, así mismo se ha logrado determinar de que los aparatos celulares son utilizados con la finalidad de mantenerse comunicados con los miembros externos de las pandillas, que al mantener comunicación con los internos son puestos al tanto de la actividad delincencial afuera del Centro Penal y desde adentro del recinto son emitidas órdenes para cometer ilícitos penales, se valoró la documentación presentada en cuanto a los arraigos pero con ello no se tiene la certeza de que lo imputados se sustraigan del proceso.</p>	
argumentos de la parte recurrente	
<p>Recursos de apelación en contra de la resolución en que se decretó la detención provisional a los imputados, alegan los apelantes la falta de fundamentación ya que se adoptó dicha medida, por en el hecho de que todos los imputados eran “custodios” o “policías” dentro de los centros penales; de igual forma, denunciaron la ausencia de fundamentación probatoria indiciaria intelectual; además, sostienen que no concurren el Fumus Boni Iuris y el Periculum In Mora, ya que los elementos indiciarios proporcionados por la Fiscalía no cumplen con los requerimientos para imponer tal medida cautelar.</p>	
Análisis de la cámara.	
<p>La cámara hace referencia que la señora Jueza le presentaron diversos documentos a fin de acreditar arraigos, los cuales corren agregados al proceso, y constan en la audiencia de imposición de medidas, de la cual estamos conociendo, documentos que fueron valorados por la señora Jueza, por lo que no es cierto lo que sostiene la defensa, que no fueron tomados en cuenta, ya que tal como se registra en la audiencia de imposición de medidas, pero dichos documentos no son suficientes para disipar el peligro de fuga, por lo cual, la cámara toma a bien confirmar lo actuado por la jueza de la causa.</p>	

INC-73-74-75-76-APE-16 CÁMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL; San Salvador, a las quince horas y cuarenta minutos del día siete de marzo de dos mil dieciséis.	Delito: Organizaciones Terroristas. Tipo de resolución: Interlocutorias con fuerza de definitiva
Resolución del Juez Aquo	
El juez establece que se debe tener presente que la defensa particular ha presentado partidas de nacimiento de los hijos década uno de los procesados, con lo que se demuestra estrecho vínculo familiar, como también se ha logrado establecer ese arraigo domiciliario y laboral, en igual sentido se debe valorar que están en la posibilidad de presentar una caución económica la aplicación de medidas sustitutivas a la detención en la que se encuentran los procesados, aclarando, la suscrita jueza que la apariencia de buen derecho concurre en el presente caso, más no el peligro de fuga, en cuanto se valora que a favor de los indiciados...con la documentación presentada hasta esta etapa, se ha logrado sustentar que acredita el arraigo de los procesados teniendo cada uno un caso particular, con los cuales se colige que no concurre el peligro de fuga y que los procesados no se apartaran del proceso, ni habrá retardado en el procedimiento. Por lo tanto, aplicará una FIANZA, como medida alterna.	
argumentos de la parte recurrente	
La parte fiscal recurre estableciendo que se debe de hacer alusión, a lo establecido en el Art. 335	
numeral 1° Pr. Pn., en el que se regula lo relativo a la “Cesación de la Detención Provisional”, e cual expresa que ésta medida cautelar personal cesará “Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida”; lo cual no ha ocurrido en el presente caso, ya que las circunstancias que llevaron al Juez ad quo a decretar la sustitución de la Detención Provisional por las “mínimas” medidas menos gravosas, son las mismas que la fiscalía consideró y fundamentó para decretar la detención administrativa, por considerarla necesaria, pertinente y jurídicamente procedente, ante la comisión del delito atribuido, argumentándose en la mencionada resolución, como variante, contar con la documentación presentada por los defensores respectivos para establecer los arraigos de los imputados, lo cual como ya se dijo son incongruentes.	
Análisis de la cámara.	
La cámara hace un análisis de la documentación que la defensa del procesado presenta, con la cual, logra establecer los arraigos domiciliario, familiar y laboral del mismo, puesto que se logra establecer que el imputado tiene un hijo menor de edad y compañera de vida quienes dependen de él económicamente, asimismo que reside junto con ellas en el inmueble ubicado en Barrio, etc., por lo tanto confirma lo actuado por el juez de la causa.	

586-APE-13 CAMARA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, San Salvador, a las diez horas cuarenta y cuatro minutos del día catorce de febrero del año dos mil catorce.	Delito: Extorsión Tipo de Resolución:
Resolución del Juez Aquo	
El juez toma a bien analizar toda la documentación presentada por la parte defensora del procesado, estableciendo que permite vislumbrar elementos de descargo, los cuales vienen a cambiar los elementos de juicio que originalmente sirvieron de base para decretar la medida cautelar de la detención provisional en contra del procesado; ya que los testimonios de los testigos mencionados, por lo cual, dio por terminado la detención provisional en la que se encontraba el procesado.	
argumentos de la parte recurrente	
La Representación Fiscal expresa que la controversia se basa en la denegatoria de la detención provisional por parte del juzgador, bajo el argumento que la prueba de descargo establece la no participación del imputado en el delito atribuido, utilizando para ello la figura de la cesación en una audiencia de revisión de medidas. Afirma que hay agravio pues se violentan los derechos de la víctima y el principio de legalidad, ya que según el resultado de la investigación, se determinó, que efectivamente existen los elementos de convicción suficientes para establecer la participación delincinencial del imputado en los hechos que se le imputan.	
Análisis de la cámara.	
La Cámara colige, que en el artículo 335 del Código Procesal Penal, se encuentran los supuestos en los cuales el juez puede aplicar el cese de la detención provisional, Por tanto, el surgimiento de prueba de descargo, en el sistema de pesos y contrapesos perfectamente válido, no está en el catálogo de opciones por las cuales un juez puede “cesar” la detención provisional así sin más. Por lo tanto, revoca la decisión del juez de la causa, y establece que el procesado continúen en detención provisional.	



ANEXO 2. Instrumento de investigación.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



Cuestionario para entrevista dirigido a Jueces y Magistrados del Sistema Penal Salvadoreño.

Presentación: Somos estudiantes egresadas de la carrera de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y el propósito de este cuestionario es recolectar información para el desarrollo de nuestro trabajo de investigación.

Objetivo: identificar las distintas líneas de criterios o lineamientos utilizado por los Jueces del sistema penal salvadoreño, al aplicar una medida cautelar de detención provisional o sustitutiva.

1. Con la aplicación del Fumus Boni Iuris para decretar una medida cautelar de detención provisional o una sustitutiva ¿Cómo se establece la participación del imputado sin adelantar criterios de su posible condena?
2. ¿Cuál es su criterio al aplicar la medida cautelar de detención provisional en el caso específico del artículo 329 Numeral 2 del Código Procesal Penal?
3. Procesalmente hablando ¿Quién está obligado a demostrar la existencia del Periculum In Mora?
4. El fiscal ¿debe de probar la posible obstaculización del proceso penal que puede ocasionar la probable fuga del imputado?
5. ¿Cuáles son los indicios (pruebas) que se deben de presentar para demostrar o desvanecer el Periculum In Mora?
6. La aplicación de la detención provisional atendiendo al artículo 331 inc. 2 del CPP ¿Puede caer en el escenario de ser una pena anticipada?
7. ¿Qué criterios ocuparía usted como Juez si la parte defensora logra desvanecer el peligro de fuga con la existencia de arraigos si el delito por el cual está siendo procesado el imputado se encuentra dentro del artículo 331 inc. 2 del CPP?
8. ¿Será el artículo 331 inc. 2 del CPP una excepción al principio de inocencia?

9. La sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?
10. La disyuntiva entre el artículo 331 inc. 2 del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad Jurídica?
11. ¿Cómo se puede impugnar la negatoria hecha por el Juez de celebrar audiencia Especial de Revisión de Medidas?
12. Usted como Juez ¿Qué criterios evalúa con respecto a la aplicación de una Medida Sustitutiva cuando el imputado se trate de un agente de la PNC procesado por algún delito cometido en el marco de sus funciones?
13. ¿Cuál es el procedimiento a seguir cuando el imputado que goza de Medidas Sustitutivas ha incumplido alguna de las condiciones de la misma?
14. ¿Qué condiciones debe reunir el imputado para que se le decrete una Medida Cautelar utilizando el dispositivo del brazalete electrónico? (sujeto, pandilla)
15. ¿Cuál es la eficacia del brazalete electrónico al momento de evaluar el cumplimiento de las reglas o conductas impuestas en la aplicación de una medida sustitutiva?

ANEXO 3. Respuestas de entrevistas.

Entrevista

Juez Cuarto de Paz

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

La Juez considera que es necesario analizar si se configura los presupuestos procesales para decretar la medida cautelar restrictiva de la libertad que se encuentra en el artículo 329 del CPP, es conveniente atender al artículo 331 inc. 2 del CPP, aunado a ello la gravedad de los delito ahí estipulado es mayor, en la instancia de paz se trabajó en base a indicios o elementos de convicción suficientes de la posible participación de los imputados en el delito que se les incrimina, evaluadas estas circunstancias, para la Jueza se sustenta la convicción razonable que los imputados podrían sustraerse de la acción de la justicia, en cuanto a la inseguridad jurídica si se puede dar ya que la discrepancia de criterios podría generar en la practica un problemática de esa índole

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

El artículo 331 inc. 2 del CPP nos exige a los juzgadores tener mayor cuidado con los delitos ahí contemplados y la sentencia viene a reafirmar lo estipulado en ese artículo, pero la problemática se genera a raíz de una mala redacción que se estipula en dicho artículo

3) Con la aplicación del Fumus Boni Iuris para decretar una medida cautelar de detención provisional ¿Cómo se establece la participación del imputado sin adelantar criterios de su posible condena y no vulnerar el principio de inocencia?

La participación atendiendo a la apariencia de buen derecho, pasa por una cuestión de probabilidad, dado que en la presente instancia (Juzgados de paz) se trabaja con indicios, diligencias iniciales de investigación, que nos dan la certeza de la posible participación del imputado en el cometimiento del delito.

4) ¿Cuál es su criterio al aplicar la medida cautelar de detención provisional en el caso específico del Artículo 329 numeral 2 de CPP?

En cuanto al periculum in mora, la detención provisional tiene que perseguir fines constitucionales dentro del proceso penal, los cuales son: averiguar la verdad y asegurar la aplicación objetiva de la ley, de esta manera la detención provisional ayuda a que se cumplan los fines del enjuiciamiento: averiguar la correcta imputación objetiva del procesado, evitar entorpecer el proceso, lograr el sometimiento del imputado al proceso y ejecutar la condena.

5) ¿Quién está obligado a demostrar la existencia del periculum in mora, será que el fiscal debe de presentar indicios suficientes para demostrar que el imputado se puede sustraer del proceso?

El imputado presenta los indicios y diligencias preliminares que se realizan para sustenta el requerimiento fiscal del mismo, es ahí donde se observa que el imputado puede o no sustraerse del proceso, por otra parte el defensor presenta documentación tratando de desvanecer el peligro de fuga, por lo cual ambas partes realiza su trabajo pertinente, es el juez aplicando la sana critica el que evalúa la existencia cierta de la posible sustracción del imputado.

6) ¿Cuál es el criterio que usted tiene para decretar una medida sustitutiva utilizando el brazalete electrónico y cuál es el procedimiento para imponer el mismo?

El juez debe de atender lo establecido en el artículo 329 en relación con el 331 inc. 1 y 332 del procesal penal, ahora bien, la aplicación del brazalete electrónico, se tiene que seguir un procedimiento, que inicia con la solicitud de una de las partes, si se decreta el uso del dispositivo se libra oficios para que se realice un estudio factico para tener la certeza de que la implementación del mismo funcionara.

Juez Quinto de paz

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

El artículo 331 inc 2 si bien es cierto guarda una prohibición para sustituir la detención provisional, pero la jurisprudencia ya nos establece criterios que como juzgadores tenemos que tomar en cuenta para decretar una medida cautelar de detención provisional, por otro lado el Código Procesal Penal en su artículo 329 estipula criterios puntuales que se tienen que tomar en cuenta para asignar una medida cautelar, por ende para este juzgado no se considera que existe una inseguridad jurídica.

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

La sentencia solo viene a reafirmar criterios que el juez tiene que tomar en cuenta para decretar una medida cautelar, en el caso del artículo 331 inc. Segundo no es la excepción a pesar de que en dicho artículo se logre apreciar una prohibición expresa.

3) Con la aplicación del Fumus Boni Iuris para decretar una medida cautelar de detención provisional ¿Cómo se establece la participación del imputado sin adelantar criterios de su posible condena y no vulnerar el principio de inocencia?

Lo que sucede con la apariencia de buen derecho es que el juez solo tiene que tener la certeza de que el hecho fue cometido sin que se entre a evaluar el fondo del delito, esta certeza la arroja los indicios de investigación y los elementos de convicción que en esta instancia se cuentan.

4) ¿Cuál es su criterio al aplicar la medida cautelar de detención provisional en el caso específico del Artículo 329 numeral 2 de CPP?

Para establecer el peligro de fuga se consideran elementos objetivos y subjetivos, entre los subjetivos podemos mencionar la gravedad del delito imputado, entre los elementos subjetivos esta la posible participación del imputado, esto ayuda al juzgador para evaluar si existe peligro de fuga o no.

5) ¿Quién está obligado a demostrar la existencia del periculum in mora, será que el fiscal debe de presentar indicios suficientes para demostrar que el imputado se puede sustraer del proceso?

Ambas partes están obligadas, por un lado tenemos al fiscal, que trata de sustentar su acusación y en ella dejar notar que hay probabilidad de que el imputado se fugue, y por el otro lado, tenemos al defensor, que tratar de desvanecer ese elemento.

6) ¿Cuál es el criterio que usted tiene para decretar una medida sustitutiva utilizando el brazalete electrónico y cuál es el procedimiento para imponer el mismo?

La aplicación del brazalete electrónico, nace a raíz de una solicitud de una de las partes, decretándose el uso del dispositivo se libra oficios a la Dirección General de Centros Penales para que realice un estudio factico para tener la certeza de que la implementación del mismo funcionara, teniendo es estudio se libra oficio al Centro Penal donde se encuentra recluido el imputado para que se le proceda a instalar el dispositivo y se le deje en libertad.

Juez Sexto de Paz

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

Si existe inseguridad jurídica, ya que es evidente que hay juzgados que aplican la norma de forma taxativa y otros que lo aplican atendiendo la sentencia y haciéndolo potestativamente; además de la sentencia 37-2007, existe la sentencia 4-41-2009 emitida por la Sala de lo Constitucional que también da lineamientos para que el juzgador pueda proceder a la aplicación de una medida cautelar de detención provisional atendiendo al artículo 331 inc. 2.

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

Por la no uniformidad de criterios que existe a raíz de la aplicación taxativa del artículo 331 inc. 2 de CPP y por otro lado la valoración potestativa de la sentencia 37-2007 en cuanto a decretar una detención provisional, el Juzgado sexto de paz,

considera viable someter el artículo en mención a una reforma, para solucionar esa problemática y tener una sola línea de criterios para los juzgadores.

3) Con la aplicación del Fumus Boni Iuris para decretar una medida cautelar de detención provisional ¿Cómo se establece la participación del imputado sin adelantar criterios de su posible condena y no vulnerar el principio de inocencia?

Es de tener en cuenta que en la instancia de Paz se valoran hechos indiciarios en relación al imputado, lo que significa, que el juez de paz evaluara la existencia del hecho, para que se puede elevar la causa a instrucción, pero para que ello pase, se valoran los elementos de convicción que, como ya se dijo, sirven para que el Juzgador de Paz obtenga una certeza de que los hechos han ocurrido, es de destacar que estos elementos de convicción no constituyen prueba como para entrar a valorar el fondo del delito.

4) ¿Cuál es su criterio al aplicar la medida cautelar de detención provisional en el caso específico del Artículo 329 numeral 2 de CPP?

Cuando hablamos del Periculum In Mora, se tiene en cuenta dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, al valorar dichos elementos, esto le otorga al juzgador de paz la convicción necesaria para imponer la detención provisional atendiendo el inciso segundo del 329 del CPP.

5) ¿Quién está obligado a demostrar la existencia del periculum in mora, será que el fiscal debe de presentar indicios suficientes para demostrar que el imputado se puede sustraer del proceso?

Es evidente que la existencia del peligro de fuga es una posibilidad que se incrementa a medida que los elementos que rodea el delito aumentan, como la gravedad, pena, alarma social, bien jurídico afectado, etc., es evidente que la parte defensora intentara desvanecer el peligro de su cliente, por otra parte, es claro que la obligación de probar la existencia del peligro de fuga es del fiscal, es por ello que él tiene que presentar los indicios necesarios para que el juez pueda pensar que el imputado se puede sustraer del proceso, más si el imputado muestra signos de reincidencia o goza de otro tipo de medida.

6) ¿Cuál es el criterio que usted tiene para decretar una medida sustitutiva utilizando el brazalete electrónico y cuál es el procedimiento para imponer el mismo?

Los criterios que el juez ocupa para decretar una medida sustitutiva, son los que ya se establecen en el artículo 329 en relación con el 331 inc. 1 y 332 del procesal penal, ahora bien, para asignar a un imputado la portación del brazalete electrónico se valorara la solicitud hecha por la parte defensora, posteriormente se librara oficio a la dirección de centros penales Para que realice un estudio de factibilidad y por último se procede a comunicarse con la dirección de centros penales para que se le instale el dispositivo al imputado y se le deje en libertad con medidas sustitutiva, es importante destacar que el brazalete electrónico no se le impondrá a aquellos sujeto que están siendo procesados por delitos graves, que tengan participación en grupos criminales, delitos con alarma social alta. La aplicación de esta alternativa electrónica es muy difícil aplicarla, y que es una opción nueva y moderna, el procedimiento es un poco engorroso a la hora de su aplicación.

Juez Primero de Instrucción

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

Para decretar la detención provisional es de tener en cuenta la valoración de los criterios que la ley penal nos da en el artículo 329, la inseguridad jurídica puede llegar a surgir cuando se decreta una detención provisional en virtud a un artículo como lo es el caso del 331 inc. Segundo y no a una ley, puesto que el Código Procesal Penal ya establece los criterios que se deben de analizar y valorar para decretar la detención provisional, es por ello que no se pueden tomar otros parámetros para valorar la aplicación o no de dicha medida cautelar.

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

La valoración del artículo 331 inc. Segundo va a depender de la aplicación que cada juzgador realice, a criterio personal de este juzgado, es indiferente si este artículo está dentro del ordenamiento penal o no, puesto que de alguna manera el artículo

329 del procesal penal ya valora la situación que expresa el 331 inc. Segundo. Más que todo este artículo obliga al juez a fundamentar sus resoluciones de porque se le puede otorgar una medida sustitutiva en los delitos contemplados por el artículo 331 inc. Segundo.

3) ¿Cuáles son los indicios (pruebas) que se deben de presentar para demostrar o desvanecer el periculum in mora?

Para demostrarla presencia del peligro de fuga, la fiscalía presenta documentación que desde la acta de remisión y captura del imputado, cadena de custodia, medios de pruebas periciales, prueba testimonial, por otra parte, la parte defensora puede aportar documentación tratando de establecer arraigos, es de tener muy en claro que los arraigos tiene que ser establecidos de manera suficiente, y a mayor gravedad del delito se tiene que presentar suma atención a ellos.

4) ¿Qué tipo de resolución es la que deniega la celebración de la audiencia especial de revisión de medidas y cuál es la forma adecuada de impugnarla? Esta pregunta no se realizó.

5) ¿Qué condiciones debe de reunir el imputado para que se le decrete una medida cautelar utilizando el dispositivo del brazalete electrónico?

Se valora tomando en cuenta los criterios establecidos en el artículo 329 de CPP para imponer una medida sustitutiva, la imposición del brazalete electrónico se decreta en audiencia, se otorga el término de recurrir, pasado este término se libran oficios para que la dirección general de centros penales Realice el estudio de factibilidad, si el estudio arroja que no es factible la imposición del brazalete electrónico el juez buscara alternativas para solucionar ese problema, que puede ser, imponiendo más medidas sustitutivas de las que ya se habían asignado.

6) Para los agentes de la Corporación Policial, ¿Qué criterios se evalúan con respecto a la aplicación de una medida sustitutiva?

Si bien es cierto, en un momento determinado se manejó que para los delitos que los agentes de la policía cometían, iban a ser sometidos a un proceso especial, pero hoy en día eso no es así, lo criterios y medidas que se valoran en estos casos son

los mismos que se contemplan en cualquier delito cometido por cualquier persona, ahora bien, lo que puede aplicar en estos casos puntuales con los policías es el análisis de si existe una exclusión de responsabilidad penal a favor del agente de policía, si se han cumplido los requisitos que conforman el estado de necesidad inculpante, para observar si el actuar del agente policial fue en legítima defensa.

Juez Segundo de Instrucción

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

Esta disposición no genera ninguna inseguridad jurídica, puesto que para decretar una medida cautelar de detención provisional deben de cumplirse los presupuestos de apariencia de buen derecho y el de peligro de fuga, ya pre establecidos por el artículo 329 del CPP, lo que sucede con el 331 inc. Segundo, es que manda al juez a tener un mayor cuidado a la hora de valorar las medidas cautelares en cada uno de los delitos ahí establecidos.

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

La sentencia y el artículo tratan de reforzar lo que ya está estipulado en cuerpos normativos como la Constitución y el Código Procesal Penal, la valoración de criterios y lo más importante la fundamentación adecuada de las diferentes resoluciones y sentencias emitidas por los juzgados y tribunales del sistema penal.

3) ¿Cuáles son los indicios (pruebas) que se deben de presentar para demostrar o desvanecer el periculum in mora?

Cada una de las partes presentan lo necesario con la finalidad de demostrar la presencia del periculum in mora, la fiscalía presenta documentación indiciaria, medios de pruebas periciales, prueba testimonial, por otro lado la parte defensora puede aportar documentación tratando de establecer arraigos, estos arraigos tiene que demostrar que el imputado tiene un perfil en el cual se pueda tener esa perspectiva que atenderá y se someterá voluntariamente al llamado de la justicia.

4) ¿Qué tipo de resolución es la que deniega la celebración de la audiencia especial de revisión de medidas y cuál es la forma adecuada de impugnarla? Esta pregunta no se realizó.

5) ¿Qué condiciones debe reunir el imputado para que se le decrete una medida cautelar utilizando el dispositivo del brazalete electrónico?

La imposición del brazalete electrónico se decreta en audiencia, se otorga el término de recurrir, pasado este término se libran oficios para que la dirección general de centros penales Realice el estudio de factibilidad, si el estudio arroja que no es factible la imposición del brazalete electrónico el juez buscara alternativas para solucionar ese problema, que puede ser, imponiendo más medidas sustitutivas de las que ya se habían asignado, los criterios a tomar en cuenta son los que ya establece el artículo 329 del cpp 6) Para los agentes de la Corporación Policial, ¿Qué criterios se evalúan con respecto a la aplicación de una medida sustitutiva?

Los agentes de policía son procesados como cualquier ciudadano, en un momento se contempló que serían sometido a un proceso especial, esto no se llevó a la práctica, por ende se someten a un proceso con las condiciones que cualquier otro, lo criterios y medidas que se valoran en estos casos son los ya establecidos en el Código Procesal Penal.

Juez Tercero de Instrucción

1) La disyuntiva entre el artículo 331 inc segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

No genera inseguridad jurídica pues que el juzgador no se centra a evaluar una medida cautelar de detención provisional solo por la disposición de un artículo, para decretar una detención provisional se tiene que evaluar criterios y una amplia gama de elementos que rodea el proceso y el hecho delictivo en sí, los criterios a evaluar son los contenidos en el artículo 329, entre los elementos podemos evaluar principio como el de inocencia, si hay una inconscientica que genere duda en el juzgador aplicar el “indubio pro reo” o lo más favorable al imputado, por ende, la inseguridad

jurídica no hace del artículo, tal vez puede surgir con la diversidad de criterios que existen.

2) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc 2 del CPP?

Esta sentencia lo que viene a hacer es tomar en consideración los diferentes principios que el juez debe de valorar para imponer una detención provisional, el artículo contempla delitos con una gravedad mayor, por lo cual el juez tiene que tener mayor atención a la hora de decretar una medida cautelar respecto a estos delitos.

3) ¿Cuáles son los indicios (pruebas) que se deben de presentar para demostrar o desvanecer el periculum in mora?

Los documentación indiciaria, medios de pruebas periciales, prueba testimonial, presentados por fiscalía son indispensables para establecer que existe un peligro de fuga, mientras que la aportación de documentación tratando de establecer arraigos, hechos por la parte defensora, los arraigos tiene que demostrar que el imputado se someterá voluntariamente al llamado de la justicia.

4) ¿Qué tipo de resolución es la que deniega la celebración de la audiencia especial de revisión de medidas y cuál es la forma adecuada de impugnarla? Esta pregunta no se realizó.

5) ¿Qué condiciones debe de reunir el imputado para que se le decrete una medida cautelar utilizando el dispositivo del brazalete electrónico?

La utilización de esta herramienta tecnológica se acuerda en audiencia, a raíz de una solicitud previa hecha por alguna de las partes, común mente es la parte defensora la que toma a bien dicha iniciativa, posteriormente se otorga el termino de impugnación o de recurrir, posteriormente el juzgado libran oficios para que la dirección general de centros penales Realice el estudio de factibilidad, si el estudio arroja que no es factible la imposición del brazalete electrónico el juez buscara alternativas para solucionar ese problema, que puede ser, imponiendo más medidas sustitutivas de las que ya se habían asignado, los criterios que el juzgador evalúa en

estas circunstancias, son los que el código procesal penal ya establece, los que enmarca el artículo 329, 331 y 332.

6) Para los agentes de la Corporación Policial, ¿Qué criterios se evalúan con respecto a la aplicación de una medida sustitutiva?

En un principio se tenía que los agentes de policía se iban a procesar implementando un enjuiciamiento especial, sin embargo, eso ya no se llevó a cabo, por lo cual, se implementa las mismas condiciones ya establecidas por el código penal y procesal penal, en lo que se pone mucha atención por parte del juzgador es en la posible exclusión de la responsabilidad penal, puesto que los agentes de policía muchas veces actúan en circunstancias donde dos bienes jurídicos entran en conflicto, en el cual uno de ellos prevalecerá y el otro resultara trasgredido, es por ellos que muchas veces opera la exclusión de responsabilidad penal para el actuar de los policías.

CÁMARA SEGUNDA DE LO PENAL

1. ¿Cuál es el criterio judicial para fundamentar la detención provisional o una medida sustitutiva a la misma?

Al respecto se detalla que el artículo 341 CPP sostiene que: “La resolución que imponga la detención, internación provisional, una medida sustitutiva o alternativa, o las deniegue, será apelable”

Esta Cámara se encuentra en toda la facultad de corroborar si los argumentos judiciales se encuentran apegados a los elementos vertidos en el proceso, tomando en cuenta que si bien es cierto el artículo 331 CPP en el párrafo segundo establece lo siguiente:

“No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos”.

Cabe destacar, que tal y como se ha establecido en los primeros apartados de la presente resolución, para que concurra la aplicación de la detención provisional como medida cautelar, es necesario que concurren dos elementos sustanciales, siendo estos, la apariencia de buen derecho - *fumus bonis iuri* - y el peligro de fuga - *periculum in mora* - ya que serán los elementos sustanciales que determinarán la posibilidad de acceder a aquella medida, sin embargo, al no presentarse una de ellas, cabe la posibilidad legal que el Juez otorgue medidas sustitutivas a la detención provisional, valorando de manera integral las circunstancias que rodean la circunstancia particular de cada procesado.

CAMARAS DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO

Cuál es el criterio de Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro en relación a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del código penal respecto a la prohibición de la aplicación de medidas sustitutivas cuando se trate de delitos que están catalogados en el artículo anterior; respecto al estudio detallado podemos encontrarnos con la resolución de apelación con referencia 253-2017.

En donde la parte apelante (FISCAL) aduce que el señor Juez de instrucción de Ilopango, en audiencia Especial de revisión de medidas, resolvió que el imputado, quedaría sujeto a medidas sustitutivas a la detención. Y uno de los señalamientos que hace es que sí bien es cierto la detención provisional, como medida cautelar no es la regla general, el legislador como regla especial señala una serie de delitos entre los cuales se establece el, que en este caso se trataba del delito de extorsión y por lo cual no se puede aplicar una medida diferente a la detención provisional, y que esta disposición no es inconstitucional ya que no vulnera ninguno de los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por nuestro país a efecto de asegurar la vinculación del imputado, además en ningún momento el defensor particular del imputado estableció que este tuviera algún tipo de arraigo, a efecto de establecer que de alguna manera este sujeto cumpliría con las medidas impuestas.

De lo anterior la cámara realiza un análisis jurisprudencial mediante la aplicación de la sentencia de inconstitucionalidad con referencia número 37-2007, bajo la perspectiva que, a pesar de la existencia de dicha disposición, es necesario que

cada Juez identifique y valore las circunstancias en cada caso y analizar de manera individual si es procedente la aplicación de la detención provisional o no.

Cabe destacar, que tal y como se ha establecido en los primeros apartados de la presente resolución, para que concurra la aplicación de la detención provisional como medida cautelar, es necesario que concurren dos elementos sustanciales, siendo estos, la apariencia de buen derecho - *fumus bonisiuri* - y el peligro de fuga - *periculum in mora* -ya que serán los elementos sustanciales que determinarán la posibilidad de acceder a aquella medida, sin embargo, al no presentarse una de ellas, cabe la posibilidad legal que el Juez otorgue medidas sustitutivas a la detención provisional, valorando de manera integral las circunstancias que rodean la circunstancia particular de cada procesado.

Es claro afirmar que la cámara comparte el criterio de la sala de lo constitucional bajo los lineamientos que afirma para la aplicación de una detención provisional legal debe cumplir con los requisitos de los dos elementos objetivos que establece el artículo 329 del c.pr.pn y no quedarse con la aplicación taxativa del artículo 331 del mismo código, ya que esto podría generar una vulneración al principio de legalidad.

Por lo que se indica es que para imponer la detención provisional, lo que se le exige al Juez es motivación, es decir, exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga o demora. La concurrencia de tales presupuestos por sí mismos, no conduce automáticamente a la imposición de la detención provisional, dado que en tanto el peligro de fuga.

En igual apreciación nos podemos encontrar con el recurso con referencia 337-2017 en donde se refleja el mismo criterio al manifestar que para imponer la detención provisional, lo que se le exige al Juez es motivación, es decir, exponer las razones fácticas y jurídicas por las cuales está convencido que concurre la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga o demora. Así la Cámara 2° de lo Penal de la primera sección del centro, en reiteradas ocasiones ha señalado cuál debe ser la correcta interpretación y aplicación del artículo 331 inc.. 2 CPP., tal como consta en los incidentes de apelación 81-2015-3(4) de las 10:46 del 13/03/2015, 228-15-4 de

las 15:15 del 14/08/2015, 370- 2015-4 de las 14:10 del 22/12/2015, 046-2016-4 de las 14.40 del 26/02/2016, 245-2016-7 de las 11:30 del 06/09/2016, 373-2016-7 de las 12:00 del 01/12/2016, 373-2016-7 de las 12:00 del

01/12/2016, 419-2016-7 de las 09:00 del 23/12/2016, 129-2017-7 de las 08:49 del 06/04/2017, y 201-2017-7 de las 14:00 del 12/06/2017 entre otros.

LA SALA DE LO PENAL

1) En casación, la disyuntiva entre el artículo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿puede alegarse inseguridad jurídica a la hora de aplicar dicha normativa?

Recordemos que el recurso de casación debe de encajar en alguno de los numerales del artículo 479 del procesal penal, dicho recurso se utiliza para enmendar agravios concluyentes, en cumplimiento de sus principales fines institucionales, en defensa del derecho objetivo, seguridad jurídica, aplicación igualitaria de la ley, unificación de la jurisprudencia, justicia del caso concreto y la legalidad del debido proceso, que en principio suponen la consumación de las fases procesales de conocimiento, es decir, en casación solo se conoce de aquellas sentencias y autos que pongan fin al proceso o tengan que ver con el objeto ultimo del proceso, que la pena, eso significa que no todo auto es recurrible en casación, no admiten casación, por ejemplo, aquellas decisiones que retrotraen el proceso a la primera Instancia, sea para la reposición de actuaciones declaradas inválidas o sea para el desarrollo de la fase del juicio en los supuestos de revocación del sobreseimiento definitivo o provisional o, en su caso, las que resuelven una situación incidental, como son las que refieren a las medidas cautelares. En específico tampoco tiene el carácter de definitivo la decisión jurisdiccional que confirma la sustitución de la detención provisional por otras menos gravosas.

2) Con la aplicación del Fumus Boni Iuris ¿Cómo se establece correctamente la participación del imputado sin vulnerar el principio de inocencia?

La participación del imputado es la certeza que tiene el juez, de que el hecho existe y también existe un posible vínculo entre la persona procesada y el delito, para ello

el Código Procesal Penal ya establece los requisitos de cómo establecerla, por una parte tenemos lo relativo al artículo 329, que expone una serie de criterios para hacer dicho examen.

3) Con escasos elementos de convicción o un *mínimum* probatorio que no logres sostener la apariencia de buen derecho, ¿puede la Cámara de lo Penal ordenar un sobreseimiento a un juez de paz?

Siendo el sobreseimiento una figura que pone fin al proceso penal de forma anticipada, esta tiene que cumplir requisitos establecido en el Código Procesal Penal, los cuales se encuentran en el artículo 350 del CPP, siendo enfático los casos en los que procede el sobreseimiento definitivo y más cuando el juez de paz puede decretarlos, la sala reside en garantizar el respeto al debido proceso y sus garantías, a través de una evaluación motivada de elementos probatorios concretos que permitan decidir de una forma más certera las condiciones derivadas de la existencia del delito y la participación del mismo, esto lo podemos encontrar en el Artículo 350 Numerales 1, 2 y 3 del Código Procesal Penal.

De la interpretación de los Artículos 350 y 351 en relación con los Artículos 300 y 358, todos Procesal Penal, se deduce que el Juez de Paz está inhabilitado para dictar dichas resoluciones, exceptuándose el caso del Sobreseimiento Definitivo en los supuestos de extinción de la acción penal por las razones señaladas en el Artículos 350 Inciso final del Procesal Penal, siendo una potestad adjudicada sólo al Juez de Instrucción.

El pronunciamiento de un Sobreseimiento Definitivo en una etapa inicial, quebranta la nueva visión aportada en el proceso penal, ya que en ese momento, no existiendo los elementos suficientes para poder tener la certeza de los parámetros que regula el Art. 350 No. 1 del Procesal Penal; por consiguiente, en este supuesto, la Cámara estaba inhabilitada para dictaminar un Sobreseimiento Definitivo con un *mínimum* probatorio, siendo necesaria la fase de investigación a efecto de valorar la procedencia o no de tal terminación anormal del proceso, en todo caso, se estaría ante la presencia de un pronunciamiento de decisiones arbitrarias e ilegales.

4) Atendiendo el artículo 493 del Procesal penal, el cual establece que durante la tramitación del recurso de revisión, el juez o tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de la libertad. ¿Para imponer una medida cautelar en este caso, se analizan los preceptos establecidos en el artículo 329 del procesal penal?

El recurso de revisión procederá en cualquiera de los supuestos del artículo 489 del procesal penal en relación con el artículo 494 inc. 5° CPP "La nueva sentencia que se dicte en virtud de la revisión admitirá apelación si es proveída por un tribunal de primera instancia o casación si es pronunciada en segunda instancia". Es decir, que dentro de la tramitación del recurso de Revisión, sólo son procedentes los mencionados recursos en el supuesto específico cuando se dicta la nueva sentencia.

Esa nueva sentencia, con fundamento en el inciso primero del citado art. 494 CPP tiene lugar en dos situaciones: a) Cuando el juzgador anula la sentencia condenatoria firme y pronuncia directamente la sentencia de revisión resolviendo el fondo de la pretensión recursiva, sin realización de un nuevo juicio; b) En segundo lugar, también constituye una nueva sentencia, la que se dicta como resultado del nuevo juicio. Por consiguiente, la resolución proveída en este caso por el Tribunal de Sentencia de Sensuntepeque, en la que anuló la sentencia condenatoria firme y ordenó un nuevo juicio, no se incardina en la regla de impugnabilidad objetiva antes relacionada.

Es de aclarar que una resolución de esta magnitud, tiene que **constituir sentencia definitiva** conforme al art. 143 inc.2° CPP para que sea apelable según el art. 468 CPP; y tiene que tener efectos jurídico procesales, del tipo de autos que regula el art. 464 inc.1° CPP, *poniéndole fin al proceso o imposibilitando su continuación*.

Por lo cual, el artículo 493 CPP declara apelable la decisión de suspender la sentencia condenatoria recurrida y ordenar la libertad del acusado o el sometimiento a medidas cautelares no restrictivas de la libertad personal, ya que en estos casos las facultades resolutorias del tribunal de apelación (art. 459 inc.1° CPP) están circunscritas al tema de **la medida cautelar aplicada y lo relativo a la libertad**

personal del condenado mientras se sustancia el recurso de revisión, pero no para reexaminar la pretensión de fondo de la revisión, como se efectúa muchas veces de forma errónea. Para ello se tiene que valorar el criterio del artículo 329 inc.iso segundo, referente al peligro de fuga, mas no de la apariencia de buen derecho porque ya no es objeto de análisis en el presenta caso.

SALADE LO CONSTITUCIONAL

1) ¿Se puede dictar una detención provisional de forma automática atendiendo el articulo 331 inc.iso segundo del Código Procesal Penal?

La detención provisional no puede ser adoptada ni denegada su modificación por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello llevaría a fundamentar la naturaleza de tal medida cautelar como mecanismo punitivo para la prevención de los delitos, y por tanto, su entendimiento como pena anticipada. Entonces, no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, solo porque al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo ya mencionado; ello, además, equivaldría a tratarlo como “presunto culpable” irrespetando el estado de inocencia que reconoce la Constitución. Por tanto, dicha prohibición no puede entenderse como una presunción de derecho que no admite prueba en contrario y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas.

2) La disyuntiva entre el articulo 331 inc. segundo del CPP y la sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿genera de alguna manera inseguridad jurídica?

La Sala de lo Constitucional menciona en aquella sentencia que el catálogo de delitos contemplados en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial, puesto que ello tiene que suponer un **elemento indiciario** dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado, esto significa que el juez no puede dictar la detención provisional de forma automática, ya que decretarla de esta manera se estaría cayendo en una ilegalidad. No genera inseguridad jurídica puesto que la Sala

recalco, que la sentencia de inconstitucionalidad 37-2007 tendría el carácter de sentencia aditiva.

3) La Sentencia 37-2007 de la Sala de lo Constitucional ¿Genera una solución en cuanto a la aplicación del artículo 331 inc. 2 del CPP?

El artículo en cuestión manda a que el juez debe ponderar también además de lo referido a la gravedad del delito, otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial, La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal” así como la existencia de causas de exclusión de responsabilidad penal. El artículo 331 inc. iso segundo del Código Procesal Penal, no puede entenderse como presunción de derecho, pero si como un llamado al juzgado de prestar más atención a los delitos establecidos en dicho artículo.

4) Al no atender la taxatividad del artículo 331 inc. iso segundo del CPP por mandato de la sala de lo Constitucional ¿Se estaría cayendo en el escenario de la “omisión de una norma”?

Lo que sucede en este caso, es la aplicación de los supuestos del art. 331 CPP requieren una interpretación conforme a la Constitución, y por ello, ese mandato normativo NO TIENE ENTIDAD AUTÓNOMA Y DECISIVA para justificar por sí mismo la imposición de la detención provisional, tal medida que es la más extrema requiere siempre de la concurrencia de los peligros procesales, además examinar su necesidad y proporcionalidad según el caso concreto, por ende, cuando se entra a valorar un delito de los consagrados en el artículo en mención, Se tienen que analizar los criterios ya establecidos en el artículo 329 del CPP.

5) ¿Son suficientes los arraigos familiares, domiciliarios y laborales para desvanecer el peligro de fuga en caso de los delitos que se encuentran en el artículo 331 inc. segundo de CPP?

Los arraigos no pueden ser rechazados automáticamente; al decretarse la detención provisional basándose en una disposición legal que incorpora una prohibición expresa de sustituir dicha medida cautelar, se estaría vulnerando el principio de inocencia, el compromiso por parte de los defensores en mayor, puesto que la aportación de arraigos tiene que ser contundente en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 331 del procesal penal.

6) ¿Los plazos que debe durar la detención provisional en el caso del catálogo de delito es la misma que para otros delitos?

El artículo 8 CPP establece como límites temporales máximos de la detención provisional: 12 meses para delitos menos graves y 24 meses para delitos graves, aunque en estos últimos es posible ampliar el plazo por 12 meses más, durante o como efecto del trámite de los recursos de la sentencia condenatoria y mediante resolución debidamente fundada.

Estos tiempos máximos no significan que los procesos penales deban extenderse de manera injustificada durante el total de esos rangos temporales, sino únicamente que la detención provisional, bajo ninguna circunstancia, podrá mantenerse más allá de ellos, puesto que excedido el plazo la ley prevé cesación de la privación de libertad en base al artículo 335 N° 3 CPP.

7) ¿Se puede decretar una medida sustitutiva utilizando el brazalete electrónico en cualquiera de los delitos del artículo 331 inciso segundo del procesal penal?

Al no configurarse la apariencia de buen derecho o el peligro de fuga, se puede sustituir la detención provisional por otra medida cautelar menos gravosa, siendo preferibles los dispositivos de vigilancia electrónica previstos en la Ley Reguladora del Uso de Medios de Vigilancia Electrónica en Materia Penal.

ANEXO 4. Desarrollo de autos obtenidos en investigación de campo.

Referencia	18-ORD-2-18	
Juzgado	Cuarto de Paz de San Salvador	
Delito	Extorción Agravada	
Pena	10 a 15 años, más 3° parte si es agravado	
Periodos de instrucción	Pre instrucción, Audiencia Inicial	
Tipo de resolución	Interlocutoria simple	
Audiencia especial	No	
Situación del imputado	Procesado con Detención Provisional	
Clase de medida sustitutiva	No	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS	
A pesar de la solicitud hecha por la parte defensora de aplicar medidas sustitutivas, la Señora Jueza considera necesario que el Imputado se mantenga en detención provisional para salvaguardar los fines del proceso.	Ninguno	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
<ol style="list-style-type: none"> 1) La Juzgadora considera que se configura los presupuestos procesales para decretar la medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria de los procesados. 2) El delito de extorción agravado es un delito grave 3) Existen elementos de convicción suficientes de la posible participación de los imputados de los imputados en el delito que se les incrimina 4) Evaluadas estas circunstancias, para la Jueza se sustenta la convicción razonable que los imputados podrían sustraerse de la acción de la justicia 5) Al dejar en libertad a los imputados con medidas sustitutivas, estos podrían influir en el comportamiento de la víctima o pueden entorpecer actos concretos de investigación, conocen el lugar donde la víctima labora. 		
Fallo		
<ol style="list-style-type: none"> 1) Ordénese la continuación del proceso y decretese la detención provisional en contra de los imputados 2) Te tendrá por incoada la acción civil 3) Se remite el proceso penal al juzgado cuarto de instrucción de San Salvador 		

Referencia	164-5-2016
Juzgado	Quinto de Paz
Delito	<ol style="list-style-type: none"> 1) Homicidio en primer grado, 2) Posesión de arma de fuego durante un crimen violento, 3) Posesión de arma de fuego sin licencia, 4) No presentarse ante tribunal.
Pena	Procesado conforme a leyes estadounidenses
Periodos de instrucción	Solicitud de Extradición

Tipo de resolución	Interlocutoria simple	
Audiencia especial	No	
Situación del imputado	Detención Provisional con fines de extradición	
Clase de medida sustitutiva	No	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR		ARRAIGOS
Atendiendo el art 28 y 182 N° 3 de la Constitución, tratados internacionales, la Corte Suprema de Justicia comisiono al Juzgado 5° de Paz de San Salvador para que conociera y trámite la solicitud de extradición realizada por los Estados Unidos.		Ninguno
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
1) Se valora la gravedad de los delitos 2) Se le atribuye cargos de no presentarse voluntariamente a tribunales 3) Se decreta la detención provisional para fines de extradición, puesto que no existe garantía suficiente para pensar que el imputado se vaya a someter voluntariamente al proceso que se instruye en su contra.		
Fallo		
1) Decrétese la detención provisional únicamente para fines de extradición. 2) Se libra oficios al Director de la policía nacional civil a fin de que proceda a la captura del encausado. 3) Se libra oficios al Directora General de Migración para que se le restrinja la salida del territorio nacional al imputado		

Referencia	4-2019
Juzgado	Primero de Instrucción
Delito	Posesión y Tenencia de Droga
Pena	Uno a tres años de prisión y multa de cinco a mil salarios mínimos.
Periodos de instrucción	Audiencia preliminar
Tipo de resolución	Interlocutoria simple
Audiencia especial	No
Situación del imputado	Sustitución de medida cautelar de Detención Provisional y colocación del brazaletes electrónico.
Clase de medida sustitutiva	1) Prohibición de cambio de domicilio 2) Imposición del dispositivo de vigilancia electrónica 3) Prohibición de acercarse a cualquier frontera o aeropuerto del territorio nacional 4) Obligación a presentarse los días martes a tribunal de sentencia por asignar 5) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	
ARRAIGOS	

Teniendo presente el artículo 27 de la Constitución, la pena como sanción en el proceso penal vigente tiene funciones esencialmente correctivas de los declarados por ellas como: delincuentes, educativas y formadoras de hábitos de trabajo de la procuración de su readaptación y de prevención de futuros hechos punibles, es por ellos que al no haberse impuesto penal al imputado,	Ninguno
debe de considerarse que si los centros de readaptación para las personas procesadas y las condenadas no están cumpliendo con los fines de la pena ya mencionados, es no solo razonable, sino también justificable que los imputados que no han sido condenados y sobre los que únicamente pesa medida cautelar de detención provisional, pueda recuperar su libertad bajo condiciones que garantizan su comparecencia al juzgado o tribunal que tramita su proceso, atendidos a ese fin esencial se sustituirá la medida antes dicha	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
1) Se identifica la droga incautada, su peso y valor monetario 2) Al ser la detención provisional una medida cautelar instrumental, es decir, de garantizar la presencia del imputado en las diligencias, actos de investigación o audiencias en la que se requiere al imputado indispensablemente, tomando en cuenta que a la instancia que está en el proceso, esos fines ya se alcanzaron y la etapa de instrucción ya concluyó, es razonable y justificable el cambio de medida cautelar.	
Fallo	
1) Sustitúyase la medida cautelar de detención provisional por: <ol style="list-style-type: none"> Prohibición de cambio de domicilio Imposición del dispositivo de vigilancia electrónica Prohibición de acercarse a cualquier frontera o aeropuerto del territorio nacional Obligación a presentarse los días martes a tribunal de sentencia por asignar Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas 2) Se remiten las actuaciones al tribunal sexto de sentencia.	

Referencia	165-2028-5/ BE-RGG-CES
Juzgado	Primero de Instrucción
Delito	1) Agrupaciones Ilícitas 2) Tenencia, portación o conducción ilegal o irregular de armas de fuego.
Penas	Tres a Veinte Años de Prisión
Periodos de instrucción	Audiencia preliminar (en suspenso por la declaratoria de rebeldía al imputado)
Tipo de resolución	Interlocutoria simple
Audiencia especial	No
Situación del imputado	Detención Provisional con fines de extradición

Clase de medida sustitutiva	Medias sustitutivas interpuestas por el juzgado décimo de paz: 1) No cambiar de residencia 2) Presentarse cada quince días a esta cede judicial 3) Prohibición de salir del país	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR		ARRAIGOS
1) Incumplimiento de las medidas sustitutivas 2) Conforme al artículo 86 literal a del CPP, es procedente declarar la rebeldía al imputado por el incumplimiento de las medias sustitutivas		Ninguno
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
1) En este caso la detención provisional cumple los principios de instrumentalidad, jurisdicción, provisionalidad y rebus sic stantibus. 2) La conducta del imputado al incumplir con las medidas sustitutivas que se le asignaron, habilita al Juez para decretar la detención provisional conforme al artículo 330 número 1 y 2 del Código Procesal Penal. 3) En el presenta caso, existe la apariencia de buen derecho y el peligro de fuga incrementa a raíz del comportamiento que presenta el imputado. 4) El delito de agrupaciones ilícitas al tener una pena de prisión que va entre los tres a veinte años, de conformidad al artículo 18 del CP se trata de un delito grave, aunado a ello, la conducta del imputado de no atender las medidas sustitutivas que se le decreto por el juez de paz. El juzgado de instrucción considera que la medida cautélela de detención provisional es necesaria para la consecución y alcance de los fines del proceso.		
Fallo		
1) Declárese rebelde al imputado. 2) En consecuencia decrétese la detención provisional. 3) Líbrese oficio a la División de Cumplimiento de Disposiciones Judiciales de la Policía Nacional Civil para hacer efectiva la orden de captura. 4) Líbrese oficio a la Dirección General de Migración y Extranjería a efecto que se restrinja la salida del país y emisión de pasaporte del procesado. 5) Se deja en suspenso la audiencia preliminar señalada por la declaratoria de rebeldía y ausencia del imputado.		

Referencia	56-9-2018
Juzgado	Segundo de instrucción
Delito	1) Tráfico ilícito de drogas 2) Actos preparatorios. 3) Proposición, conspiración y Asociación delictiva.
Pena	Tráfico ilícito de drogas – 10 a 15 años de prisión Actos preparatorios - 1 a 3 años de prisión. Proposición y conspiración – 6 meses a 2 años de prisión.
Periodos de instrucción	
Tipo de resolución	Interlocutoria simple

Audiencia especial	Si
Situación del imputado	Al momento de celebrarse la audiencia especial de revisión de medidas, uno de los imputados se encuentra con detención provisional y el segundo se ha declarado rebelde.
Clase de medida sustitutiva	No
ARRAIGOS PRESENTADOS.	
ARRAIGOS	ARRAIGOS
Imputado 1: 1) Declaraciones Juradas 2) Certificación de partida de Nacimiento de un hijo del encausado	Si
3) Recibos simples en concepto de alquileres de apartamento 4) Talonario de pago que hace constar que el hijo del encausado estudia segundo año de bachillerato. 5) Certificación de partida de nacimiento. Imputado 2: 1) Certificado de Partida de Nacimiento 2) Certificado de partida de nacimiento de 3 menores de edad, hijos del procesado 3) Declaración jurada 4) Constancia de ser cliente de una empresa 5) Constancia suscrita por el presbiterio de una parroquia 6) Constancia de antecedentes penales 7) Constancia de registro y antecedentes policiales 8) Certificación del departamento de personas detenidas de la Corte Suprema de Justicia. 9) Se ofreció como garantía hipotecaria ciertos inmuebles para lo cual se presentó certificación de la propiedad Raíz e Hipoteca, informe pericial de inmueble	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	
<p>Imputado 1: Es de tener en cuenta que paralelo a los arraigos se debe de considerar el criterio de la “apariencia de buen derecho”. Al analizar los arraigos aportados por el “imputado 1” se debe de considerar la suficiencia de los mismos de que el imputado se va a someter al proceso, y dado que al encausado se le procesa por dos delitos, uno de ellos se considera grave respecto a la pena a imponer, el juzgado no estima conveniente sustituirle la medida cautelar de detención provisional.</p> <p>Imputado 2: Se ha presentado diversos arraigos, los cuales ayudan a determinar el perfil de una persona, con ello crear una certeza razonable de que el imputado será responsable de someterse al proceso, la persona tiene un núcleo familiar, tiene un asiento domiciliar y una actividad lícita en la que se desarrolla, además se valora que la gravedad de los delitos es poca, los arraigos se han establecido de forma mínima pero suficiente, por lo cual es procedente sustituir la detención provisional.</p>	
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
<p>Imputado 1: 1) Evaluando las declaraciones juradas para establecer arraigos, la Cámara Segunda de lo Penal ha descartado considerarse a las declaraciones juradas no se pueden</p>	

tomar en cuenta para fundamentar arraigos, no obstante, la señora Juez del Juzgado segundo de instrucciones del criterio que de estas declaraciones juradas únicamente se puede acreditar la existencia de la persona que acude ante un notario.

2) La certificación de partida de nacimiento del hijo del encausado y el talonario de pago de colegiatura, no demuestra en lo más mínimo que el imputado tiene un perfil de una persona promedio y que puede ser ubicado o que se someterá de manera voluntaria la proceso.

3) Al imputado se le imputan do delitos, siendo estos el de Actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas; el segundo es el de tráfico ilícito de drogas. Siendo el primero considerado un delito menos grave atendiendo a la pena que se puede llegar a imponer, el segundo es un delito grave, por este último, se tienen que valorar con mayor cautela los arraigos presentados. Imputado 2:

1) Se han presentado diversos arraigos, los que ayudan a determinar el perfil de un sujeto, es decir la probabilidad de que el imputado se someta al proceso de forma voluntaria. 2) Se observa que el imputado tiene un núcleo familiar

3) Posee un asiento domiciliar

4) Una actividad lícita en la que se desarrolla

5) En acta de detención el imputado manifestó ser hijo de la señora "X" vínculo que se acredita con la certificación de partida de nacimiento presentada.

6) En las declaraciones juradas presentadas se advirtió una inconsistencia, pues al parecer el imputado tiene dos hogares, teniendo con ello la existencia de tres direcciones distintas, dos de las mujeres que dicen ser su pareja y la dirección del domicilio de la madre, pero en virtud de la poca gravedad del delito que se le imputa, los arraigos se han establecido de manera mínima pero sufrientes.

Fallo

1) Declárese no ha lugar a sustituir las detención provisional del "imputado 1" a quien se le imputa los delitos de tráfico ilícito y actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas.

2) Declárese ha lugar la solicitud de sustituir la detención provisional para el "imputado 2" a quien se le imputa el delito de actos preparatorios, proposición, conspiración y asociaciones delictivas, e impóngase las medidas sustitutivas de: 1) residir en una de las direcciones establecida en la resolución del auto, 2) presentante al juzgado cada 15 días, 3) la prohibición de salir del país, 4) rendir una caución económica por una cantidad de 500 dólares, 5) colocación de un dispositivo de vigilancia electrónica, con la prohibición de acercarse a fronteras terrestres, marinas y áreas.

Referencia	155-18-10 ADAM
Juzgado	Tercero de Instrucción
Delito	Homicidio agravado
Pena	30 a 50 años
Periodos de instrucción	Fase de instrucción
Tipo de resolución	Interlocutoria simple
Audiencia especial	Si
Situación del imputado	Procesado con Detención Provisional

Clase de medida sustitutiva	<ol style="list-style-type: none"> 1) Imposición de un brazalete electrónico y podes desplazarse en todo el territorio nacional a excepción de las zonas fronterizas; 2) Presentarse cada quince días a Firmar a esta cede judicial
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR	ARRAIGOS
<p>La audiencia especial de revisión de medidas se requirió por la parte defensora, puesto que se realizó una reconstrucción de los hechos por parte del Juzgado Tercero de menores; de la cual, se puede concluir que lo manifestado por parte del testigo presenta inconsistencia, es decir, la credibilidad de lo expuesto por el testigo de cómo sucedieron los hechos carece de credibilidad.</p>	Ninguno
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:	
<ol style="list-style-type: none"> 1) El presenta caso se sustenta principalmente por el testimonio de una persona que presencio lo hechos. 2) El Juzgado Tercero de Menores que tiene una vinculación íntima con el presente caso realizo una construcción de hechos; del cual, de detecto ciertas inconsistencias de lo expuesto por el testigo, siendo las más importantes, que el imputado estaba aproximadamente 25 metros de distancia de donde ocurrieron los hechos a horas de la noche, siendo imposible que el imputado pueda ver detalles, como rostros, escuchar conversaciones y observar exactamente lo que estaba ocurriendo 3) A pesar de que la parte fiscal alego que el delito en el presenta caso, es un delito que se encuentra en el catálogo del artículo 331 inc 2 del CPP, y al ser un delito grave según el artículo 18 del CP, el Juez es del criterio de atender la solicitud de revisión de medidas, respaldándose en la sentencia 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 emitida por la Sala de lo Constitucional, la cual establece criterio de que la detención provisional es una medida de carácter excepcional, en la que se deben de precisar para su adopción las razones fácticas y jurídicas que la justifiquen o fundamenten. 4) En base a lo aportado en el presente caso y para que la convicción judicial este constituida y al margen de todo subjetivismo, debe de apegarse a las reglas de la sana critica. 5) A criterios del juzgado y por las inconsistencias que existen en lo expuesto por el testigo, genera dudas en el Juez de la participación del encausado en el delito que se imputa. 6) En base al art 4y 5 del CPP en relación con el 12 de la Cn que hace referencia al Indubio Pro Reo y al principio de inocencia, es conveniente sustituir la detención provisional por medidas menos gravosa. 	
Fallo	
<ol style="list-style-type: none"> 1) Sustitúyase la detención provisional por: Imposición de un brazalete electrónico y podes desplazarse en todo el territorio nacional a excepción de las zonas fronterizas; presentarse cada quince días a Firmar a esta cede judicial 	

ANEXO 5. Desarrollo de sentencia de inconstitucionalidad 37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007 dictada en contra del artículo 331 inciso segundo del Código Procesal Penal.

Referencia	37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007	
Juzgado	Sala de Lo Constitucional	
Acto reclamado	Inconstitucionalidad del artículo 331 inc 2 del CPP	
Derechos Vulnerados	Presunción de inocencia y derecho a la libertad física.	
Periodos de instrucción	Inconstitucionalidad	
Tipo de resolución	Sentencia definitiva	
Audiencia especial	No	
Situación del imputado	Procesado con medida cautelar de detención provisional dictada de manera automática.	
Clase de medida sustitutiva	No	
MOTIVOS POR LOS CUALES CAMBIAR		ARRAIGOS
Esta sentencia marca un antes y un después con la polémica enmarcada en el artículo 331 inc segundo; artículo que encierra una prohibición expresa de no sustituir la detención provisional en ciertos delitos, convirtiéndose esta práctica en una regla general, vulnerando de esta manera toda clase de derechos y principios, tanto constitucionales como procesales.		Ninguno
CRITERIO DEL JUEZ AQUO:		
<ol style="list-style-type: none"> 1) <i>El catálogo de delitos</i> contemplados en el artículo 331 inciso segundo del Procesal Penal es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo 2) La Sala estima que la detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a su entendimiento como pena anticipada. 3) El juez debe ponderar también además de lo referido a la gravedad del delito otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado. 4) La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal. 5) El catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho. 		
Resolución		
<ol style="list-style-type: none"> 1) Declárase que, en el art. 331 inc. 2° del Código Procesal Penal, no existe la inconstitucionalidad advertida en relación con la supuesta violación al deber de motivación deducido de los arts. 7.3 CADH, 9.3 del PIDCP en relación al art. 144 de la Constitución y a la independencia judicial consagrada en el art. 172 Cn. 2) Notifíquese la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso. 3) Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado. 		