

F. J. y CS.
Ej. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

LA LIBERTAD PROVISIONAL

TESIS

PRESENTADA POR

LUIS HERNAN MARTINEZ RODRIGUEZ

PREVIO AL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO



SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C. A.

1967

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE EL SALVADOR

R E C T O R :

Doctor Angel Góchez Marín.

S E C R E T A R I O G E N E R A L

Doctor Gustavo Adolfo Noyola.



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y
CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O :

Doctor René Fortín Magaña.

S E C R E T A R I O :

Doctor Fabio Hércules Pineda.



T R I B U N A L E S E X A M I N A D O R E S

PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES

ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE.....Dr. Manuel René Villacorta
PRIMER VOCAL.....Dr. Francisco Bertrand Galindo
SEGUNDO VOCAL.....Dr. Francisco José Retana

PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALE Y

MERCANTILES

PRESIDENTE.....Dr. Manuel Arrieta Gallegos
PRIMER VOCAL.....Dr. Miguel Antonio Granillo
SEGUNDO VOCAL.....Dr. Ernesto Arrieta Yúdice

PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION

Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE.....Dr. Francisco José Retana
PRIMER VOCAL.....Dr. Francisco Bertrand Galindo
SEGUNDO VOCAL.....Dr. Javier Angel

ASESOR DE TESIS.....Dr. Arturo Zeledón Castrillo

APROBACION DE TESIS

PRESIDENTE.....Dr. José Enrique Silva
PRIMER VOCAL.....Dr. Marcel Orestes Posada
SEGUNDO VOCAL.....Dr. Antonio Morales Ehrlich

=====

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO

A mi esposa VILMA ADELA MEDINA DE MARTINEZ, como una ofrenda a nuestro recíproco y sincero cariño

A mi hijita VILMA GUADALUPE MARTINEZ MEDINA, quien con sus travesuras y caricias ha hecho menos tedioso el camino del estudio.

A mis padres HECTOR ANTONIO MARTINEZ y OLIMPIA RODRIGUEZ DE MARTINEZ, a quienes sinceramente les ofrezco este trabajo a sus esfuerzos realizados.

A mis hermanos Edgar Vicente, Juan Francisco, Rafael Francisco y Carlos Antonio, con profundo cariño.

A mis estimables suegros Rafael Medina y Adela Novellino de Medina, como testimonio al cariño y alientos en esta dura lucha.

Al estimado matrimonio, como a sus hijitos, formado por Daniel Eloy Gómez y Gladys Medina de Gómez.

Al Doctor Arturo Zeledón Castrillo, por su valiosa ayuda en el presente trabajo.

Con profunda estima a Doña Amelia Díaz de Novellino.

A mis familiares, compañeros de estudio y de trabajo y amigos.

oooo0oooo

LA LIBERTAD PROVISIONAL

PRIMERA PARTE

ASPECTO DOCTRINARIO

CAPITULO PRIMERO.- a) INTRODUCCION que comprende:

- 1) Terminología de la libertad provisional
- 2) Concepto
- 3) Su naturaleza y fijación de caracteres, y
- 4) Justificación de la libertad provisional.

b) SISTEMA DE ORGANIZACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL,
que se desarrolla así:

- 1) ¿Quién puede decretar la libertad provisional?
- 2) ¿Cuándo debe decretarse la libertad provisional?
- 3) Sujeto titular de la libertad provisional
- 4) Condiciones de procedencia de la libertad provisional.
- 5) ¿Pueden los terceros o extraños a un proceso criminal solicitar este beneficio a favor del procesado? y
- 6) Conveniencia o inconveniencia de este beneficio.

CAPITULO SEGUNDO.- a) La fianza como garantía necesaria para el logro de este beneficio, que comprende:

- 1) Concepto y objetivo de fianza, Su naturaleza y caracteres;
- 2) Clases de fianza y sus distintos objetivos o propósitos, primeramente en materia criminal, después en lo civil, mercantil, administrativo, laboral y en el derecho tributario, - dándose en este punto nociones objetivas y ejemplos consignados en las respectivas leyes;
- 3) Realización de la fianza;
- 4) Regulación de la fianza;

5) Condiciones necesarias para la rendición de la fianza, criterios para calificar la aptitud del obligado a la rendición de la misma:

- a) Como poseedor de bienes suficientes,
- b) Como poseedor de bienes aunque gravados pero con margen razonable para cubrir la obligación,
- c) Como persona de reconocida honorabilidad o buena fama,
- d) Como representante legal, tutor, curador, etc.,
- e) Otros.

CAPITULO TERCERO.- a) VIGENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL, que comprende:

- 1) Tiempo de duración,
- 2) ¿Cuándo es procedente en el desarrollo del proceso criminal pendiente? Justificación.
- 3) Procedencia posterior a la terminación del proceso,
- 4) ¿Es lo mismo libertad condicional que libertad provisional? Procedencia de estas Instituciones y su diferencia.
- 5) Revocación de la fianza que asegura la libertad provisional en las siguientes situaciones:
 - a) En el proceso aún pendiente,
 - b) Cuando el procesado goza de este beneficio, estableciéndose los motivos o causas por los cuales procede su revocación y
 - c) Efectos de la revocación, su cancelación.

CAPITULO CUARTO.- Del objeto de la fianza como presupuesto necesario para obtener particularmente la libertad provisional, y que comprende lo siguiente:

- 1) Objeto inmediato,
- 2) Objeto mediato,
- 3) De las diversas garantías que sirven de objeto a la fianza para obtener este beneficio:
 - a) Primeramente de la fianza,
 - b) De la consignación,
 - c) De la hipoteca,
 - d) Cancelación de estas garantías.

SEGUNDA PARTE

Del aspecto legal o jurídico de la libertad provisional o excarcelación bajo fianza en nuestro Código de Instrucción Criminal, que comprende:

- a) Del comentario de los Arts. 84 al 98 del Código de Instrucción Criminal vigente.
- b) Casos prácticos que comprenden en relación a algunos de los detalles respecto a los delitos en los que el procesado puede obtener este beneficio a través del articulado indicado.
- c) Casos en nuestra legislación en que el Juez puede ordenar al Fiador la presentación en juicio del procesado en determinado tiempo contra el aporte del valor que importa la garantía.
- d) Deficiencias en la aplicación que hace nugatoria los

efectos de la cancelación de fianza con objeto que el procesado vuelva a prisión.- Lagunas.

e) Reformas a proponer para un mejor funcionamiento de la Institución en estudio.

f) Recursos ante la denegatoria de la libertad provisional.

g) Jurisprudencia sobre esta materia distribuída en los artículos objeto de comentario, ya señalado.

h) Conclusiones.

Este planteamiento de comentarios, crítica, proposición de reformas, jurisprudencia, etc.; se irá acomodando oportunamente al artículo en turno comentado; así se llevará un ordenamiento en la exposición del presente trabajo.

L A L I B E R T A D P R O V I S I O N A L

ASPECTO DOCTRINARIO

PRIMERA PARTE

CAPITULO I

A.- Al tratar sobre el tema de la libertad provisional en su aspecto doctrinario y legal, he pensado en aportar por medio de opiniones que en contra de muchas de suyo categóricas o dogmáticas han servido para impulsar una buena voluntad de transcribir en lo posible todo lo que un aprendiz del Derecho trata de saber o indagar al encontrarse al travez de las páginas de su Código, el tema de la libertad provisional. De todos son conocidas las consecuencias prácticas o efectos de la misma, así como su estudio y desarrollo a la luz de la vida judicial diaria del país; por ello, es para mí satisfacción llevar el planteamiento de la misma aunque no con la precisión debida, pero al menos ese es un propósito y cuando éstos se hacen con dedicada intención, los errores sirven para formar opiniones que la aguda inteligencia del estudioso puede reparar en base al contenido de nociones generales.

Este trabajo comprende dos partes, repartidas cada una en diversos Capítulos, en la primera se exponen nociones doctrinarias de tipo fundamental para tenerse los resortes necesarios que conllevan lo que debe entenderse por libertad provisional, así como de su presupuesto o condición "sine qua non" como es la fianza u otra garantía que hace posible su realización; también se trata de los sistemas de su organización, nociones sobre la fianza su vigencia y desenvolvimiento, de su revocación por determinadas causas, su extensión o cancelación y terminación de este beneficio.

La segunda parte de la presente tesis conlleva un estudio de las disposiciones legales que regulan en nuestro Código de Instrucción Criminal el estudio de la libertad provisional, comprendida entre los Arts. 84 al 98 I., en este apartado he tratado de exponer situaciones producto de alguna experiencia obtenida en el propio campo de batalla del futuro abogado como son indiscutiblemente los Tribunales de Justicia en materia criminal, también el entusiasmo me aventura a la proposición de reformas sobre el articulado, el señalamiento de lagunas o inoperabilidad de esta Institución, asimismo la indicación de la jurisprudencia nacional en que se ha obtenido aplicación práctica de la misma. Comencemos pues esta aventura de buena voluntad.

1) TERMINOLOGIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.- Esta cuestión a través del tiempo y según los países ha variado de terminología, aunque en el fondo sus efectos son casi insensiblemente diferentes; así tenemos que en nuestro país es común oírse hablar de la excarcelación bajo fianza, de libertad bajo fianza, de excarcelación garantida, aún de libertad provisional, otras veces hasta se confunde con otra institución como es la libertad condicional, que tiene otro objeto, y que se explicará oportunamente; también en otros países se habla al referirse a este tema de la libertad bajo fianza simplemente o de libertad bajo protesta, de libertad caucional como la relaciona el destacado autor mexicano Julio Acero. Por otra parte los autores que se han ocupado de este tema la llaman por algunos de los términos referidos, así en-

contramos al profesor español Enrique Jiménez Asenjo que la estudia por libertad provisional; la misma terminología usa el también maestro de Derecho Español don Enrique Aguilera de Paz, el autor argentino Luis A. Barberis la trata bajo el título de libertad - bajo fianza; en consecuencia, de estas indicaciones referidas por no citar más nos llevan a la conclusión que se ha denominado de diferentes formas, aún hasta como libertad bajo palabra, ausente este medio de garantía; pero en el fondo coinciden las denominaciones al menos en cuanto a los efectos.

2) CONCEPTO DE LIBERTAD PROVISIONAL.- Es aventurado comenzar a desarrollar este punto en el sentido de definir lo que se debe entender por ello; pues la mayoría de veces las definiciones no comprenden de una manera universal, sintética y finalista, todo un contenido; es por ello que en el desarrollo de esta Institución he creído necesario transcribir algunas de éstas con sus correspondientes observaciones adaptadas al medio nacional:

a) Dice el eminente autor español Jiménez Asenjo ya citado, que la libertad provisional puede definirse como: "aquella situación personal en que se condiciona el disfrute de la libertad natural de un reo, expreso o presunto, al cumplimiento de una determinada conducta personal".(1)

La definición de este Autor es a mi entender de naturaleza finalista, porque al indicar que es de tipo personal en lo que se condiciona al disfrute de una libertad que cualifica de natural, nos está indicando o señalando la definitiva finalidad -

(1) Derecho Procesal Penal. Enrique Jiménez Asenjo, Pág. 87.

de la misma, en otras palabras nos dice que sirve para conceder al reo la facultad de no permanecer en el recinto carcelario respectivo; en cuanto a la cualificación de natural estimo que no es una posición exacta, más bien confusa como toda emanación filosófica, materia que por querer un estudio universal trata de abarcar todo sin conseguir nada; particularmente entiendo que libertad natural conlleva el estado obvio de su significado, como es la situación aunque relativa de un recién nacido, como la decisión que puede adoptar el hombre en general tanto en estado de, o no -reclusión sin entrar a decisiones reglamentarias o de convencionalismos sociales; en definitiva, entiendo que la libertad es una y no se puede en consecuencia hablar de otras de tipo natural, -civil o filosóficas y lo mejor y más indicado en este caso será hablar de libertad carcelaria. Añade el relacionado autor de que sujeto de este beneficio es un reo expreso o presunto, concepto o aspecto en el que el suscrito también no está de acuerdo porque nuestra legislación al otorgar este beneficio no entiende que la decisión final por una sentencia esté marcando la pauta para poderse gozar; es decir, que se otorga este beneficio cuando el -proceso está pendiente de su resolución siendo en este sentido -que sí cabe hablar de un presunto reo cuya situación como indíqué no se ha decidido, o lo que es mejor sí se ha juzgado declarándole inocente o culpable; yo entiendo que el autor cuando indica lo expreso a la persona del reo se refiere cuando éste hubiere confesado judicialmente su delito o participación, pero

aún en este caso nuestra legislación considera que hay un expreso carácter de reo respecto al imputado, pues en los delitos señalados por nuestro Código de Instrucción Criminal, 283 I., no es una situación definitiva pues se puede modificar durante el proceso ^{en} la circunstancia inicial de su concesión por variaciones de la prueba que varíe la inicial concesión de la misma, no obstante el presupuesto procesal indicado; por otra parte la definición apunta da tiene un carácter penitenciario cuyo efecto al menos inmediato tiende a servir de aliciente o premio al detenido.

El autor argentino Luis A. Barberis cita en su obra "Código de Procedimientos en Materia Penal", la opinión del no tan me nos notable autor de esa misma nacionalidad, Vélez Mariconde (Pág. 410) lo que se entiende por excarcelación en el sentido siguiente: "La excarcelación permite evitar o hacer cesar la prisión cuando el procesado suministra a cambio de su persona una garantía económica (caución real o personal), que cumplirá las obligaciones que le sean impuestas (en primer término, la de residencia), o así lo promete (caución juratoria) (2).-

En todo caso agrega, la excarcelación es una promesa, - con o sin garantía económica de comparecencia oportuna, de sometimiento a la orden judicial y a la ley, como vemos esta definición es suficientemente en grado relativo para encajar lineamientos den tro del articulado de nuestro Código porque comprende:

a) El efecto deseado mediante este beneficio, cual es - hacer cesar la reclusión del procesado,

(2) Código de Procedimientos en Materia Penal por Luis A. Barberis; Pág. 410.-

b) Apreciación económica en general o meramente representativa de un valor de responsabilidad pecuniaria, pues nuestra legislación permite las garantías personales y reales, como denotamos en la fianza e hipoteca, respectivamente, en la que se hace un prometimiento, valga la redundancia con una responsabilidad personal o real; por otra parte, se admite la consignación o sea el entero pecuniario o efectivo, pro el aseguramiento de la misma;

c) Abarca esta definición consecuencias amplias no sólo durante la tramitación del proceso antes de la decisión final por una sentencia, sino que comprende indicaciones de residencia de lo que nada práctico se legisla actualmente en nuestro país y sólo aplicable a los requisitos precautorios fijados por los Jueces en materia de libertad condicional;

d) Finalmente sólo estimo que no se aplica lo llamado caución juratoria por el expresado autor en nuestra materia penal, tal como se entiende en materia civil conforme al Art. 780 C., en el Título del Usufructo, materias que según tratadistas es propia de un contrato accesorio para asegurar mediante juramento la entrega de muebles, para el uso personal del usufructuario y su familia. De las dos definiciones traídas a cuenta comprendemos que la libertad provisional viene a servir como una Institución necesaria de la vida práctica del país; pues su justicia, su procedencia, son necesarias para hacer cesar una prisión que más que readaptativa resulta ser en nuestro medio contagiosa, desde luego que no se guarda en el sistema carcelario o penitenciario

salvadoreño la debida reglamentación o adecuación de delincuentes primarios, habituales, ocasionales y a veces hasta confundidos - con delincuentes, enfermos mentales, entendido ésto en aspecto de enagenación mental, como degeneramiento abonado por el medio y otras variadas circunstancias; por otra parte denotamos que personas que han observado una conducta socialmente aprobada por la generalidad tienen que ir a prisión al menos preventiva cuando la fatalidad los envuelve en un común accidente de tránsito que deviene en un delito de homicidio considerado en grado de imprudencia y no se ve con justicia que la detención carcelaria llene en estos casos objetivos de readaptación, equidad moral y algún otro atributo conexo a esta situación; sostenemos, pues, que la libertad provisional relativa a conformidad de lo establecido por la ley en el Art. 86 I., es una ~~necesidad~~ necesidad sin perjuicio de agregado posterior de dicho artículo que tipifica delitos eminentemente de cariz político de lo que hablaremos al referirnos en la segunda parte de la presente tesis; por eso, considerándose en el terreno ~~terreno~~ terreno movedizo de las definiciones, el suscrito entiende por libertad provisional: aquel beneficio que obtiene el presunto indiciado dentro del proceso, mediante un prometimiento solemne (personal o real), para obtener su libertad aunque el proceso no hubiese - llegado a una resolución final (sentencia); pudiendo otorgarse esa garantía por una tercera persona extraña al proceso, quien se compromete a presentar a la persona del procesado cuando con motivo

legal y ante la debida requisitoria el funcionario judicial (Juez) lo ordene.

3) NATURALEZA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL Y FIJACION DE CARACTERES. = Para el estudio de esta situación tenemos que partir de los diversos presupuestos posibles que fijen con respecto a la Institución, el de que puede tener su basamento; es decir, si se trata de determinada situación dogmático-jurídico, de los que comúnmente conoce y maneja el estudioso del Derecho, así se nos ocurre preguntarnos si la libertad provisional será:

- a) Un contrato,
- b) Si será una Institución de Derecho Privado,
- c) Si es una Institución de Derecho Público,
- d) Si es un requisito de orden administrativo,
- e) Si es un beneficio o un derecho legal del reo.

Planteadas estas cuestiones entre varias conjeturas u opiniones que se pudieran expresar pasamos al estudio de cada una de las señaladas de una ~~manera~~ manera objetiva para evitar disgregaciones a más de las necesarias.

a) ¿Es un contrato la libertad provisional? Al examinar esta situación jurídica tenemos que apoyarnos en el Código Civil, Art. 1309 C., disposición que dice así: "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras o recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa"; de esta definición damos por aceptado que se trata de una convención que de la anterior situación resultan obligaciones recípro-

cas entre una o varias personas para con otra u otras; notamos que estas situaciones no proceden en la Institución, objeto de esta tesis, porque el contrato como fuente de obligaciones deviene de toda ausencia de vicio al consentimiento entre las partes contratantes y como se denota claro al otorgar el procesado o tercera persona la garantía para obtener su libertad provisional toma como causa su libre voluntad de que se otorgue accesoriamente la fianza u otra garantía para ese fin; es decir, no consiente libremente para ello porque al haber al menos presuntamente delinquido encontramos una causa mediata de su reclusión, como es el delito que se le imputa procesalmente por el cual se rinde la garantía precisamente para que cese la detención y no porque simplemente otorgue el contrato con un presupuesto de consentimiento ausente de toda necesidad de rendir ese prometimiento económico como ineluctable para obtener el antes dicho cese de la prisión. Finalmente no se puede decir sobre este punto que equivalga al contrato de fianza del Art. 2086 C. y siguientes por ser diferente la confección de ese instrumento y del acta de fianza rendida ante el Juez. Concluimos en este punto que no es un contrato la libertad provisional.

b) En cuanto a que sea una Institución de Derecho Privado caemos basados en las consecuencias señaladas en el apartado anterior, además entendemos que los procesos son de naturaleza pública al menos en la generalidad de los delitos investigados sin secretos dentro del proceso, prueba de ello, salvo

las excepciones legales, los procesos tienen su momento más notable y fundamental en la celebración de vistas públicas (jurados) en que la exposición de pruebas por las partes en forma oral está al alcance del curioso e interesados. Sobre este punto sostenemos que la libertad provisional no es una Institución de Derecho Privado.

c) Expuesta la anterior opinión pasamos al estudio de si es una Institución de Derecho Público; sobre ello comprendemos lo siguiente:

1) Por Institución comprendemos una, un todo organizado, algo compacto, referente en lo jurídico a una serie de normas compuestas de un núcleo también jurídico que regula todo un ordenamiento, como por ejemplo: el proceso criminal en sí;

2) La libertad provisional es una parte del proceso - que puede suceder ocasionalmente cuando los presupuestos legales lo ameriten; de manera que mal podríamos confundir una parte con el todo que lo contine; por tanto, aunque es parte del proceso - la libertad provisional, participa de la materia pública no puede ser por ello, una Institución particularmente de Derecho Público.

d) Pasamos seguidamente a investigar si es posible ubicar a la libertad provisoria como una medida de orden administrativo, sobre ello tampoco podemos determinar que sea un atributo de la libertad provisional dicha naturaleza, porque en todo Tribunal existe una organización propiamente administrativa en cuanto al funcionamiento de pagos de salarios, obtención de útiles de

trabajo, etc., muy distinto a lo materialmente jurídico concebido dentro de un proceso de lo cual forma parte la libertad provisional; es decir, el aspecto administrativo dentro de un Tribunal de Justicia es diferente a la tramitación inteligente, jurídica de un proceso determinado. Por tanto, estimamos que no es propio hablar de que la naturaleza de este beneficio sea de orden administrativo.

e) ¿Será la libertad provisional un beneficio o un derecho legal del reo? En este punto sí estamos de acuerdo con los fundamentos naturales y filosóficos de la libertad provisional, porque la práctica nos determina a pensar que aunque no se trata de una concesión graciosa que el funcionario judicial verifica al hacer cesar la detención del favorecido, sí nos está produciendo beneficios al menos mediatos entre ellos;

1) Evitar una mayor detención a delincuentes ocasionales como el citado caso del accidente de tránsito;

2) Evitar el trato o contacto de personas socialmente buenas con delincuentes de toda clase de conductas;

3) Reparar lo naturalmente aceptable conforme a las situaciones estudiadas en el literal a).- Por todas estas razones, estimo que la libertad provisional es un beneficio y a la vez un derecho del reo, así simplemente sin el atributo de legal - porque es entendido que no se otorgan derechos inconformes a la ley, pues si no es así concebida una facultad se termina en arbitrariedades, abusos del Derecho, o simplemente ilicitudes; cabe

agregar que este beneficio tiene que basarse en el Derecho a solicitarla para el fin ya señalado de hacer cesar la detención en veces injusta; también tenemos que aceptar que es una situación de humanidad si se quiere y de orden práctico, toda vez que no se trate de delitos de naturaleza jurídica y socialmente graves.

FIJACION DE CARACTERES.- Diremos en primer lugar que es personal del procesado, puesto que en su concesión depende de circunstancias previamente señaladas por la ley; como de que no se sea reincidente, que el delito no sea grave en cuanto a su naturaleza. Antes de la reforma, nuestra Ley en el Art. 86 I., inciso último, bastaba con probarse la buena conducta y demás condiciones señaladas con un carácter previo para otorgar el beneficio, también se tomaba en cuenta la clase de delito cometido para otorgar o no la libertad provisional. Actualmente al tenor de nuestra ley no procede la excarcelación bajo fianza en delitos de hurto, robo, lesiones y otros por razones obvias y además por su continua repetición en nuestro ambiente nacional, por tanto, notamos que este beneficio simplemente gira en relación a los atributos personales del procesado en las circunstancias ya dichas. También es contingente porque su vigencia o permanencia depende en primer lugar del delito cometido (es decir que sea excarcelable en un momento dado), lo que puede cambiar o modificar dicho beneficio, como por ejemplo con un delito de estafa que aumenta la cuantía de lo defraudado en un momento posterior al en que se concedió el beneficio de excarcelación, es decir, -

que una situación modificativa consecuente a una pena ya no ex-carcelable al modificarse la pena por la cuantía aumentada posteriormente, entendido dentro lo inquisitorio de la parte sumarial de nuestro proceso criminal.

Es condicionada hasta cierto punto, pues se tendrá en cuenta el veredicto del Jurado (en la generalidad de los casos), para confirmarse con la declaratoria de inocencia, toda vez que no varíe a travez de superiores instancias por nulidad de veredicto o de procedimiento, o se revocare por declaratoria de culpabilidad del procesado.

Es indeterminada porque para colocarnos en la situación relacionada en la anterior conclusión dependerá de la rápida o dinámica tramitación del proceso, pues comúnmente el volumen notable de trabajo, escasez de personal técnico y humano dilata más de lo esperado el desenlace del mismo, de manera que se está sujeto a lo expuesto y además a que el Juez Instructor no engavete el proceso por parecerle o considerar no urgente la solución definitiva; asimismo, dependerá también del logro de sobreseimiento o extinción de la responsabilidad del reo decretado en tiempo relativamente corto o largo propio de su oportunidad.

Es práctica, pues a lograr cesar la detención del indiciado, produce un ahorro de gastos de alimentación al Estado -- en el régimen penitenciario,

Es necesariamente económica o representativa de una -

obligación valorativamente económica. Es imprescindible que comparezca una tercera persona a garantizar real o personalmente la salida de prisión del procesado para garantizar ello; por eso se entiende que el prometimiento puede ser personal o real como por ejemplo al verificar la consignación de dinero en el Tribunal.

4) JUSTIFICACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.= Expuesta la naturaleza, elementos de la libertad provisional, resulta justificablemente humano la concesión de este beneficio, pues no es un trámite de consecuencias nocivas al desenvolvimiento de un proceso aunque notamos como único pero en nuestra Legislación la ausencia práctica de una comparecencia ineludible por parte del procesado ya por su fiador o personalmente al ser requerido por autoridad competente, está desprovista de una regulación que determine entre otras cosas la obligación de no abandonar al menos el país el favorecido, de avisar el cambio de domicilio por alguna justificación, por ejemplo de tipo laboral o comercial; al respecto nos ocuparemos de estas lagunas en la segunda parte de esta tesis al proponerse reformas pertinentes a ello; pero a pesar de todo lo que se puede argumentar en pro y en contra de este punto se coincide por la generalidad nacional que es un beneficio humano, práctico y necesario que no debe estar ausente en nuestro Código por razones obvias.

B.- SISTEMAS DE ORGANIZACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

Dice el autor español Enrique Jiménez Asenjo (3) que dos son los sistemas seguidos para organizar la concesión de la libertad pro-

(3) Derecho Procesal Penal por Enrique Jiménez Asenjo, Pag. 89.

visional: uno el dejar al libre criterio judicial la apreciación de las circunstancias que aconsejen la libertad o prisión; o bien consignarse regladamente en la Ley a fin de evitar todo abuso y peligro de la arbitrariedad; pues a este propósito el autor también español, Aguilera, (4) cita al francés Flamand que entiende sobre de que allí donde la libertad de los ciudadanos se halle a merced de cualquier Juez sin ninguna clase de responsabilidad - tiene mucho adelantado al despotismo para entronizarse y la tiranía a desenvolverse. De lo expuesto en el párrafo transcrito, llegamos a la conclusión de que existen dos sistemas de organización de la libertad provisional: uno el arbitrio judicial y el otro el consignado por la ley. Estudiaremos estas situaciones para determinar si ambos convienen, si se deben desechar, si se excluyen o por el contrario se complementan.

El problema del arbitrio judicial se resuelve en términos judiciales en encontrar como presupuesto a la persona del Juez como suficientemente capacitada en los conocimientos jurídicos, morales y otras cualidades; es decir, encontrarnos con un prototipo ideal de Juez, (del debe ser), algo que no se lograría por la bastedad de conocimientos jurídicos aún dentro de la especialización, pues siempre se tropieza con vacíos. En nuestro medio particularmente se cuenta con abogados notables en materia penal que pueden cumplir suficientemente la misión de conceder - conforme al arbitrio judicial una decisión justa. Por el contrario el sistema legal es más seguro, al menos en el ambiente na-

(4) Ley de Enjuiciamiento Criminal por Enrique Aguilera de Paz, Pág. 265.

cional, pues suministra cánones objetivos que limitan los abusos maliciosos o de incapacidad en algunos funcionarios judiciales; pero siempre dentro del absoluto deseo de universalizar los conocimientos sobre esta materia, nos encontramos con vacíos o lagunas legales que el hermetismo o dogmatismo de la ley no ha previsto enteramente ya por arcaicacdad, actualización ante la creación de nuevos delitos tipificados ante su repetición y ausencia de sanción antes de su catalogación como tal; en definitiva, a manera de conclusión en este punto entiendo que los sistemas señalados no se excluyen ni son contrarios en sus particulares naturalezas, sino que por consiguiente se deben complementar así; el Juez debe conocer suficientemente la materia para el caso pertinente a lo criminal, debe desprenderse de toda vanidad, de la pretensión de ser un sabio especialmente más y usar su razón para hacer vivir más equitativamente las frías reglas de un Código, tan estático ante la practicidad y la continuidad de solicitudes de obtención de este beneficio; por otra parte, la experiencia nacional (la jurisprudencia) debe tomarse en cuenta para introducir las oportunas reformas toda vez que logren contenerse en las múltiples ocupaciones que el hacer nacional demanda de los que conforme a la ley tienen la iniciativa sobre estas cuestiones y aún más al allanar este paso la Honorable Asamblea Legislativa las consigne a discusión con la urgencia que el orden procesal punitivo de suyo lo demande.

1.- ¿QUIEN PUEDE DECRETAR LA LIBERTAD PROVISIONAL? Una

sola persona, el Juez, entendiéndose por tal no sólo la autoridad que conoce en primera instancia, sino el Magistrado de la correspondiente Cámara, pero no el de la Sala de lo Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia; aunque estos últimos en forma unitaria; pues la Ley determina ser el Juez y tanto uno como otro - aunque de diversa jerarquía son en definitiva Jueces. (Sobre esto se tratará al comentar el Art. 87 I.).

2.- ¿CUANDO DEBE DECRETARSE? Se decretará en cualquier estado del juicio toda vez que la solicitud proceda; es decir - que la naturaleza del delito lo permita y cuando consecuentemente se concretice la garantía real o personal; al presentarse la solicitud, se deberá tramitar por la autoridad respectiva sin mayor dilación, pues aún decretándose mal la concesión de este beneficio existen los respectivos recursos y las responsabilidades judiciales.

3.- SUJETO TITULAR DEL DERECHO.- Este sólo puede ser el procesado, pues es quien por medio del beneficio de la excarcelación se hará cesar su detención cuando los motivos y circunstancias legales lo ameriten; este derecho es propio de la persona - natural o física, no de la persona moral o ficticia dado que el Derecho Penal engloba acaso a sus representantes legales cuando la infracción ha llegado a su cometimiento; al tenor de nuestra ley se da una condición previa como hecho generador de este beneficio cual es el auto de detención contra el que se harán suspender los efectos carcelarios del mismo; es pues, una situación

personal, intituo persona en cuanto al goce del mismo, claro está que el apoderado o defensor en materia criminal y aún hasta un ciudadano pueden petitionar al respecto, pero cierto es que su disfrute sólo se producirá en el procesado.

4.- CONDICIONES PARA QUE SE DECRETE LA LIBERTAD PROVISIONAL.- Estos pueden esquemáticamente reducirse a los siguientes:

- a) Existencia de un auto de detención;
- b) Procedencia conforme a la ley de que no prohíba su decretación;
- c) Petición a la autoridad competente (Juez o Magistrado)
- d) Concesión por este funcionario del beneficio;
- e) Rendición de la respectiva garantía;
- f) Que no se dilate su consecución por medio del respectivo recurso que evite hacer cesar en condiciones normales la detención que se sufre.

Reunidas dichas condiciones y verificado el estudio sobre su procedencia el Juez lo decretará así, no sin antes estudiar el monto de la garantía ofrecida (sea fianza, consignación e hipoteca), se cerciorará que la garantía esté libre de gravamen no embargada, etc., entonces al darle traslado a la parte contraria que sería el acusador particular o Fiscalía General de la República en ciertas ocasiones, el funcionario tendrá que resolver sin mayor dilación, ya sea poniendo en libertad al procesado-

cuando así lo ordene la ley, o admitiendo el correspondiente recurso que evite el cese de la detención.

5.- ¿PUEDEN LOS TERCEROS O EXTRAÑOS SOLICITAR POR EL PROCESADO ESTE BENEFICIO? La respuesta es afirmativa, cuando se trató lo referente al sujeto titular de este beneficio se insinuó esta respuesta; pero a efecto de clarificar más el contenido de este problema se agregarán otros detalles; por tercero debe entenderse toda persona extraña a un proceso criminal, teniendo o no capacidad judicial o legal para peticionar en el proceso (sentido absoluto); también se podría decir que es tercero en sentido relativo, toda persona que aún interviniendo en el proceso en calidad de parte no sea el directamente favorecido, por ejemplo, que se actúe como fiscal, acusador particular o ciudadano o como defensor; en nuestra Legislación pueden solicitar este beneficio las siguientes personas: el reo, su defensor, el Fiscal, el Acusador y aún una tercera persona (Art. 87 I.); pues esta solicitud se cualifica más por su procedencia que por la calidad del peticionario; por tanto, no se necesita determinada calidad de parte actuante en el proceso, sino la determinada capacidad absoluta pero tomando en cuenta excepciones de minoridad, demencia y otros motivos. Es por lo expuesto que el suscrito sostiene que los terceros o extraños en las condiciones relacionadas pueden solicitar este beneficio para el reo, aún sin tomar en cuenta motivos de alguna liberalidad.

6.- CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE ESTE BENEFICIO.-

Respecto a ésto el tratadista mexicano Julio Acero, dice lo siguiente: "También la libertad bajo caución, tiene innegables ventajas en cuanto en que aún tratándose de asuntos más graves, permite a muchas personas talvez inocentes, pero de pronto aparentemente complicadas en alguna transgresión; evitar los enormes -- trastornos de una prisión inmerecida, mientras demuestran su inculpabilidad". (5)

Sobrada razón tiene el tratadista en mención en cuanto a ventajas se refiere; pues casos comunes y corrientes son propios de un común y desgraciado accidente de tránsito, por ejemplo, clase de delitos en los que el presunto delincuente no tiene jamás la intención de causar el daño a su víctima, salvo naturalmente los discutidos casos de culpa con representación cuyos efectos o síntomas casi se asimilan a los linderos eventuales del dolo; en estos casos, sobrada razón hay para sostener que el beneficio de la libertad provisional es conveniente, eso sí como anteriormente he expuesto falta una mejor regulación de esta garantía como es el evitar que el favorecido abandone el país de una manera libre, como sucede en la actualidad. También cuando se aplica esta medida se conllevan efectos readaptativos o correccionales que tenderían a evitar una futura imprudencia al presunto delincuente; otras razones de conveniencia para el otorgamiento de este beneficio son las siguientes:

a) Evitar el contacto entre el delincuente accidental u ocasional con otros procesados ya calificados como peligrosos pro-

(5) Procedimiento Penal por Julio Acero, Pág. 399.-

pío de degeneraciones, habitualidad delincencial, etc., todo ello por no existir todavía en nuestro país un adecuado régimen penitenciario;

b) Descongestionamiento de la población penal que traería al Estado el ahorro económico en cuanto a alimentación y además servicios carcelarios brindados a personas que por ser ya - contra la posible duración de su pena en caso de condena o su ingreso como ya dije, ocasional, no se les causa sino un beneficio con la consecución de la misma;

d) Medidas preventivamente sanitarias, pues nuestra población penal es fecunda en enfermedades infectocontagiosas, tales como la tuberculosis, sífilis, etc., y ésto es propio de una deficiente atención médica y sanitaria, pues es infierno lo que constituyen nuestros presidios, de allí un resultado nefasto para personas que por azares de la vida o que respondan de una pena cuyo cautiverio sea relativamente corto, dada la naturaleza de una infracción se colocarían en posibilidad de adquirir algunas de estas pestes antes mencionadas, dado como dije, la deficiencia en la atención a estos servicios que más que públicos serían de fondo humano.

Así las cosas, pasaremos a señalar algunas inconveniencias de este beneficio:

a) Estimula al delincuente en pequeña escala a cometer reiterados delitos que conforme al lineamiento del Código sabe de antemano que puede obtener este beneficio, ejemplo de ello es

el estafador de poca monta, quien diría que puede cometer un sin-fin de delitos toda vez que por alguno de ellos no hubiere sido declarado culpable, pues entonces la reincidencia le evitaría una futura excarcelación; lo mismo pasaría con el incorregible y aventurado motorista cuyos trances fuesen provocados por su impericia entendida dogmáticamente como capacidad y toda vez que la ebriedad o la excesiva velocidad le frustrara su malestar transitorio de guardar reclusión;

b) Se ha considerado que la excarcelación, aún más la garantía fuera de su respectivo valor y conversión real de la misma no produce una seguridad para que el delincuente favorecido vuelva a su detención cuando desaparezcan los motivos todo ello por una ineficiente adecuación o reglamentación legal de la misma que evite la legal partida migratoria del temporalmente favorecido con destino a países con los que nuestro país no ha celebrado tratados de extradición;

c) En nuestro medio se puede señalar otra deficiencia de orden práctico la cual consiste en que la generalidad de los Jueces después de decretar la excarcelación abandonan los procesos al archivo sin tramitarse su pendencia para una definitiva decisión (sentencia); de manera, que el excarcelado en nuestro medio prácticamente está libre aún sin sobreseimiento ni sentencia absolutoria definitiva por la negligencia apuntada; por cuanto en definitiva la prescripción de la acción penal (Art. 83 No.6 Pn., en relación con el 181 No. 4 I.) llegarían con el tiempo.-

Mi opinión respecto a la conveniencia o inconveniencia del beneficio, es que debe concederse pero sí basada en una adecuación legal que evite las burlas que pueden ser objeto; también dotar del arbitrio judicial respectivo al funcionario concedente para evitar esa pasmosa habitualidad de delitos a que puede dar origen (casos de estafa y resultados dañosos en ocasión de imprudencia); por otra parte, es necesario revisar los aspectos preventivos, higiénicos o sanitarios de nuestro sistema penitenciario que a más de obligación legal es sumo objetivo humanitario; allanadas las circunstancias señaladas se puede entender mejor la magnitud de la conveniencia del otorgamiento.

CAPITULO II

A.- DE LA FIANZA COMO GARANTIA NECESARIA PARA EL LOGRO DE ESTE BENEFICIO.- Esta situación opera como principal o condición sine qua non para hacer cesar la detención sufrida por el -
ulteriormente favorecido, por tanto corresponde en este Capítulo señalar el concepto de fianza de manera objetiva, revisar su naturaleza, relacionarla con otras materias de nuestro ordenamiento jurídico acorde a sus propósitos u objetivos ejemplarizando algunas disposiciones legales donde tiene aplicación; es propósito de este trabajo disgresionar necesariamente a efecto de fundamentar la otra cara de la moneda de la libertad provisional cual es primeramente la concretización de la garantía normalmente concedida en la fianza; así pues, pasamos a examinar lo expuesto en numerables separados.

1.- CONCEPTO OBJETIVO DE FIANZA, SU NATURALEZA.- Dice el autor español Enrique Jiménez Asenjo en su obra citada, que la palabra fianza derivase de "confianza", implicando la idea de seguridad sobre la conducta de una persona fiada en la buena fé de su promesa. (6) La fianza representada en su último extremo, la garantía moral ofrecida por una persona de que en determinado momento hará o se abstendrá de hacer aquello a que se comprometió. En este general sentido se llama fianza o caución, dice Castán, citado por dicho autor, lo siguiente: "A cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación pero en un sentido estricto o técnico, fianza dicen los civilistas, es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación, si no lo hace el deudor principal". La ley criminal se inspira en este criterio general al concebir la Institución bajo el compromiso como en la concesión de la libertad provisional con la obligación apud acta hasta la real hipoteca; de los detalles transcritos se observa ya el carácter específico o sea el objeto de la garantía cual es asegurar la duración temporal en cuanto se refiere al goce de la libertad provisional del presunto responsable; pues fácilmente se comprende que, prestándose la fianza de que nos ocupamos como una condición precisa o previa para la libertad provisional del procesado, no puede ser otro su papel que el de asegurar la comparecencia del procesado siempre que fuese llamado para su presentación en la causa por el Juez o Tribunal que conociese y por lo tanto, todo lo que no -

(6) Obra citada de Enrique Jiménez Asenjo. Pág. 96.

sea ésto, se halla fuera del fin y objeto de su prestación; también es necesario para entender mejor la significación del concepto de fianza establecer alguno de los caracteres que le son propios y comunes en la mayoría de las legislaciones; entre ellos el de ser un acto procesal, accesorio, subsidiario y de garantía del resultado económico del proceso mediante la afección actual o potencial de determinados bienes, así, se le considera acto procesal porque su actuación se debe a aquella operación compleja o natural del Juez o Tribunal; que la exige de la parte que debe de prestarla y aún más documentada y legitimada por la autorización del Secretario del Tribunal; se dice que es accesorio porque nace condicionada a la existencia de una obligación penal vitalizadora del proceso, la cual fija además su contenido siendo contingente en más o menos según la deuda principal, dando lugar a consecuencias como una posible amplmación o reducción de la misma. Es subsidiaria, porque el obligado (fiador), sólo así resulta para el caso en que el deudor principal (presunto responsable) no cumple con las obligaciones civiles y finalmente se dice que es un acto de garantía económica porque para las resultas se sujetan determinados bienes que servirán ante un eventual pago de responsabilidades económicas derivadas del proceso y por ende también prescindirá del carácter potencial o actual la afectación para cubrir en ambas notas tanto los casos que se hallan determinando directamente los bienes afectados como aquellos otros en que la fianza se constituye sobre la base de una presunta solvencia patrimonial

del fiador, en el cual se hará en último término efectiva la responsabilidad asegurada; así pues, creo haber establecido lineamientos generales de la garantía en estudio y su indiscutible naturaleza comprendida en las características señaladas.

2.- CLASES DE FIANZA Y SUS DISTINTOS OBJETIVOS O PROPOSITOS, PRIMERAMENTE EN MATERIA CRIMINAL, CIVIL, MERCANTIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y EN EL DERECHO TRIBUTARIO.- La fianza se ha clasificado de diversas maneras, hay entre los autores variedad de opiniones al respecto; pero siguiendo los lineamientos objetivos de este trabajo he tenido a bien expresar algunos criterios de referencias a la misma:

a) Desde el punto de vista de la legislación, la fianza puede ser civil, mercantil, procesal, entendida esta última como procesal civil o procesal penal;

b) Por la causa o sea quien la impone distingue el Código Civil Salvadoreño que puede ser convencional, legal y judicial (Art. 2087 C.) según proceda de un contrato, ordenada por la ley, o decretada por el Juez;

c) Desde el punto de vista de quien la rinde, se clasifica en directa (cuando es el mismo obligado, y subsidiaria para el caso de responder en sustitución del principal);

d) Por la materia o el qué de la fianza, puede ser personal o real, según se establezca sobre la base de responder a un compromiso moral en su caso o de afectarse bienes determinados como muebles o inmuebles en el resultado de la operación;

e) Según la obligación garantizada se divide en simple y doble; pero esta clasificación es más propia de lo civil, materia en la que se toma en cuenta lo definido o limitado e indefinido e ilimitado de la obligación en sí.

f) Finalmente se ha clasificado ya en un terreno estricto al Derecho Procesal Penal en la llamada fianza carcelaria o carcelera y la ordinaria o económica o caución de arraigo en juicio; entendiéndose por la primera como la establecida para asegurar el disfrute de la libertad provisional de un procesado para garantizar su comparecencia cuando el motivo legal así lo demande; la otra, tiene al menos alguna aplicación en la legislación española patrón de nuestra legislación; así cualificados esos diversos criterios pasamos en seguida al estudio de las cuestiones enunciadas:

1) FIANZA EN MATERIA CRIMINAL.- Su objeto ya señalado no está de más repetirlo y es el de asegurar económicamente la permanencia extracorpórea del procesado que mediante ese beneficio ha cesado su reclusión; en nuestro Código de Instrucción Criminal al tenor del Art. 84 I., se entiende que la fianza de la haz es el prometimiento solemne que una persona capaz de obligarse, hace de la seguridad del reo sujetándose a presentarlo en juicio - siempre que se lo mande la autoridad competente; de este precepto legal aparece ineludiblemente el carácter primordial de la misma cual es servir de garantía específica que como llave de seguridad guarda la presencia extracorpórea del procesado ausentado así legalmente de la prisión mediante el otorgamiento de ese

beneficio, siempre que el Juez o Tribunal lo demande; esta garantía especialmente regulada por la ley es para el objeto citado, - pues las consecuencias patrimoniales vienen a asegurar un beneficio público si se quiere, dada la naturaleza del proceso en que opera como es el carácter público del mismo en la materia criminal; por otra parte las formalidades demandadas por la ley no son tan sacramentales como las exigidas por la ley civil que entre - otros requiere principalmente la escrituración pública no obstante su carácter accesorio en el marco clasificacional de los contratos; consecuentemente, una formalidad sencilla como es la de llenar un esqueleto de acta de fianza que generalmente se tiene ya impreso para consignar en él formalidades como el nombre del obligado al que previamente se ha aceptado su solvencia económica basta para realizar su contenido y el objeto de esta garantía en nuestra ley; concretizamos, que no sólo sirve el acta de fianza exclusivamente para obtener la libertad provisional, sino que en otros casos también se rinde como por ejemplo cuando un indiciado es favorecido con la declaratoria de inocencia por un Tribunal de Conciencia (Jurado), así como para el otorgamiento de sobreseimiento (Arts. 274 I., 187 inc. 2o, I.). Denotamos, pues, que este objetivo es específico para allanar o asegurar esa posibilidad eventual propio de lo pendiente transcurrido entre la concesión del beneficio y la resolución final (sentencia absolutoria o condenatoria).

2) DE LA FIANZA EN MATERIA CIVIL.- Esto es propio de un

contrato accesorio regulado en el Art. 2086 y siguientes del citado Cuerpo de Leyes; se entiende como una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple; de ese precepto se concibe su atributo principal cual es asegurar la obligación del principal en caso de no cumplimiento de una materia eminentemente patrimonial; que debe de contener los requisitos de validez siguientes: debe consentirse por parte del obligado expresamente (Art. 2097 C.,) es decir que es un contrato consensual; puede ser verbal o escrito y su objeto debe ser pagar el dinero, (Art. 2093 inc. último C.).- Estas son pues, condiciones generales, pero también la fianza en esta materia prescinde de otras condiciones especiales, entre ellas una especial que consiste en pagar en o con dinero (Art. 2093 C.); constituye una obligación de dar y hacer (Art. 2093 C., citado) y debe otorgarse por una persona capaz (Art. 2100 C.).- Además se le señalan como características principales la de ser unilateral, consensual por excepción solemne, ejemplo, Art. 394 C.; también gratuito conforme a lo estipulado en el Art. 2092 C., precepto facultativo al establecimiento o no de remuneración; es accesorio, por ende no puede subsistir sin una obligación principal a la que guarde su seguridad de cumplimiento (Art. 2086 C.); es patrimonial conforme al Art. 2102 C. y finalmente es personal. En conclusión, todas las obligaciones emanadas de los contratos como fuente de obligaciones de los mis-

mos pueden asegurarse o caucionarse para el señalado efecto patrimonial considerándose así, que la fianza juega un papel preponderante en esa materia.

3) DE LA FIANZA EN MATERIA MERCANTIL.- El Comercio como eslabón principal al fundamental desarrollo económico de un país no escapa al aseguramiento respectivo y oportuno del cumplimiento de las obligaciones de este tipo; a travez del tiempo aunque su divorcio del Código Civil no ha sido absoluto, siguen caucionándose la mayoría de veces de esta manera; pero el apareamiento de Instituciones Bancarias, de una mejor regulación de títulos valores tal como la trae el proyecto del Código de Comercio a estudiarse por el Honorable Cuerpo Legislativo, en un día no lejano demandan de una importancia suya que la fianza en esta materia tiene. Actualmente tenemos como ejemplos típicos de afianzamiento mercantil del AVAL que regulan los Arts. 420, 421 Com. y siguientes por los que se establece que basta con escribir en la misma letra de cambio o presentarse un documento separado y aún por carta, para que se avale o afiance la obligación; así también encontramos en el título de los agentes intermediarios de comercio que el corredor que es un Oficial Público cuya función es mediar operaciones comerciales es obligado previamente a la rendición de una fianza para asegurar el desempeño de sus funciones de acuerdo al Art. 41 Com., obligación que es extensiva a otros oficiales públicos del Comercio llamados "martilleros" tal como lo dispone el Art. 63 Com.

4) DE LA FIANZA EN MATERIA ADMINISTRATIVA.- Sabido es que el Estado desarrolla fundamentalmente esta función por medio del Poder Ejecutivo; es decir, que normalmente procede una centralización de servicios públicos entendidos éstos como aquella actividad destinada a satisfacer las necesidades públicas de una manera regular, perenne y continua, o bien otras veces lo realiza por medio de una adecuación técnica llamada descentralización de servicios, cuya conveniencia es hasta cierto punto ventajosa porque desempeña particulares actividades administrativas con determinada especialización sin el acompañamiento abrumador de las múltiples tareas del Estado también no menos importantes; así tenemos, que el Estado ya sea a travez del sistema de centralización y descentralización contrata con los particulares, ya investido de su autoridad pública o en un plano igual al particular, razón por la que necesita asegurar el cumplimiento de las obligaciones de que es titular, así vemos que en la concesión de servicios públicos el Estado se asegura para que su contratante realice el servicio esperado exigiéndole la respectiva fianza calculada para las resultas de alguna irresponsabilidad; también cuando el Estado compra materiales en gran cantidad ya directamente o por medio de la Proveduría General de la República que celebran los discutidos contratos de suministro por el cual el suministrante de esos materiales o mercadería tiene que rendir fianza previamente. En conclusión el Estado usa para el aseguramiento de su actividad una garantía personal

y de aquí la importancia de la Fianza en esta materia.

5) DE LA FIANZA EN MATERIA LABORAL.- Como conocemos el Derecho Laboral regula o armoniza las relaciones entre el Capital y el Trabajo, fundando principios generales por medio de un conjunto de normas jurídicas que fijan bases generales que deben regular las prestaciones individuales de servicios a efecto de asegurar a los trabajadores, la vida, la salud y un nivel decoroso de vida el que tiene un apoyo ya en grado superlativo con la parte colectiva que envuelve la categoría individual aislada, vigilándose hasta los beneficios llamados de seguridad social y de previsión social; pues esta Ciencia moderna relativamente a las otras ramas del Derecho no ha sido ajena a contemplar casos aún aislados en los que se nota la importancia de la fianza para garantizar determinados propósitos o fundamentos; así tenemos que en el Art. 309 del Código de Trabajo, en el Título de Seguros para el desarrollo de labores peligrosas, debe el patrono por regla general asegurar a sus trabajadores, señalando las clases de labores en que el peligro acecha al desarrollo de las mismas; pero en el caso de que los riesgos profesionales no hayan sido frecuentes y se empleen sistemas de seguridad apropiados a sus actividades a juicio del Departamento Nacional de Previsión Social, podrán ser los patronos relevados de asegurar a sus trabajadores, siempre que constituyan una fianza bancaria suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones requeridas; en dicho artículo se establecen requisitos para la

efectividad de la garantía. También en la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social encontramos en su Art. 69 la regulación pertinente a la prestación de servicios fuera del país por ciudadanos salvadoreños; para éstos y los patronos se establecen dichas condiciones como la mayoría de edad del trabajador, el cargo de gastos de transporte ida y regreso y lo que nos interesa que el patrono rinda fianza suficiente a juicio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, para garantizar los gastos de repatriación de los trabajadores. Con los dos artículos citados nos damos cuenta que en esa ciencia nueva, como es la Legislación Laboral, no ha sido extraña la consideración de esta garantía.

6) DE LA FIANZA EN EL DERECHO TRIBUTARIO.- El Estado a travez de su actividad tributaria logra conlleva fondos deducidos a toda persona que se encuentra en una capacidad generadora de ser sujeto de impuesto, derechos y beneficios; así principalmente el Estado realiza su actividad financiera con la imposición de impuestos (directos e indirectos), para devolver abstracta e impersonalmente las prestaciones de servicios; así tenemos, que el desarrollo de dicha actividad encuentra ejemplos en que la fianza como garantía es de ordenanza obligatoria por ejemplo cuando se impone la llamada complementaria al contribuyente de impuestos sobre la renta y éste no está conforme puede ocurrir al Tribunal de Apelaciones, previa la rendición de una fianza de tipo bancario.

Así de una manera objetiva nos hemos enterado que en todas las ramas del Derecho señaladas, la presencia de la fianza como garantía, ha tenido particularmente ese propósito o fin y por resultar extenso más explicaciones sobre las materias que prescindan de la fianza que sería estudio de las mismas, se llega al final en este apartado, como se dijo, con nociones generales o elementales.

3.- REGULACION DE LA FIANZA EN MATERIA CRIMINAL.-- El Código de Instrucción determina la resolución a este punto en el artículo 88, disposición en la que se establece que toda persona capaz de acreditada conducta y solvencia económica suficiente, podrá ser fiador de la haz, excepto militares en actual servicio y los funcionarios públicos con goce de sueldo; que en el Decreto que admite la fianza fijará el Juez el monto de ella tomando en cuenta la naturaleza del delito, sus circunstancias modificativas, el escándalo social a que haya dado lugar y la posición económica del procesado. Como vemos de la anterior transcripción que es un criterio al arbitrio o decisión del Juez sin señalársele una escala económica de cantidades a que se amolden las cuantías; se toman para ello detalles como el escándalo social, naturaleza del delito (sea grave o menos grave), acompañado esto de circunstancias (agravantes o atenuantes), que traducen una mayor o menor cantidad de dinero afianzado; también la condición económica del procesado (para resultados de la responsabilidad civil, Art. 68 Pn. y siguientes); asimismo regula la capacidad res-

pecto a la solvencia económica y de conducta del obligado; esto pues es lo relativo a lo llamado regulación que comprende objetivamente el contenido siguiente:

- a) Decisión judicial sobre la imposición de la cantidad afianzada;
- b) Condición económica del procesado;
- c) Calificación de los bienes objeto de la garantía que deberán ser suficientes, es decir que alcancen para responder; que si están gravados den margen para cubrir la cantidad garantizada a fin de que no se torne ilusoria;
- d) Gravedad o menor gravedad del delito de acuerdo a las circunstancias agravantes, atenuantes generales y específicas;
- e) Escándalo producido; todo lo expuesto dentro de la valorización de las circunstancias hechas por el Juez.

4.- REALIZACION DE LA FIANZA.- Esto procede cuando - todas las gestiones encaminadas a devolver al procesado a la detención que cesó por consecuencia de la libertad provisional, han resultado infructuosas, ya por ocultamiento material del procesado, por ausencia del país, por negligencia, etc., razón por la - que el Juez se encuentra en la obligación de citar al fiador para que éste dentro de un plazo que señala presente a la persona del procesado en juicio; es después de transcurrida esa oportunidad que el funcionario hará efectiva la garantía representativa del cese de la detención ante el incumplimiento de la obligación se-

ñalada al fiador, por tanto, realizar una fianza se debe entender como la materialización, el entero de la misma cuando no se ha presentado en juicio a la persona del procesado; realizándose entonces la fianza si fuere necesario hasta por medio de apremio - contra los bienes del deudor hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado al admitir la referida garantía; para ello ha querido la ley que antes de proceder a la realización de la fianza en interés y beneficio del fiador concederle un término para el cumplimiento de la obligación que contrajo al constituirse fiador del procesado, estableciéndose así un trámite previo muy conforme a la propia naturaleza de la fianza prestada para que el procesado pueda gozar de libertad provisional; pues siendo el objeto de dicha fianza como tenemos ya dicho, asegurar la presentación del - presunto culpable y responder de su comparecencia, la obligación principalmente contraída por el fiador es la de presentar al fiado siempre que se le requiera a ello y en consecuencia, al no cumplir debe realizar la fianza, es decir cumplir con la obligación previamente contraída; como consecuencia de lo dicho y en justa reciprocidad a la misma, ha de reconocerse al fiador un derecho a optar por un término; pues dentro del mismo verificará todas las gestiones posibles para cumplir con la presentación ante el Juez requirente, pues es lógico que no pueda estar en contacto o lo tenga a su disposición al reo como sería necesario para presentarlo en el acto y resolver a su favor la dubitativa y subsidiaria obligación de presentar a su fiado materialmente o reali-

zar la fianza (pago, que se abonará en beneficio de las arcas nacionales).

5.- CONDICIONES NECESARIAS PARA LA RENDICION DE LA FIANZA, CRITERIOS PARA CALIFICAR LA APTITUD DEL OBLIGADO A LA RENDICION DE LA MISMA: a) COMO POSEEDOR DE BIENES SUFICIENTES; b) COMO POSEEDOR DE BIENES AUNQUE GRAVADOS PERO CON MARGEN RAZONABLE PARA LA OBLIGACION; c) COMO PERSONA DE RECONOCIDA HONORABILIDAD O BUENA FAMA; d) COMO REPRESENTANTE LEGAL, TUTOR, CURADOR, ETC.; e) OTROS.

Como apuntamos anteriormente el Juez es el único que capacita a la persona del fiador, es decir, es el único que decide sobre la regulación de la cuantía que responderá ante el beneficio del procesado, de lo contrario obra en su contra la responsabilidad personal acorde a su calidad de funcionario por no prever una fijación justa atribuible a la naturaleza del delito y sus circunstancias modificativas; por tanto, no fijará la cantidad de cincuenta colones referente a un delito de homicidio en grado de imprudencia, ni la cantidad de diez mil colones por el típico y común delito de amenazas a muerte muy común en nuestro medio. Nuestra ley no establece un escalafón fatal a que ceñirse dando margen a que sea la capacidad jurídica del Juez la que determine la cuantía, eso sí ciñéndolo a que la tipificación jurídica del delito lo permita, así por ejemplo no excarcelará delitos de violación, parricidio, porque la misma ley no lo permite; como denotamos las condiciones se reducen al criterio judicial - siendo ésta la base que pasamos a estudiar con la enunciación de

criterios que servirán de apoyo al funcionario judicial:

a) Como poseedor de bienes suficientes. Aquí impera el criterio económico propio a la persona que se compromete a fiar a un procesado cuyo volumen de bienes inmuebles ha de ser excesivo o al menos suficiente aunque sí libre de gravámenes personales y reales (otras fianzas o hipotecas), sirve sin lugar a dudas para pensar por el Juez que determinada cantidad como monto de garantía sería fácilmente realizable; pues los inmuebles al menos conforme la filosofía que inspiró al Código Civil desde el tiempo del famoso Napoleón, se pensó que los bienes inmuebles siempre tenían o tendrían más valor que los muebles (corpóreos o incorpóreos como títulos valores), lo que en nuestros tiempos no resulta consecuente al criterio primitivo, basta pensar en el valor económico de un lujoso trasatlántico o un moderno Jet de retropropulsión; por tanto, por la permanencia o adherencia del inmueble la mayoría de la práctica nacional basamenta el respaldo económico como garantía a esa clase de bienes prefiriéndolo ante la incertidumbre de una razonable longevidad algo que no es respecto a los bienes muebles por su fácil realización o enajenación.- La opinión del suscrito estriba en lo siguiente: el margen de bienes suficientes determinaría al Juez a aceptar la garantía, ambas clases de bienes son suficientes (muebles e inmuebles) y también se aceptaría la garantía ofrecida por ampliación a muebles valiosos y suficientes.

b) Como poseedor de bienes aunque gravados, pero con -

margen razonable para cubrir la obligación. Este criterio tiene las mismas bases que el anterior aunque con la diferencia que los bienes tienen sobre sí un determinado gravamen (personal o real); ante la solicitud, su concesión y la fijación de la cuantía el Juez tendría que estudiar el instrumento de propiedad entendiéndose éste debidamente inscrito, calcularía el monto de la obligación con que está gravada, sus intereses calculados sobre el capital, cláusulas penales si las tuviere y sobre todo cerciorarse si la obligación no se encuentra en mora; establecidas estas situaciones puede el Juez concederla cuando a su criterio y cálculos verificados alcance para pagar el gravamen así como el monto de la obligación que contiene la fianza para el cese de la detención del favorecido a efecto de que goce de la libertad provisional. También, a criterio del suscrito esta situación está acorde a nuestra ley.

c) Como persona de reconocida honorabilidad o buena fama. Este es un criterio que podríamos calificar de romántico, basado en categorías sociales, burgueses si se quiere, que tendrían origen en la cultura europea donde en la actualidad abundan príncipes sin reinos, condes sin condados, etc.; pues este criterio, entiende que en definitiva sería inseguramente económico por falta de demostración de los medios para responder, además sería objeto todavía de una super aguda investigación y por ende decisión judicial para que una persona honorable y de buena fama sea aceptada como garante, por equis cantidad de dinero y traerse el efec-

to inmediato de concederse la libertad provisional. Por tanto entiendo que este criterio ante nuestra realidad ha caído en desuso ante los inconvenientes de una segura y aventurada realización de la garantía; además por las razones siguientes: se concedería el beneficio basado en la honorabilidad y buena fama del garante; la fianza garantiza como obligación determinada cantidad fijada, no un atributo de calificación subjetiva sobre determinada persona conocida como honorable y de buena fama, aún relativa en determinada región, siendo lo contrario en diferente. Este criterio está caduco y en desuso.

d) Como representante legal, tutor, curador, etc., este criterio se encuentra en la situación de que alguien procesado - por su minoridad o incapacidad de ejercicio de derechos, o por alguna dolencia (enagenación, prodigalidad) necesita del concurso de la representación de otra persona capaz que gestione a su nombre; pues bien, en el caso de que alguien menor, enagenado mental o pródigo delinquiese nos encontraríamos en el caso de que su respectivo representante respondiera sobre la cuantía fijada para obtener la libertad provisional del mismo, toda vez que el delito cometido por el representado fuese de los que permita la ley; según algunas opiniones esto sería suficiente sin tomar en cuenta de que si se tienen los bienes suficientes en forma ya explicada, para su procedencia, es decir que bastaría únicamente ser representante para poder ostentar la calidad de fiador; esta opinión es de suyo errada porque la fianza es de naturaleza preponderada.

mente económica, pues garantiza con el prometimiento de una cantidad de dinero la presentación del procesado cuando el Juez lo exija; por tanto, soy de opinión que dichos representantes legales pueden fiar a sus representados toda vez que acrediten bienes suficientes con qué responder y además como dice el Código, buena conducta; todavía quedaría otro punto que estudiar concretizado en las situaciones siguientes: de si los bienes con que se va a responder pertenecen al representante o si éstos pertenecen al representado y su representante no posee bienes con qué responder; al respecto, en el primer caso estimo que sería procedente, mientras que en el segundo mi opinión es que el representante no podría ser fiador por no tener bienes **pues** éstos como se expresó pertenecerían al representado teniéndose que buscar a otra persona capaz de responder ante la concesión de la libertad provisional.

e) Otros criterios serían como si el defensor del procesado puede servir de fiador, que si forzosamente el fiador tendría que ser una institución comercial de seguros, o si se debe otorgar una fianza bancaria, etc. Entiendo que estos criterios no excluyen a los anteriormente aceptados, toda vez que no se consideraran en forma exclusiva; pues la dificultad de que las instituciones comerciales las concedan sería casi irrealizable dada que la generalidad del delincuente en nuestro país es generalmente menesteroso o del campo y no tendría los suficientes medios para trabar la relación comercial con una Institución Bancaria. En -

cuanto a la situación del defensor en carácter del fiador estimo ser de aceptación, pues él es directamente interesado en su obligación, pudiendo presentar a su fiado y no dar consejos para que se pague el valor de la cantidad afianzada y así evadir o burlar el beneficio de la libertad provisional primariamente concedido, acorde a las circunstancias legales que le hicieron posible.

CAPITULO III

VIGENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL

1) Tiempo de duración de la libertad provisional.

En este Capítulo estudiaremos todos aquellos aspectos mediante los cuales la libertad pdivisional se desarrollá de manera continua e ininterrumpida, es decir paralela al lento o dinámico desarrollo del proceso; sentaremos como primera regla que la libertad provisional después de su procedencia legal dura al igual que el proceso, es decir, hasta que se llega a una decisión consecuente a la sentencia del Juez; es por esta resolución, entendiéndose después de consultada o confirmada al recurrir la contraparte en juicio que llegaríamos a estas dos situaciones: - si la sentencia es absolutoria (última instancia al haberse llegado hasta allí); la libertad provisional termina; la responsabilidad del fiador u obligado concluye no teniéndose por qué volver a preocuparse, pues él ha velado como garante en el proceso y se ha encontrado presto a cumplir su obligación; por tanto, es

el fin de la libertad provisional y su garantía accesoria; pero ésto no se va a realizar dentro de términos precisos, breves, - pues ésto dependerá del volumen de trabajo del Tribunal que tramita el respectivo expediente; así como la dedicación del defensor del excarcelado, de la comparecencia de testigos aunque no - aporten prueba o en caso de hacerlo no varíen la naturaleza del delito por el que se excarceló; también dependerá del sometimiento al Tribunal de Conciencia (Jurado), cuando los extremos legales lo ameriten; todo este tiempo compartido con un gran volumen de juicios tramitados en el Tribunal, nos hacen concluir que es indeterminada la vigencia de la libertad provisional, aún más, si le añadimos recursos ante el Tribunal Superior, cuando causen - agravios a alguna de las partes, las resoluciones dictadas. Por otra parte cuando la sentencia es de condena para el excarcelado entonces sí comienzan las dificultades para el obligado, quien será citado por el Juez, se le dará término para presentar al excarcelado; en fin todo lo respectivo a tramitar la realización de la fianza ya comentada.

2) ¿Cuándo es procedente en el desarrollo del proceso - criminal pendiente?.- Su justificación.- Comenzaremos por decir que en cualquier momento del proceso criminal es procedente solicitar y obtener la libertad provisional, antes de la sentencia cuando legalmente fuere procedente; porque en este último caso - sería inoportuna, es decir, al concluirse un proceso; sólo un detalle se nos muestra de alguna consideración en este aspecto, el

cual es si el Juez de la causa puede decretarla aún no transcurrido el llamado término de inquirir, que se contempla en el inciso último del Art. 70 I., por el cual el Juez puede ordenar la detención por el término de inquirir, o sean setenta y dos horas, contra cualquier persona sobre quien recayeren sospechas de haber participado en el delito que se investiga, dando al Alcaide copia certificada y autorizada del auto de detención para que la registre; debiendo resolver sobre el arresto provisional o libertad del procesado, dentro de dicho término. El Juez que no cumpla con lo dispuesto en este inciso incurrirá en las penas respectivas. Como vemos, es de obligación judicial verificar esa detención cuando la sospecha sea tal que no deje alternativa al Juez, quien al recibir el parte, generalmente policial o de la Guardia Nacional estudiará su contenido percatándose apriori qué delito es el que tendrá que tipificar (aunque esto no es obligatorio de conformidad al Art. 77, No. 2 I.); es decir, que es lo que tendrá que investigar a lo largo del proceso a iniciarse en ese momento; por tanto, ya de antemano el Juez con sus conocimientos jurídicos comprenderá si se trata de un delito que puede ser o no excarcelable, así cuando prontamente se le solicite este beneficio puede o no decretar dicha excarcelación; entonces la regla general es en la práctica la de que algunos Jueces evitan antes de dicho término de inquirir, decretarla, obteniendo así alguna seguridad plausible sobre el futuro desarrollo del proceso y evitar posteriores revocaciones de ese beneficio que traería

consecuentemente el problema de la realización de la fianza. Otros Jueces, muy raros en nuestro ambiente judicial, sobre este punto decretan la libertad provisional aún durante el transcurso del término de inquirir. El suscrito entiende que sí es procedente la libertad provisional aún durante el término de inquirir; pues siendo este beneficio un derecho del procesado con fines altruistas, readaptativo, consignados en la ley, no importa esa situación molesta de revocarla posteriormente cuando el caso lo amerite; por consiguiente, soy de opinión que en cualquier estado del juicio antes de la sentencia, sin discriminación de términos como el de inquirir, es procedente la libertad provisional, toda vez que el delito cometido sea de los que conforme a la ley pueden sujetarse a ello.

3) PROCEDENCIA POSTERIOR A LA TERMINACION DEL PROCESO.-

Esto naturalmente debe entenderse en los siguientes aspectos:

a) Una vez ejecutoriada la sentencia y además pasada en autoridad de cosa juzgada.

b) Como resulta de la culpabilidad o inocencia del procesado mediante el veredicto del Jurado, en uno u otro sentido.

En el primer caso, tal como se expresó en el considerando anterior, sería la decretación de la libertad provisional, inoportuna, pero no improcedente en determinado sentido, pues si el procesado es absuelto toda vez que no se anulara el veredicto su situación de libre de acusación no se modificaría; por otra parte, si el favorecido es declarado culpable vendrían las consecuen-

cias pertinentes a la revocatoria de la garantía y del requerimiento al garante para presentar al procesado favorecido o pagar el monto de la cantidad afianzada; aún en esta última circunstancia, es decir de ser declarado culpable podrían surgir las situaciones jurídicas de la remisión de la pena de acuerdo al Art. 67 Pn., y de la libertad condicional, Art. 19 Pn.; que será estudiada posteriormente a este punto en desarrollo. En ambos estados los Jueces decretan la libertad o remisión con varios requisitos, entre ellos el de otorgarse fianza como presupuesto procesal necesario para su disfrute; pues bien, en estos casos nos encontraremos que el procesado ya ha sido condenado, que su libertad provisional es objeto de revocación y que en consecuencia la fianza como garantía para obtenerse la libertad ha sido el presupuesto procesal para el goce pero no como una garantía o carácter de la libertad provisional, sino a una remisión de la pena o una libertad condicional cuyos fundamentos son muy diferentes; de manera que asimilar sus naturalezas aunque coincidan en efectos sería incuestionablemente absurdo por lo que no es procedente hablar en estos casos que operan al terminar el proceso de que el disfrute de la libertad sea provisional, porque carecería de falta de oportunidad a los fines ideados por el legislador.

Respecto a la segunda situación, o sea la de su procedencia después de pronunciado el veredicto del Jurado, tenemos que partir de lo siguiente: en este estado no se ha terminado el proceso y su procedencia sería por cualquier delito cometido, ejem

plo: homicidio, violación, etc., lo que parecería ilógico a lo comentado, pero en realidad así es pues, cuando se absuelve a alguien procesado por un delito de homicidio que se le pone en libertad bajo fianza, pues así lo determina la ley; pero eso sí hay que aclarar que en este caso no se trata propiamente de una libertad provisional, pues ésta procede cuando la naturaleza del delito lo permite siendo diferente a la función de la fianza cuando a alguien por cualquier delito lo absuelve el Tribunal del Jurado cuyos efectos son para consulta ante el Tribunal Superior o por nulidad del veredicto alegado por el interesado. Cabe hacer notar que en los casos expresados no se puede hablar de libertad provisional sino de efectos similares con diferentes finalidades.

4) ¿ES LO MISMO LIBERTAD CONDICIONAL QUE LIBERTAD PROVISIONAL? Procedencia de estas Instituciones, su diferencia y semejanza. La libertad provisional la hemos definido en el Capítulo I de este trabajo como aquel beneficio que obtiene el presunto indiciado dentro del proceso, mediante un prometimiento solemne (personal o real); para obtener su libertad aunque el proceso no hubiese llegado a una resolución final (sentencia); pudiendo otorgarse esa garantía por una tercera persona extraña al proceso, quien se compromete a presentar a la persona del procesado cuando con motivo legal y la debida requisitoria el funcionario judicial (Juez) lo ordene. Así explicada a manera de definición nos toca en este punto delimitarla de otra facultad o derecho del procesado

con la que ha sido a menudo confundida o emparentada, la cual se conoce como libertad condicional.

Al efecto la libertad condicional es también un derecho del procesado a obtener su libertad aún después de condenado por sentencia ejecutoriada llenándose varios requisitos entre ellos:

- 1o) Información sumaria
- 2o) Que se trate de un delincuente primario
- 3o) Responsabilidad civil y
- 4o) Ocupación del reo.

Estudiaremos estos requisitos como explicación a la base o naturaleza de la libertad condicional quede lo más claro posible; así siguiendo al jurista salvadoreño doctor José Enrique - Silva en sus Comentarios al Código Penal Vigente, contenidos en la Revista de Derecho Número Uno, Año 1965, entendemos como requisitos legales de la libertad condicional, los siguientes: (7)

1o) Información sumaria.- El Juez de la causa puede conceder la libertad condicional, siempre que se siga el procedimiento legal, consistente en que al cumplir el reo la mitad de la pena de prisión mayor y las tres cuartas partes de la pena de presidio, debe solicitar informe circunstancial del Director del Centro Penal donde el reo cumplió su condena; dicho informe, se referirá a si el reo cumplió su condena y si ha contraído hábitos de orden, trabajo y moralidad. El Juez asimismo recibirá prueba de personas, por lo general los agentes del Centro Penal que declaren en el mismo sentido. En caso de que el Centro fuere de otra jurisdicción,

(7) Revista No. 1 de Derecho, Año 1965, Pág. 177 a 178 "Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño por Dr. J. E. Silva.

el Juez de la causa podrá librar exhorto al Juez en cuya jurisdicción estuviere situado el Centro, para el mismo efecto.

2o) Delincuente primario.- Para concederse la libertad condicional, el reo no debe tener antecedentes penales anotados, razón que se comprueba solicitando nuevo informe a la Corte Suprema de Justicia, cuyo Secretario indicará si en el Registro General de Delincuentes, aparecen al reo antecedentes penales.

3o) Responsabilidad civil.- La ley exige también que el reo haya restituido la cosa y reparado el daño en los delitos contra la propiedad u otorgado caución para cubrir su monto, y en los delitos, si hubiere satisfecho los daños y perjuicios a que se le hubiere condenado o caucionado, en determinada forma, si la cuantía de dichos daños y perjuicios estuviere determinada.

4o) Ocupación del reo.- El reo que no tuviere medios de subsistencia deberá adoptar en el plazo fijado por la resolución, oficio, profesión, arte o industria, con lo que se pretende que el liberado tenga un medio honrado de trabajo. Allanados estos requisitos el Juez tiene que pronunciar resolución pertinente fijando en ella condiciones tales como la de señalar la residencia en determinado lugar, por general en el que obtenga trabajo, así como la abstención de bebidas alcohólicas y sujeción a medidas de vigilancia, como la presentación al Tribunal, cada mes o quince días; otras que el favorecido no porte armas (8); además que no visite prostíbulos, casas de juego, fondas, etc. Esto en la práctica resulta compendioso al Juez a pesar de que para asegurarse -

(8) Pág- 168, obra citada Dr. J. E. Silva.

de la persona del reo el Juez lo pone en libertad bajo fianza - aunque ésto no se encuentre reglado en la ley, pues no se está en el caso de que por su naturaleza sea excarcelable el delito o que se haya cumplido la mayor pena, acorde al Art. 86 I., no pudiéndose concluir que se admita recurso de apelación de conformidad al Art. 433 No. 2o. I., pues carecería de base de acuerdo a la disposición precitada o sea el Art. 86 I.- Establecidos los requisitos y condiciones podemos concluir: que la libertad condicional es un derecho del procesado basado en condiciones mínimas exigidas en el Art. 19 Pn.; por lo expuesto el autor de este trabajo no comparte la opinión del Doctor Silva ya citado, quien establece que ciñiéndose al tenor literal del Art. 19 Pn., la libertad bajo condiciones es una facultad del Juez otorgada cuando después de cumplirse los requisitos determinados por la citada disposición se concede la libertad del reo que ha cumplido parte de la pena, pero sujeta a condiciones también señaladas por la ley (9); no entiendo que sea una facultad del Juez por las razones siguientes:

a) Aunque el proceso en el Tribunal es impulsado de ofi- cio es generalmente en la práctica que precede una solicitud del procesado o de su defensor, trayendo como consecuencia la aportación de la prueba sobre buena conducta, moralidad, etc.

b) El volumen de trabajo inmenso en los Tribunales no permite la pendencia a proceder respecto al tiempo exacto en que se puede gozar de libertad condicional, es decir, la mitad o - -

(9) Obra citada Dr. Silva.

las tres cuartas partes de las penas de prisión mayor y presidio, respectivamente;

c) Una vez llenados los requisitos por el Art. 19 Pn., el Juez aunque con cierta aptitud discrecional o prudencial tendría que decretar la libertad condicional; pues si se le comprueba el tiempo de reclusión mínima, hábitos de moralidad, excelente conducta, reparación civil del daño causado, ocupación cierta del procesado por oficio o arte aprendido durante la reclusión no queda al funcionario judicial ninguna alternativa, es decir, no sería una concesión graciosa del Juez, sino una exigencia en base a un derecho que la ley da al procesado plasmando una realidad teórica de estímulo o readaptación, tal como lo concibió el penalista alemán Carlos Roeder en su teoría correccionalista.

Diferencias entre la libertad provisional y la condicional.

a) La libertad provisional procede encontrándose pendiente un proceso, es decir, sin decidirse por una sentencia; en cambio la condicional procede cuando se ha cumplido determinado tiempo de reclusión en base a una sentencia pronunciada en sentido condenatorio;

b) Para decretar la libertad provisional no se necesita guardar reclusión por tiempo mínimo, pues toda vez que la naturaleza del delito lo permita, Art. 86 I., se caucione la ausencia y se obtengan los antecedentes penales que comprueben que no es reincidente (Art. 130 I. O. Poder Judicial) procede.

En cambio para la condicional sí debe acreditarse la mitad o las tres cuartas partes de la pena respecto a la prisión mayor y presidio que se sufre en reclusión;

c) En la provisional conforme a las disposiciones del Código de Instrucción Criminal, Art. 84 I. y siguientes, se debe poner en libertad al reo bajo fianza para realizarse si ésto fuere necesario; en cambio en la condicional la ley no lo exige y aunque así se hace es consecuente de manera práctica o de aseguramiento de la persona dictada por el Juez;

d) Para decretarse la libertad provisional no se exigen condiciones de tipo procesal como la información sumaria de la condicional ni se establecen restricciones domiciliarias, aún ni se provee sobre la ausencia migratoria del procesado, en cambio en la condicional sí se señalan esas restricciones y se exige la previa obtención de buenos hábitos y de trabajos obtenidos durante la reclusión;

e) La libertad provisional que el suscrito llama "cuasi libertad provisional", procede aún cuando el favorecido es ausente en juicio, de conformidad al Art. 95 inc. 2o. I., disposición por la que se otorga fianza para que se levanten las órdenes de captura, toda vez que la naturaleza del delito lo permita; en cambio en la libertad condicional siempre procede para cesar la reclusión que se sufre. Con estas diferencias notamos claro las limitaciones entre ambas.

SEMEJANZAS. = Es importante señalarlas, lo haremos así:

ambas tienen por objeto hacer cesar la reclusión guardada por el favorecido aún pendiente del proceso y después de declarado culpable en su caso, ambas tienden a estimular mediante este beneficio la readaptación del delincuente; también se decretan por petición de parte o de oficio por el Juez de la causa.

5) Revocación de la fianza que asegura la libertad provisional en las siguientes situaciones:

a) En el proceso aún pendiente;

b) Cuando el procesado goza de este beneficio, estableciéndose los motivos o causas por los cuales procede su revocación;

c) Efectos de la revocación, su cancelación.

Los apartados a) y b) se reúnen concretamente en la pendencia del proceso sujeto a una resolución final por sentencia; pues la concesión de este beneficio de excarcelación no es algo definitivo que cause estado dentro del proceso; pues pueden variar las circunstancias que existieron en su otorgamiento inicial por causas establecidas en las leyes; por consiguiente, para una explicación sencilla se ejemplarizará haciendo uso de alguno de los delitos del Código Penal.

PRIMER CASO.- De conformidad al Art. 527 A. inc. 2o. Pn, procede la excarcelación bajo fianza a favor del procesado por delito de homicidio o lesiones en grado u ocasión de imprudencia, toda vez que a quien se concede no cometa el delito manejando un vehículo en estado de ebriedad manifiesta o bajo el uso de estupefacientes o en excesiva velocidad; bien, en un proceso pendien-

te si se otorga este beneficio sin comprobarse al momento de decretarse esas limitaciones no por esa razón causaría estado, pues al rendirse testimonios posteriores que comprobaran esas situaciones señaladas, el Juez decretaría revocación del auto de excarcelación con los efectos legales correspondientes.

SEGUNDO CASO.- Si un proceso se inicia por el delito de amenazas a muerte. Art. 449, No. 2 Pn., es decir simplemente amenazas a muerte sin ninguna condición, el delito sería excarcelable de conformidad con el Art. 86 I.; situación que se revocaría de conformidad al citado artículo en su numeral lo., toda vez que testimonio posterior compruebe que la amenaza condicional ha logrado su propósito, luego la pena señalada en esta nueva situación no es excarcelable acode a su naturaleza.

TERCER CASO.- En un proceso pendiente se diligencia la investigación por un delito de estafa de conformidad a una pena señalada en cualquiera de los dos primeros numerales del Art. 489 Pn.; pero posteriores investigaciones aumentan el monto o cuantía de lo defraudado a conformidad de las penas señaladas en los restantes numerales del citado artículo; el Juez en este caso también revocaría su resolución dictada anteriormente o sea la excarcelación concedida. Como se denota de estos casos apuntados, cuando el procesado goza de este beneficio aún pendiente en proceso la excarcelación decretada no causa estado y si varían las condiciones en que primitivamente se decretó no queda otro camino al funcionario judicial que su revocación, por ya no encontrarse

en un estado legal de mantenerse una resolución de tipo transitorio, más bien no definitiva sino hasta por sentencia ejecutoriada.

c) Efectos de la revocación, su cancelación.- Los efectos dice el autor mexicano Julio Acero (10), son en lo pertinente: "La revocación de la libertad provisional, es pues perfectamente factible en cualquier tiempo del proceso y las causas están específicamente señaladas"; que "en general se refieren estas causas a desobediencias del procesado que no se le presenta cuando se le cita o abusa inconvenientemente de su libertad, o a la superveniencia de datos que hacen probable la aplicación de pena mayor -- que la presumida para la concesión o por otro motivo establecen -- el temor de la fuga". Como se ve de la adaptación a los párrafos transcritos dicha resolución de revocatoria tiene por objeto inmediato cancelar la garantía que ampara el beneficio, estableciendo causas diferentes o más amplias a las contempladas en el Art. 92 I.; donde se establecen causas mediante las cuales la garantía que ampara la libertad condicional cesa, comentario que ampliaremos en la segunda parte de este trabajo; por tanto, nos conformaremos por ahora en manifestar que la revocatoria procede:

- a) En cualquier tiempo durante el proceso pendiente;
- b) Que su efecto es cancelar la garantía con su consecuente procedimiento de efectividad;
- c) Que procede por motivos legales, en nuestro caso Art. 92 I.,
- d) Que pone fin a la libertad condicional.

(10) Procedimiento Penal, Julio Acero, Pág. 403 a 404, Obra citada

En cuanto a la cancelación de la fianza o cualquier otra garantía caucionaria, diremos que es el efecto inmediato de la revocación del beneficio; pues como dice el autor Enrique Jiménez Asenjo (11); "tratándose de una obligación voluntaria contraída y de carácter accesorio a la principal, la fianza se extinguirá cuando se cumpla la obligación principal o sea natural (por muerte del procesado) o jurídicamente imposible su cumplimiento. Así se cancelará la fianza:

1o) Cuando el fiador lo pidiere presentando a la vez al procesado;

2o) Cuando éste fuere reducido a prisión;

3o) Cuando se dictare auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o cuando siendo condenatoria se presentare al reo a cumplir la condena;

4o) Por muerte del procesado estando pendiente la causa".

Así la exposición de esos casos señalados por dicho autor no ofrece duda salvo el caso de sobreseimiento que en nuestra legislación, conforme al Art. 184 I., está sujeto a una prescripción especial. En nuestra ley la cancelación de las garantías se encuentran determinadas en los Arts. 97 y 98 I.; en conclusión, la cancelación de la fianza es la extinción de la garantía de que pende la libertad provisional ya durante el proceso o por resolverse definitivamente el caso concreto mediante una sentencia.

(11) Derecho Proc. Penal, E. Jiménez Asenjo, Pág. 93.

CAPITULO IV

DEL OBJETO DE LA FIANZA COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA OBTENER PARTICULARMENTE LA LIBERTAD PROVISIONAL.- Ya hemos dejado establecido a lo largo de este tema que la fianza o en general cualquier otra garantía como la consignación, la hipoteca, etc., son presupuestos necesarios e incluíbles para que cese la prisión - que se guarda por quien resulta favorecido al libertársele provisionalmente; es decir, que sin garantía que asegure el ausentamiento del procesado será imposible decretarse la libertad provisional, pues este margen patrimonial asegurará la presencia o regreso del favorecido cuando lo amerite causa legal; dado este motivo tenemos que establecer cuáles son sus objetos inmediatos y mediatos, así como las diversas garantías que además de la fianza prestan la misma función o efectos consistentes en asegurar la libertad provisional ante la cancelación de las mismas.

1) Objeto inmediato.- El objeto inmediato tiende a cesar la reclusión, por medidas de política social es beneficioso conceder este privilegio a delitos menores o de poca gravedad o trascendencia social.

2) Objeto mediato.- Este tiene por objeto medidas readaptativas, pues concederse al presunto delincuente este beneficio causa en la generalidad de los casos un estímulo que promueve a quien se favorece a una meditación o reflexión en la prevención del delito cometido; así por ejemplo, alguien responsable de un delito en ocasión de imprudencia causado por alguna negligencia

o falta de precaución en la conducción de automotores tratará de observar en un futuro con más cuidado las leyes de tránsito.

3) De las diversas garantías que sirven de objeto a la fianza para obtener este beneficio:

- a) Primeramente de la fianza;
- b) De la consignación;
- c) De la hipoteca;
- d) Cancelación de estas garantías;

No sólo es exclusivo de la fianza el de servir de caución a la libertad provisional durante su vigencia, además existen regladas por nuestro Código de Instrucción Criminal la consignación y la hipoteca, cuyos efectos o consecuencias son hasta - cierto punto más seguros de realización debidas a su propia naturaleza dada la materialización real de la cantidad en efectivo - propio de la consignación y la preferencia crediticia de la hipoteca (Art. 2217 C.); estudiaremos someramente estas situaciones para evitar disgregaciones fuera de las proyecciones formales de la presente tesis.

De la fianza suficientemente se ha hablado, sólo nos - resta agregar que objetos valubles económicamente pueden servir como base material a la garantía que representan; por ello los - Jueces visan como suficientes las basadas en escrituras de dominio sin gravámenes o aún en este estado con un margen suficiente para allanar su monto que se encuentren debidamente registradas en la oficina correspondiente; también aceptan como objeto de la -

fianza o de certeza económica la posición de un tipo valorativo en personas por ellos conocidas, siendo esta calificación a juicio discrecional de los mismos sin mayores indagaciones al respecto; resulta, pues, así establecidos los presupuestos materiales de la fianza en su objeto referido a esta naturaleza.

DE LA CONSIGNACION.- Se puede definir como el depósito de dinero en la cantidad señalada por el Juez de la causa con el único efecto de asegurar la ausencia del favorecido por el beneficio de la libertad provisional; generalmente no es muy usada en la práctica judicial, pues la retención de dicha cantidad se relegará hasta la confirmación final de la misma, en base a una sentencia absolutoria; este modo de caucionar se usa generalmente ante la ausencia de fiadores en nuestro medio profesionales, cuyo cupo legal de otorgamiento de fianzas ha llegado a su límite; en consecuencia, este aseguramiento y su devenida obligatoriedad se asimila a la constitución y sobre todo a efectos propios de la fianza.

LA HIPOTECA.- Nuestro Código Civil en el Art. 2157 No. 1 dice: "que la hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito sin que por eso dejen aquéllos de permanecer en poder del deudor". De esto se denota que escriturándose ante Notario Público conforme al Art. 2159 C., tiene plena validez como contrato de carácter accesorio y una vez otorgada en dicha forma y presentada ante el Juez de la causa como garantía, dicho funcionario tendría que decretar la

libertad provisional de quien se encuentra en situación generadora del beneficio, esta garantía real asegura en mejor forma la ausencia del procesado, pues inscrita en el correspondiente Registro de Propiedad Raíz e Hipoteca tiene preferencia en cuanto a su efectividad que estaría lejos de pensarse en una posible insolvencia del obligado por fianza, aunque es dable admitir un trámite más engorroso y dilatado para el normal funcionamiento de esta garantía.

d) CANCELACION DE ESTAS GARANTIAS.- Sobre la fianza ya nos referimos en la parte final del Capítulo III, por lo que nos remitimos a lo expuesto en esa ocasión; así, precisaremos las cancelaciones particulares de las nuevas garantías señaladas, aunque admitiendo que los motivos son similares a los de la fianza. La consignación puede cancelarse en cualquier estado del juicio, toda vez que varíe la naturaleza del delito consecuente a una pena mayor o a situaciones modificativas de la participación del presuntamente responsable, aspecto propio de ámbito delincucional y finalmente por la sentencia absolutoria ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada. Su cancelación formal se hará por auto en el proceso en que se mande por el Juez a tener por cancelada definitivamente o a realizarse por revocatoria de la resolución en que inicialmente se otorgó. La hipoteca se cancelará por los motivos expresados anteriormente pero su cancelación aunque ordenada en el proceso se proyectará al Registro de Hipotecas donde por una incidencia directa se cancelará la anotación marginal que la

grava aunque se otorgue por escritura pública .apud acta (Art. 743 C.).

Con lo anterior damos por terminada la parte fundamentalmente doctrinaria para pasar seguidamente al complemento de este trabajo que comprende el comentario, crítica, exposición de reformas, etc., de la reglamentación legal de nuestro Código de Instrucción Criminal (Art. 84 al 98) del Título VII, de la fianza en materia criminal.

SEGUNDA PARTE

DE LA FIANZA EN MATERIA CRIMINAL - REGULACION LEGAL DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN NUESTRO CODIGO DE INSTRUCCION CRIMINAL.-

"ARTICULO 84.- La fianza de la haz es el prometimiento solemne que una persona capaz de obligarse, hace de la seguridad del reo sujetándose a presentarlo en juicio, siempre que se lo mande la autoridad competente."

Nuestra ley da una definición de la fianza llamándola de la haz, lo que equivale a responder de la persona del reo cuando la autoridad judicial lo reclame con motivo legal; por ello es un prometimiento solemne indicándose una ritualidad formal a pesar de que en la práctica judicial se consigna en papel simple que contienen impresas las formalidades de un acta, esta contiene todos los elementos necesarios al menos mínimos para una posterior ejecución; es decir, de realizarse posiblemente la fianza cuando el motivo legal lo amerite; la fianza debe ser rendida por una persona capaz civilmente, entendiéndose de ejercicio no de goce

únicamente sino de conformidad a los Arts. 1316 inc. último 1317 y 1318 C., pues el efecto deseado es salvaguardar la ausencia del reo favorecido con libertad provisional en base al prometimiento solemne del fiador ante el Juez de la causa para la presentación del mismo en juicio siempre que lo ordene la autoridad competente, entendiéndose por ésta no sólo el de Primera Instancia sino también otro tribunal igual o superior que conociese respectivamente por - acumulación de autos, o en grado de revisión o ante la interposición de un recurso como el de apelación. La capacidad respecto al obligarse comprende diversos criterios entre ellos el de contar con bienes suficientes, el de ser el de acreditada conducta, criterios material y formal que solidifican la decisión judicial al respecto. La disposición comentada además de no ser lo suficientemente amplia a efecto de comprender otras garantías como la consignación o depósito de dinero e hipoteca, no dice expresamente que su consecuencia terminal es procurar la libertad provisional sirviendo únicamente como garantía por lo que tácitamente se desprende de la siguiente expresión: "hace de la seguridad del reo sujetándose a presentarlo en juicio siempre que se lo mande la autoridad competente ". De lo anterior denotamos claramente el para qué sirve la fianza llamada de la haz y en consecuencia las otras garantías por ampliación señaladas; lo que es lo mismo que el garantizar la ausencia legal del reo.

"ARTICULO 86.- Si el delito porque se procede tuviere por su naturaleza y no por razón de las circunstancias, pena señalada -

de prisión menor o mayor o pena pecuniaria, el Juez otorgará al procesado la libertad bajo fianza de la haz, siempre que se trate de un delincuente que no hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada, excepto en los delitos, de hurto, robo, lesiones dolosas, y en los delitos enumerados en la Sección 4a. del Título III Capítulo II del Código Penal".

También se concederá la libertad bajo fianza, en cualquier estado de la causa, al procesado que, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes plenamente establecidas, resulte haber estado en detención, prisión o presidio, el tiempo correspondiente a la mayor pena a que pudiera condenársele.

Este artículo comprende las llamadas condiciones de procedencia de la libertad provisional, su análisis merece sumo cuidado para entenderse cuándo y cómo el Juez puede o debe más bien dicho ante una solicitud de excarcelación decretarla; diremos a manera objetivamente histórica que este artículo contaba originalmente de cinco incisos conservándose únicamente con innovaciones técnicas acorde a la práctica nacional los incisos 1o. y 3o. en el momento actual; este artículo ya derogado comprendía en su inciso segundo una situación curiosa cual era la siguiente: de que el Juez una vez depurado el informativo en su parte sumaria y al aparecer comprobada alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad acorde al Art. 8 Pn., y que la prueba de ésta no hubiere sido rendida a solicitud del reo o su defensor o a indicación de los mismos pondría en libertad bajo fianza al procesado;

como se ve esta disposición antes de su supresión era inoportuna por las siguientes razones:

1) Al decretarse una libertad provisional por comprobarse la eximente en el juicio prácticamente terminaba por sobreseimiento conforme al Art. 181 No. 4 I., sin prescripción especial, reglada a esa resolución conforme al Art. 184 I., veríamos pues, que el fundamento, naturaleza y función de la libertad provisional, o sea el ausentarse legalmente del proceso no cumplía el cometido que hemos explicado en la parte doctrinaria; pues, el juicio prácticamente terminaba por sobreseimiento resolución en términos objetivos definitiva, salvo modificación ante consulta o recurso de apelación por la parte agraviada.

2) Venía a constituir una negación al principio general de defensa del procesado, pues aún negando el reo su culpabilidad y no existiendo pruebas en su contra que determinaran la perpetración de un delito doloso no se permitía presentar prueba de alguna eximente de las señaladas en el antes dicho Art. 8 Pn., dando a entender en consecuencia esta antigua disposición que el Juez de la causa aún ante prueba plena de cualquier eximente tenía necesariamente que elevar la causa a plenario por la única razón de que la prueba fue presentada a solicitud del reo o su defensor, salvo que el primero lo manifestare en su primera declaración. Criterio celoso y desconfiado del legislador a los sagrados derechos de defensa del procesado.

Los incisos 4o. y 5o. de la antigua disposición se re-

ferían específicamente a los típicos y comunes delitos nacionales de agresión, disparo de arma de fuego, allanamiento de morada y de amenazas a muerte (Arts. 374, 375, 446 y 449 Pn.); para lograr la libertad provisional en los delitos señalados se seguía un procedimiento especial en que la posición social, conducta anterior, y antecedentes se tenían que probar llevándose su tramitación algunos días, lo que actualmente se economiza procesalmente en virtud de la certificación o informe expedido de conformidad a los Arts. 128, 129 y 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consecuente a probar la no existencia de antecedentes penales.

Verificada esa breve reseña pasaremos al estudio de cada uno de los incisos que actualmente componen el Art. 86 I., pertinentes a la facultad de obtenerse la libertad provisional limitada a penas pecuniarias o de prisión menor, excepto en los delitos de lesiones lo que actualmente perdura, y fue por reforma de mil novecientos cincuenta y siete que se amplió a los delitos de prisión mayor. Comienza indicando la disposición que: "si el delito tuviere por su naturaleza y no por razón de las circunstancias, pena señalada de prisión menor o mayor o pena pecuniaria; el Juez otorgará al procesado la libertad bajo fianza de la haz"; lo que nos determina en primer lugar por qué clase de delitos en dichas situaciones son objeto de libertad provisional; para ello es necesario transcribir los artículos pertinentes del Código Penal vigente que explican en cuanto a su tiempo de duración dicha naturaleza o consecuencia de reproche; veamos lo pertinente: Art. 16 Pn.

La de prisión mayor dura de seis meses a tres años. La de prisión menor dura de treinta días hasta seis meses.

La pecuniaria se concretiza en una multa, concepto patrimonial limitado en su cantidad conforme al Art. 20 Pn.

Expuesto lo anterior a las penas consecuentes al delito susceptible de gozarse de excarcelación, tenemos que convenir que dicha naturaleza está reglada al tiempo de duración de las primeras y de limitación económica a la última, es decir, que se tomará como base el tiempo o cantidad señalado por la ley concretamente para concederse el beneficio; es decir, sin atenuantes o agravantes (Arts. 9 y 10 Pn.); así, si alguien cometiere delito de abusos deshonestos tipificado en el Art. 393 Pn., apareciendo como prueba única su confesión clara, espontánea y terminante (Art. 404 I.) y además su presentación voluntaria, atenuante establecida en el Art. 9 No. 7 Pn., no se cambiaría la naturaleza del delito que ya tiene señalada una pena de presidio, pues lo que disminuiría será el tiempo de reclusión del procesado, mas no convertiría un delito castigado con pena de presidio, en una de prisión mayor en cuanto a su duración; por tanto, no se podría decretar en este caso la libertad provisional a favor de un procesado en el delito que hemos puesto de ejemplo, a pesar de que concurren las atenuantes señaladas. De lo expuesto entendemos que los delitos por los que procede la libertad provisional, deben tomarse simplemente en razón a la pena que tienen señalada en el Código Penal como tales sin tomar en cuenta aquellas circunstan-

cias modificativas de la responsabilidad penal; también se establece para el Juez la obligatoriedad de concederla ante la respectiva solicitud consignada en la palabra "otorgará", enunciándose así un enmarcamiento al funcionario judicial en un sistema legal exento a toda discrecionalidad en cuanto a la concesión del beneficio; pero esta regla general no es absoluta como versión objetiva pues no es siempre la conclusión a su otorgamiento porque el mismo inciso establece dos clases de limitaciones:

a) Cuando el procesado no fuere reincidente, Art. 10 No. 16 Pn. y b) en los delitos de hurto, robo, lesiones dolosas y delitos constitutivos de actividades anárquicas o contrarias a la democracia; las razones son a mi criterio particularmente las siguientes: en el caso de la reincidencia la libertad provisional no allanaría una de sus funciones sociales la de ser eminentemente readaptativa, pues ante tal situación se estaría sancionando a quien no tuvo escarmiento ante el reproche de una conducta anterior y todo el edificio de garantía concedido por la ley carceraria de objeto; ósto sin embargo, no opera sin antes existir en contra una sentencia ejecutoriada, porque así como está redactada esta limitación un delincuente antes de ser condenado ejecutoriadamente, es decir, por una sentencia firme puede cometer una multitud de delitos, por ejemplo: de amenazas a muerte en una misma o varias personas, de estafa que tenga señalada pena de prisión mayor, de usurpación (Art. 476 y 477 Pn.) y siempre obtendría el beneficio de excarcelación por no haber sido condenado ejecutoriada-

mente el sujeto activo; por ende, el suscrito estima que es procedente señalar como otra limitación para no conceder el beneficio de excarcelación el cometerse varios delitos probados en los procesos cuyas penas fueren de las señaladas como beneficiadas por la naturaleza de su pena según este inciso, previo el trámite consecuente a la acumulación de autos y a juicio discrecional del Juez; así conforme al planteamiento señalado, el funcionario no podría decretar la libertad provisional. Se propone la discrecionalidad del Juez para evitarse oprobios o enemistades consecuentes a una venganza personal en contra del delincuente, pues delitos como el de amenazas a muerte ocupan en nuestro medio buen espacio de los archivos de los tribunales y sólo será en razón de una peligrosidad concebida en la inteligencia del Juez obstáculo a su concesión.

En cuanto a las otras limitaciones tenemos que convenir en la común continuidad o repetición en nuestro medio, principalmente de los delitos contra la propiedad (hurto y robo), cuya erradicación debe ser objeto en nuestro medio de profundo estudio socio-económico, educativo, etc.- Con respecto a los delitos de lesiones no obstante su continua materialización ya su situación cambia porque las raíces de estos delitos no son tan profundos como las contra la propiedad; a veces, existen motivaciones justas al menos de tipo moral en su consumación que deberían ser apreciadas discrecionalmente por el Juez. Así cree el suscrito que debe operar la excarcelación de esta clase de delitos basada en la

prudencia del Juez aunque sí amparado por el recurso respectivo.

En cuanto a los delitos políticos de desdichada aparición en nuestro medio por Decreto Legislativo No. 145, de septiembre de 1962, publicado en el D. O. No. 173, del 21 de septiembre del mismo año, es una respuesta castrence al desarrollo de ideas sociales cuya aceptación en nuestro medio ha tomado auge - estos últimos tiempos; pero todo esto sí viene a ser con carácter de represión una respuesta negativa a la necesidad de reformas sociales de suyo urgentes que despejen un individualismo romántico para transformarse en algo beneficiosamente colectivo; pero lo preventivo o de seguridad en esta clase de delitos es propio de la mayoría de gobiernos latinoamericanos. Esta reforma se promulgó ante una serie de delitos de esta naturaleza cometidos antes de mil novecientos sesenta y dos, no tipificados felizmente en disposiciones del Código Penal vigente, siendo ésta la razón técnica de aparición de la Sección Cuarta del Título III del Código Penal, en relación a reforma del Art. 86 I., en comentario.

DOCTRINA.- Jurisprudencia en que no procede la excarcelación.- No. 6.- Sentencias de la Cámara de Tercera Instancia.

I.- Cuando un reo comete en un solo acto los delitos de disparo de arma de fuego y lesiones menos graves, procede castigar separadamente cada uno de estos delitos, por ser así más favorable al reo que aplicar la regla establecida en el Art. 64 Pn.

II.- El revólver no es arma inherente al delito de disparo de arma de fuego cometido con él, y menos al de lesiones re-

sultante de este disparo de revólver, debiendo estimarse como concurrente en ambos delitos la agravante de arma prohibida.- Rev. Judic. Tomo XLI, 26 de Feb. de 1936, Pág. 176 (12).

No. 14.- I.- Delinque un chofer por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, si conduciendo una camioneta de una calle pública de una ciudad, marcha a su izquierda yendo a su derecha dos secciones de policía, y acelera su velocidad cuando se acerca a una esquina donde la calle corta la avenida, para cruzar hacia el sur antes que lo hagan las secciones de policía, y entonces al verificar el cruce, viendo el peligro inminente de un choque con un auto que marcha veloz de sur a norte, viró bruscamente a su derecha y fue a chocar la camioneta contra la puerta de una de las esquinas del lugar, contraminando a dos personas que sufrieron lesiones graves que les produjo la muerte.

II.- En el caso expuesto, es responsable el reo de dos delitos de homicidio cometidos por simple imprudencia, conforme al Art. 527 inc. 2o. Pn., y debe aplicarse a dicho reo la pena legal que corresponde a cualquiera de esos delitos elevada en una tercera parte, con la rebaja de una sexta, por la atenuante de la buena conducta anterior del procesado; sin cambiarse la naturaleza de la pena de prisión mayor por la de preesidio, por no tener aplicación en este caso el inc. 3o. del Art. 17 Pn.- Rev. Jud. Tomo XLI, 24 de junio de 1936, Págs. 192-193 (13).-

JURISPRUDENCIA PARA APRECIAR EL CRITERIO DE LA REINCI-
DENCIA.- I.- No puede ser objeto de un fallo del Tribunal Superior

(12) Rev. del Ministerio de Justicia No. 5, Enero-Diciembre de 1964
Pág. 446.

(13) Rev. del Ministerio de Justicia citada. Pág. 448-449.

que conoce en grado, un delito de agresión por el cual no se ha elevado la causa a plenario, y por otra parte ese delito no está bien caracterizado, por cuanto resulta de autos que el ataque no fue imprevisto y por el contrario aparece que el ofendido trató de evadir ese ataque.

II.- Para que concurra la agravante de reincidencia, no es necesario que cuando se cometió el nuevo delito esté condenado ejecutoriamente el reo por otro delito similar anterior; basta que esta circunstancia exista cuando se esté juzgando a dicho reo por el segundo delito. Rev. Jud. Tomo I, 3 de enero de 1945, Pág. 263 (14).

El segundo inciso de este artículo 86 I., es una consecuencia práctica del ritmo más o menos dilatado de los procesos tramitados en los Tribunales del país a pesar de los Arts. 175, 189 inc. 3o. I.; esto es excusable hasta cierto punto por el volumen de trabajo, escasez de personal idóneo y medios escasos de investigación. La razón de este inciso responde a reparar o prevenir el daño de que un encausado aún sin haberse decidido su causa por una sentencia cumpla en reclusión la mayor pena incluyendo atenuantes y agravantes a que pudiera condenársele; en el estudio de esta disposición caben preguntarse las siguientes cuestiones:

a) Se trata de una verdadera libertad provisional? La respuesta es afirmativa, pues no puede confundirse con la llamada libertad condicional ya estudiada porque en esta última ha prece-

(14) Rev. del Ministerio de Justicia No. 5, año 1954, Págs. 549 a 550.

dido una sentencia condenatoria y en este caso de cumplimiento de sentencia aún no se ha obtenido dicha declaratoria por eso es procedente hablar de libertad provisional por lo que el beneficiado en caso de ser declarado culpable únicamente será responsable para los efectos de la responsabilidad civil, Art. 69 Pn., pero no para volver a reclusión desde luego que la sufrió antes de decidirse su situación definitiva de culpable o inocente.

b) Procede este beneficio para toda clase de delitos no obstante el inciso primero de este artículo? Es indudable que en este caso ya no se toma en cuenta las limitaciones propias que se oponen al excarcelamiento de los delitos de lesiones, hurtos, robos y en general que tengan una pena que sobrepase a la prisión mayor; pues lo que se toma en cuenta es el tiempo sufrido en reclusión - por el procesado para concedérsela y no es propio a su naturaleza; así, si en un proceso por homicidio contra un reo dilata más de quince años y computado en tiempo de prisión a que podría ser condenado se allana, el procesado deberá ser excarcelado conforme esta disposición. En la práctica ante solicitud de parte o de oficio por el Juez de la causa según obligación por el Art. 527 No. 5 I., se ordena por auto en el proceso para que se practique el cómputo o recuento de tiempo que tiene el procesado de estar detenido con o citación de partes (para este último caso en la etapa plenaria), y en base al resultado decreta o no excarcelación bajo fianza. El fundamento de esta disposición es de orden práctico y además para evitar que el procesado sufra mayor pena de reclusión que la que

le correspondería en caso de ser declarado culpable, máxime si en su debida oportunidad se le declara inocente.

c) ¿Procede a favor de un reincidente? La disposición es clara al indicar que se tomen en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes plenamente establecidas, es decir, no distingue ni excepciona la reincidencia; aún más, si se puede excarcelar - por cumplimiento de una pena total durante la vigencia de un proceso pendiente resulta lógico que la agravante de reincidencia modifica la regla general.

La reforma de este inciso se dio en mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, publicada en el D. O. de 4 de junio de 1958, para completar las reformas del año 1957 que no comprendían este caso no obstante que el espíritu de este inciso deviene desde el primer Código de Instrucción Criminal Salvadoreño.

"ARTICULO 87.- La fianza en las causas por delitos, sólo podrá ser decretada por el Juez o el Tribunal que estuviere conociedo o pudiere conocer en cualquier instancia aún a solicitud verbal del procesado o de cualquier otra persona.

Si al hacer esa solicitud se encontrare el proceso fuera del Juzgado o Tribunal, en práctica de diligencias, se pedirá en el acto para resolver lo conveniente".

Comprende este artículo a la autoridad competente para decretar la libertad provisional en las causas por delito que según su naturaleza sean objeto de este beneficio; para entender lo debemos delimitar las instancias en que puede decretarse, pues

jurídicamente es entendido que tan Juez es el que conoce en primera instancia a quo, como también los Magistrados de las Honorables Cámaras de Segunda Instancia y de la Corte Suprema de Justicia, - pero la problemática de este artículo no se discute en cuanto a que el Juez de Primera Instancia y los señores Magistrados que integran una Cámara de Segunda Instancia puedan decretar la libertad provisional o excarcelación bajo fianza cuando conocieren en su debida oportunidad, pues el artículo determina que podrá ser decretada por el Juez o Tribunal que estuviere conociendo o pudiese conocer. Por lo primero se debe de entender la plena jurisdicción y competencia que se tenga en el conocimiento del proceso; por poderse conocer como el elevarse la causa mediante el recurso respectivo a conocimiento de otro Tribunal de jerarquía superior en nuestro medio, la Cámara, de manera que ya se conozca originalmente o por objeto de recurso quien en esa oportunidad conoce, puede decretar la libertad provisional a solicitud verbal del procesado o cualquier persona; este derecho de ciudadano no tiene cortapiza o limitación, pues ante una solicitud procedente el Juez debe decretarla ya provenga de un tercero que no tenga nada que ver en el proceso, así como el defensor y aún del Fiscal del Jurado o Específico que tengan a bien solicitarla. En cuanto a la solicitud del procesado bien puede hacerla al rendir su indagatoria consignéndose por escrito, o también puede hacerla verbalmente, lo que es extensivo a las personas enumeradas como legítimas peticionarias con la salvedad de que al hacerse verbalmente se deje cons-

tancia en el proceso a manera de consignarse como garantía o seguridad.

La realización de este derecho de petición es hasta cierto punto de carácter general.

En cuanto a que se pueda decretar la libertad provisional por los Magistrados que conocen en grado en la respectiva Sala para el caso, de lo Penal, dada la organización jurídica de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a los Arts. 82 C. P. y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos indica que la Corte estará compuesta por diez Magistrados, siendo uno de ellos el Presidente y conforme al Art. 4 de la última ley para división de trabajo se establecerán las Salas entre ellas la que conoce en materia penal, cuyas atribuciones se reglan al tenor del Art. 50 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial; estas atribuciones son especiales que llegan a su conocimiento en base a recurso respectivo interpuesto en tiempo y forma; veremos pues, que al elevarse a su conocimiento un proceso precisamente en base a la procedencia o no de una libertad provisional tendríamos que preguntarnos si sería de competencia de la Sala de lo Penal resolver lo pertinente; en primer lugar se contesta que un recurso por un móvil como es el decretarse legalmente o no una excarcelación no es propio de una sentencia o auto definitivo Arts. 26 y 27 Ley de Casación, pues hemos manifestado en la parte doctrinaria de esta tesis que la libertad provisional o la excarcelación bajo fianza es una parte o fracción del proceso, no regu-

lar sino eventual propio a determinados delitos (Art. 86 I.); que no varía la decisión fundamental de un proceso traducida en una sentencia y siendo así, tenemos que concluir que ni siquiera sería objeto de conocimiento su antes dicha procedencia o improcedencia a resolverse por la Sala de lo Penal. Por otra parte, si esta decisión fuere decidida en pleno por la Honorable Corte Suprema de Justicia no la podemos ubicar dentro de sus facultades - enmarcadas en el Art. 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; - por tanto, concluimos, más que el Art. 87 I., se refiere únicamente a los Jueces de Primera Instancia y a las Cámaras de Segunda Instancia cuando se habla de Tribunal y no a los (Jueces) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ya en su dictamen particular y técnico (Sala de lo Penal) o de conjunto (Corte Plena); además, la Sala de lo Penal al conocer de un recurso de casación que es de naturaleza extraordinaria no causa instancia de acuerdo al Art. 6 Pr.- Se excepcionan únicamente aquellos delitos en que la Cámara de lo Penal conoce en primera instancia y la Sala de lo penal en segunda instancia, tocando a la Corte en Pleno resolver del recurso de casación. Arts. 283 I., 211 C. P. y 89 No. 13 C. P.-

El segundo inciso revela toda una acuciosidad en el diligenciamiento de una solicitud de esta naturaleza, pues su retardación podría traer como consecuencia que el procesado en el particular caso del inciso 2o. del Art. 86 I., sufra una mayor detención a la pena correspondiente. Las causas por las que puede encontrarse fuera del Tribunal competente un proceso son entre varias las

siguientes:

a) Por provisión u orden del Tribunal Superior al inferior para la práctica de una diligencia como ampliación del acta de inspección con reconstrucción de hechos por testigos presenciales, práctica de exhumación para comprobaciones del cuerpo del delito o delincuencia;

b) Por haberse dado en conocimiento para estudio a alguna de las partes con motivo de traslado en que sea necesaria oír su opinión;

c) Por sacar el proceso de la oficina del Juzgado el Juez Ejecutor nombrado para diligenciar una exhibición personal;

d) Por solicitar el proceso la Corte Suprema de Justicia para resolver en definitiva lo indicado respecto a la exhibición personal, aunque estimo que en estos casos últimos (c y d) no se podrán tomar medidas apremiantes como en los primeros por tratarse de un recurso constitucional que prevalece sobre la materia penal de tipo secundario y además porque la citada Corte puede resolver que no existe ni mérito para que un procesado continúe en detención obteniéndose en este caso la libertad sin fianza.

Finalmente merece aunque en forma breve, algún comentario el problema de competencia entre dos tribunales, ya sea esta positiva o de conocimiento y negativa o de abstinencia; en este caso el suscrito opina que es un caso en que el proceso se encuentra fuera del Tribunal de conformidad al comento de este artículo;

pues si un Tribunal se declara incompetente remitiendo el proceso al funcionario que según su criterio es el que debe conocer, encontrándose por otra parte ante una solicitud de excarcelación - cuando ya ha remitido efectivamente dicho proceso, esta solicitud queda en suspenso por falta de oportunidad; lo mismo sucedería si se presenta ante el Juez remitido, una solicitud sobre este mismo punto; y por otra parte el Juez remitido considera que no es el - competente remitiendo el proceso a la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que dirima esta situación legal, observamos pues, que la petición quedaría en suspenso porque no se sabrá ante qué Juez de los que pugnan conocer o ser incompetente se podría solicitar el beneficio, aunque se reúnan las cualidades ya señaladas.- En este caso pues la solicitud queda pendiente por no poderse saber, sino hasta la decisión de la Corte quien determinará al Juez competente para conocer del proceso y por ende de la libertad condicional.

"ARTICULO 88.- Toda persona capaz, de acreditada conducta y solvencia económica suficiente, podrá ser fiador de la haz, excepto los militares en actual servicio y los funcionarios públicos con goce de sueldo.

En el Decreto que admita la fianza fijará el Juez el - monto de ella tomando en cuenta la naturaleza del delito, sus circunstancias modificativas, el escándalo social a que haya dado lugar y la condición económica del procesado".

Esta disposición comprende los lineamientos generales que

toma en consideración el Juez para admitir como fiador a quien se obligará ante la libertad provisional concedida al procesado; establece pues, la seguridad económica de realización de la fianza y otra garantía tomándose como base su objeto en personas capaces, de acreditada conducta y solvencia económica. Revisaremos someramente estos postulados desde luego que se estudió extensivamente en la parte doctrinaria de esta tesis (Cap. II) así:

a) Por capacidad debe entenderse la de ejercicio, Arts. 1316 inc. último, 1317 y 1318 C., consistente en poderse obligar por sí mismo y sin ministerio o autorización de otra persona;

b) Que tenga una conducta acreditada como socialmente aceptable ya en el campo público y aún en el privado; y

c) De solvencia económica suficiente calificado en bienes completamente saneados o si se encuentran gravados, con margen suficiente para cubrir la realización de la fianza, en todo caso que se impusiere la necesidad de prestación. El problema de interpretación de este inciso es el de que si los criterios señalados basta que aparezcan separadamente o en forma unitaria para que en base a su particular aparición o de necesario concatenamiento se concedan; el suscrito es de opinión que operan en forma unitaria, es decir, de necesidad de conexión entre los mismos porque basta pensar que una persona posee un gran patrimonio (fortuna), pero puede ser incapaz, es decir, no titular de obligarse por sí mismo, de manera pues, que para que el Juez tenga a alguien como fiador éste debe de ser capaz, de acreditada conducta y de solvencia eco-

nómica suficiente.

Pero este artículo contempla dos excepciones que son respecto a militares en actual servicio y de los funcionarios públicos con goce de sueldo, es decir, que aunque ellos reúnan las cualidades exigidas ya señaladas no pueden ser aceptados como fiadores de la haz. La razón de esta excepción es el desempeño transitorio y no perpetuo de funciones ya militares o públicas de los excepcionados, pues conforme al Art. 50 inc. 2o. C. P., se indica que "no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios", y entonces no se tendría seguridad ante la necesidad de su prestación; también se toma como criterio a estas excepciones nuestro propio ambiente plagado de privilegios a favor de castas burócratas y militares, que harían insegura o quizás dificultosa la realización de la fianza.

Esta excepción debe desaparecer, pues no hay razón de su existencia, máxime ante el principio de igualdad, Art. 150 inc. lo. C. P.; por tanto, propongo su supresión, pues en la actualidad hace nugatorio dicho principio recogiendo un ambiente o práctica de superioridad de la alta burocracia y carrera militar en el país.

En el segundo inciso se fija la admisión de la fianza por el Juez cuyo monto se basamenta en la naturaleza del delito, sus circunstancias modificativas, escándalo social y condiciones económicas del procesado; condiciones hasta cierto punto discrecionales y limitativas a la actuación del Juez; al efecto de estas medidas serán propios de la responsabilidad civil deducida de la -

condena del procesado, una crítica sí es necesaria hacer a este inciso, cual es el de que sale sobrando que se tome en cuenta la condición económica del procesado, pues él no es quien se obliga, Art. 84 I., sino el fiador al que al calificarlo como tal sí se debe de tomar en cuenta su situación propia a su solvencia económica porque diferente y de materia civil será la realización entre el procesado y fiador una vez que éste con motivo legal ha cumplido con el monto de su obligación; aún así, sólo sería necesaria como dije anteriormente para los efectos de la responsabilidad civil, Art. 68 y 69 Pn. y no para la calificación de la calidad y cuantía de la fianza.

"ARTICULO 89.- El Juez o Tribunal, que estuviere conociendo o pudiere conocer en cualquier instancia podrá permitir que el reo de cualquier delito que se hallare enfermo de gravedad y no pudiere curarse cómodamente en la cárcel, sea trasladado a un centro de salud durante el tiempo necesario para su curación, pre-vio dictamen facultativo practicado por los médicos forenses o - por peritos especializados cuando el caso lo exija."

Este artículo contempla un caso de no excarcelación que no corresponde a los principios generales que inspiran la libertad provisional; se basa en razones de humanidad ante el defectuoso sistema penitenciario del país donde más que seguridad física o de salud es un núcleo de contagios dado la ausencia de higiene del antes dicho sistema carcelario; esta pseudo excarcelación procede por cualquier clase de delitos porque estuviere procesado a quien

se concede, es decir que no toma en cuenta la naturaleza del delito de lesiones, hurto, homicidio, etc.; viene a cumplir como expresé postulados humanitarios. Para concederse debe preceder solicitud de examen forense o de peritos especializados cuando lo amerite, quienes en su caso deben examinar al enfermo y comprobar que el quebranto de salud es de naturaleza grave y que en reclusión no obstante asistencia médica no se puede llegar a un restablecimiento, por consiguiente es necesario recluirle en un centro de salud. En nuestro medio el Juez tiene conocimiento por el Alcaide de las cárceles quien le transcribe el dictamen clínico generalmente del médico de las cárceles, ordenando el Juez ante tal situación el reconocimiento forense para establecer o no dicho extremo; también y actualmente se mantiene en el Hospital Rosales de esta ciudad - una Sección con las seguridades del caso, para trasladar al procesado enfermo realizándose en consecuencia esta visión humanitaria plasmada en nuestro Código.

Dice el Doctor Guillermo Osegueda Peralta, en sus Comentarios al Código de Instrucción Criminal: "que antes de la reforma el reo debía rendir fianza lo que era absurdo, y que semejante postura era un atentado de lesa humanidad, pues el reo en general pobre, podría morir por no tener un fiador y para poner fin a la injusticia fue que se reformó este artículo; agrega acertadamente que hay un Decreto Legislativo que especifica que tanto el Hospital Rosales como el Tisiológico de Soyapango se consideran anexos al Penal; para no tramitar permiso ante el Juez sobre el traslado del

enfermo para su restablecimiento (15).

El suscrito es de opinión que este artículo ya no es caso atingente a la excarcelación bajo fianza y por lo tanto debe ser trasladado a las disposiciones generales del Título Final del vigente Código.

"ARTICULO 90.- En el caso del artículo anterior el Juez o Tribunal pedirá la custodia debida para el traslado del reo y su vigencia durante el término de su curación y hará que el reo vuelva a prisión en cuanto se restablezca."

Esta disposición reglamenta la custodia y vigilancia durante el tratamiento del procesado; así, como su regreso a prisión después del restablecimiento. Para ello el Juez o Tribunal que estuviere conociendo o pudiere conocer librara oficio al Director General de Prisiones, quien proveerá lo pertinente al orden judicial actuando también este funcionario conforme al Decreto Legislativo relacionado en el artículo anterior. Este artículo debería formar parte del anterior y ser trasladado al lugar que se indicó.

"ARTICULO 92.- El fiador de la haz se obligará a presentar al reo ante el Juez competente, cuando quede ejecutoriada la sentencia condenatoria, y también en el caso en que durante el curso de la causa se revoque el auto que admitió la fianza, o a pagar, si no lo hiciere en el plazo que el Juez le señalare, la cantidad que éste haya fijado.

El fiador incurre en la responsabilidad de que habla el inciso anterior, si no presentare al reo en el plazo que el Juez

(15) Comentarios al Código de Instrucción Criminal por el Dr. Guillermo Osegueda Peralta, Pág. 80, Publicación A.E.D.

lo señale y se hará efectiva ejecutivamente con la certificación de la sentencia que el Juez pronuncie declarando el incumplimiento de la obligación del fiador. Al hacer efectiva la responsabilidad del fiador la cantidad correspondiente ingresará a las arcas nacionales.

Una misma persona no podrá otorgar más de dos fianzas en cada distrito judicial salvo en casos necesarios y a juicio prudencial del Juez, bajo pena de veinticinco colones de multa, por cada vez que se infrinja esta disposición. Para toda nueva fianza será preciso haberse cancelado una anterior, de las dos permitidas."

Este artículo en su primer inciso encierra la realización de la fianza estableciendo los móviles únicamente por los cuales procede hacerla efectiva, siendo éstos:

a) Cuando quede ejecutoriada la sentencia condenatoria, esto es cuando no obstante los recursos legales no se ha podido - destruir el efecto de un veredicto del Tribunal de Conciencia pronunciado de condena en contra de los intereses del procesado; as decir, se ha petitionado a travez de las instancias y no se ha - destruído esa verdad jurídica contenida en el veredicto, ya que ésto sin admitir que constituyese prueba basamenta la sentencia condenatoria firme.

En conclusión, el fin de la libertad provisional que fue constituída durante la vigencia del proceso pendiente para el efec to de que el indiciado no fuese recluído al ritmo de la mayor o me nor durabilidad del proceso, y es ante la adversidad de la senten-

cia condenatoria ejecutoriada que se procede a realizar la fianza cuyos efectos más o menos concretos se estudiarán en el siguiente inciso de esta disposición;

b) También procede la realización de la fianza en el caso de que durante el curso de la causa se revoque el auto que la admitió o a pagar si no lo hiciera en el plazo que el Juez le señalare respecto a la cantidad fijada. Hemos expuesto algo sobre ello al establecer que la libertad provisional no es algo definitivo, pues si bien se concede inclusive dentro del término de inquirir no es obstáculo para que después se revoque cuando las circunstancias han variado; así, si originalmente se otorga favoreciendo al reo procesado por lesiones u homicidio en grado de imprudencia sin infracción de reglamento y después testimonios operan su modificación por indicarse que el sujeto activo conducía en estado de ebriedad o a excesiva velocidad, el Juez tendría forzosamente que revocar el auto en que la concedió, y proceder a citar al fiador para que durante determinado plazo generalmente de ocho días presente a la persona del reo o en su defecto pague el monto de la garantía; por eso, el segundo inciso de este artículo establece ya propiamente los efectos de que el obligado no cumpla; pues como consecuencia de dicha obligación y en justa reciprocidad ha de reconocerse en favor del fiador el derecho a que se le señale un término para presentar al fiado, desde luego que éste no puede - en la mayoría de los casos estar en contacto con el favorecido o tenerlo a su disposición como sería necesario para presentarlo en

el acto.

Pero cómo se hará efectiva la obligación del fiador? La ley dice que ejecutivamente en base a la certificación de la sentencia que el Juez pronuncie declarando el incumplimiento de la obligación del fiador sin señalar procedimiento alguno ni mucho menos jurisdicción ante la cual se debe de diligenciar; para entenderlo mejor tendremos que volver a los casos señalados en el primer inciso: así cuando se trata de una sentencia condenatoria bien la podríamos ubicar en los Arts. 587 No. 4 y 591 No. 1 Pr., es decir, nos encontraríamos ante casos que la sentencia tiene fuerza ejecutiva resultando en su apoyo la certificación literal de la misma que contiene lo pertinente a su efectividad; pero estas disposiciones se refieren a la jurisdicción común es decir la civil dándonos cuenta que con poca fortuna se puede hablar de que el Juez de la causa sea verdaderamente acreedor con título legal a que se refiere el Art. 587 Pr., porque la verdad es que dicho funcionario representa la justicia cuyo exclusivo y privativo funcionamiento es propio del Estado Salvadoreño representado en sus intereses por el Juez General de Hacienda, cual garante de intereses de la Hacienda Pública (Art. 13 L. O. Pod. Jud.); ante esas antinomias el suscrito estima:

a) Que no hay un procedimiento claro sobre la realización de la fianza;

b) Que no se encuentra establecida como atribución específica el funcionario judicial ante quien se debe hacer efectiva la

fianza; por lo que se propone que se agregue al artículo comentado que sería el tercero en la forma siguiente: "Para la realización de la fianza en base a los instrumentos señalados en el inciso anterior será competente el Juez de la causa, quien deberá seguir el procedimiento común, Art. 587 Pr. y siguientes. Se establecen como instrumentos con fuerza ejecutiva además de la sentencia condenatoria, la certificación de la resolución del Juez que declare el incumplimiento del fiador en caso de revocatoria."

Con esta reforma estaríamos de acuerdo con el Doctor - Guillermo Osegueda Peralta (16), "quien acertadamente estima que la resolución del Juez pertinente a cumplirse la obligación del fiador cuando ha transcurrido el plazo y no ha presentado al reo incurriendo por consiguiente en responsabilidad, cuyo objeto es el de una sentencia interlocutoria, sirviendo la certificación de dicha interlocutoria de documento ejecutivo para hacerla efectiva de conformidad al Art. 418 Pr.".- Desde luego que la resolución concediendo o negando una solicitud de libertad provisional se da sobre algún artículo o incidente, pues como hemos apuntado la libertad provisional es un capítulo eventual no regular dentro del proceso; pero no obstante que el distinguido abogado ubica la naturaleza o valía de dicha sentencia no señala el aspecto jurisdiccional o de competencia relacionado en la reforma propuesta. Finalmente en este punto tenemos que aclarar que una sentencia puede causar ejecutoria, es decir quedar firme aún en primera instancia lo que es propio a delitos a que les corresponde una pena de pri-

(16) Obra citada del Dr. Guillermo Osegueda Peralta, Pág. 82.

sión menos o multa que no pase de doscientos colones, Art. 431 I. El inciso final de esta disposición surgió como cortapiza a la existencia de fiadores profesionales que sin limitación alguna se obligaba ante los Jueces de la causa; prácticamente era como en la actualidad su modus vivendi, su negocio; por ello surgió la respectiva reforma limitándose a dos en cada distrito judicial el número de fianzas a otorgarse; ésto sin embargo deja cierta discrecionalidad al Juez bajo una pena de veinticinco colones; en este caso el Juez deberá razonar su criterio para aceptar por tercera o más veces a un fiador cuyo cupo se encuentre en la limitación señalada; práctica que los funcionarios no cumplen fielmente dado que la respectiva Cámara no lleva control; por ello propongo que a continuación de la frase "y a juicio prudencial del Juez" se agregue previo razonamiento del motivo por el que se acepta, quedando como inciso cuarto o final de esta disposición lo siguiente: "La Cámara respectiva llevará un libro de control en el que se anoten los nombres de los obligados, sus generales y el monto de la obligación; verificando la cancelación de las garantías cuando la sentencia quedare firme o conforme a lo propuesto en el Art.97 I.

"ARTICULO 93.- Fuera de los casos expresados en el artículo precedente, el Juez no reclamará el reo del fiador, sino que lo llamará directamente para la práctica de cualquier diligencia a que deba asistir. "

El fiador por reglas consignadas en el artículo anterior termina sus funciones presentando ante el Juez a la persona del -

reo o pagando el monto de su obligación; el presente artículo determina los casos por los que el Juez llama directamente al reo para la práctica de cualquier diligencia a que deba asistir; es decir por ejemplo para ampliarle su indagatoria, para insaculación etc.; pero ésto no es siempre seguro pues considero que este artículo contiene una verdadera laguna legal por la que a veces toda la investigación judicial se pierde por la falta de sanción ante la necesidad de comparecencia del procesado; ésto se puede apreciar y demostrar en el siguiente ejemplo: en un proceso seguido por delito de agresión contra un reo a quien se ha identificado únicamente por un testigo con su nombre y apellido en el sumario, es decir como el responsable de un delito pero además existen otros testigos que identifican únicamente al procesado por su nombre sin apellido o viceversa necesitándose complementarse la prueba con el respectivo reconocimiento en rueda de personas, Art. 573 I.; ante esa circunstancia el Juez cita al procesado favorecido para que se presente a la práctica de una diligencia tan importante como es la de ser reconocido conforme al citado artículo, y completar la prueba para elevar la causa a plenario y someter el proceso al conocimiento del Tribunal de Conciencia, lo que no podrá llevar a cabo por las razones siguientes:

1) No puede apremiar al procesado como remiso porque esta facultad judicial es propia a la comparecencia de testigos y el procesado no tiene tal calidad;

2) No puede obligar al fiador a presentarlo contra ame-

naza de ejecutar su obligación, porque la ley ya estableció el Art. 92 I., para dicho efecto;

3) No puede librar órdenes de captura en su contra porque esta detención sería ilegal;

4) No se puede hablar de una efectiva citación, porque bastaría que se manifestare al citador que el reo se encuentra ausente del país debido a no existir restricción migratoria al respecto;

5) El defensor o asesor legal del procesado aconsejaría al favorecido no presentarse pues así se completaría la prueba del delito de agresión al ser reconocido en base a fundamentos plausibles de testigos en el proceso que medio lo han identificado; pues sabría dicho asesor que tendría que escoger sin ninguna duda el camino del sobreseimiento de acuerdo al Art. 181 Nos. 2 y 3 I. dada la ausencia de señales del delito apuntado (Art. 130 I.), y no aconsejar al reo presentarse para completar ese extremo, luego entonces, qué determinación o recurso quedaría al Juez terminado el sumario, simplemente la de sobreseer por la disposición señalada. Ante ello es necesario regular esa laguna legal por lo que el suscrito propone la reforma de este artículo de la manera siguiente: "Además de los casos determinados en el artículo anterior (93 I.) también se revocará la fianza cuando el procesado no compareza ante el llamado judicial a la práctica de diligencias cuya presencia sea necesaria, notificándose esta situación al fiador al que se le señalará un plazo prudencial para que presente a la persona

del procesado realizándose en caso contrario la fianza. (Segundo inciso).- A efecto de que el favorecido no abandone el país durante la vigencia de la libertad provisional se oficiará al Director General de Migración, quien no deberá autorizar su salida; siendo este funcionario en caso de desobediencia, ser juzgado conforme al Código Penal".

Cuando el suscrito trabajó como auxiliar de un Tribunal de esta Capital, se practicó diligencias al respecto con alguna practicidad; para ello, se libraba citatorio explicativo al favorecido haciéndole saber la necesidad de su comparecencia para no dilatar la tramitación del juicio advirtiéndole que no sería recluído a prisión; así se evitaban trámites de emplazamiento, publicaciones del edicto en el Diario Oficial y declaración del Alcalde de Cárceles sobre la no comparecencia del procesado favorecido, resolviéndose en definitiva más prontamente una causa que de todas maneras debía llegar a Jurado en base a la prueba ya recogida. Esto lo apunto como una aplicación práctica del artículo en comentario.

"ARTICULO 94.- En lugar de la fianza de la haz puede admitirse el depósito ante el Juez de la causa de la cantidad mandada afianzar, o hipoteca de bienes raíces saneados que valgan por lo menos el doble de la expresada cantidad. En ambos casos el reo se obligará a presentarse ante el Juez al ser requerido por éste de conformidad al Art. 92.- Caso de no presentarse el reo dentro del término señalado por el Juez, ingresará a las arcas nacionales

la cantidad depositada o se hará efectiva la obligación en los bienes hipotecados, por quien corresponda, mediante aviso del Juez respectivo, ingresando su producto a las mismas arcas."

Comprende esta disposición la ampliación legal de las garantías ofrecidas, es decir, que además de la fianza operan con el mismo efecto la consignación y la hipoteca; pero lo curioso de esta disposición es que permite a que estas últimas garantías pueden ser rendidas por el procesado para obtener así su libertad provisional. Estas garantías son más seguras pues el hecho de depositarse la cantidad en efectivo o de constituirse hipoteca de bienes del procesado o tercera persona tienen respectivamente las siguientes ventajas:

a) Al proceder la realización de la garantía conforme al Art. 92 I., una vez transcurrido el término para que el reo o el consignante en su caso, no se presenten a cancelarse como legítima consecuencia y la cantidad consignada o depositada sin trámite judicial alguno ingresa a las arcas nacionales;

b) Respecto a la hipoteca es una garantía con privilegio crediticio que opera ante cualquier crédito personal de quien se encuentre obligado; al tramitarse ejecutivamente se va simplemente a lo seguro en cuanto a su realización cuyo titular de ejercer esta acción es el Fiscal de Hacienda, quien actúa en nombre del Estado cuya reclamación la hará ante un Juzgado de lo Civil. Estas garantías pues, son más seguras ante una posterior insolvencia del Fiador. Finalmente notamos que cuando el procesado consigna -

determinada cantidad o se convierte en deudor hipotecario, es él quien promete solemnemente ante el Juez de la causa.

"ARTICULO 95.- En las solicitudes de excarcelación se calificará por el Juez la garantía ofrecida, sin audiencia del - acusador, si lo hubiere, ni del Fiscal, y se otorgará si fuere pro cedente, en el mismo acto de la presentación. Si la excarcelación se solicitare por enfermedad, el Juez nombrará sin trámite alguno de los peritos que deban reconocer al detenido.

Si la garantía fuere dada para no ser llevado a la prisión y el delito estuviere comprendido en las disposiciones del - Art. 86, el Juez la admitirá desde luego, dejando en libertad al solicitante.

Este artículo comprende a la persona del Juez como el único que puede calificar la garantía ofrecida, es entonces bajo su responsabilidad, la determinación del monto y calidad de la misma. Así, y aunque ninguna limitación o restricción exista para su fijación el Juez no podrá fijar la cantidad de MIL COLONES para excarcelar a un reo por el delito de amenazas a muerte, ni la cantidad de CINCUENTA COLONES a quien se procesa por homicidio ante sobreseimiento dictado; ésto pues, queda a la capacidad, prudencia y discrecionalidad del Juez; quien como docto en Derecho para el desempeño de sus funciones debe ser una garantía en el cumplimiento de la justicia.

La libertad provisional como beneficio para el reo, debe resolución operar de manera pronta e inmediata, a fin de no demo-

rar su goce, toda vez que legalmente proceda; esta situación, por lo que la ley no obliga al Juez calificador a dar audiencia al - acusador o fiscal, porque los traslados quedarían sometidos al - azar de que estas personas se encuentren presentes o diligentes a salvar dicha audiencia, no trayendo dilación al respecto, mas aunque no existe recurso conforme al Art. 433 I. al no estar conforme a la excarcelación concedida. Diferente es la situación cuando se declara sin lugar la excarcelación que sí tiene recurso acorde al citado artículo en su numeral segundo.

El segundo caso contempla un impropio caso de excarcelación que anteriormente la he denominado pseudo excarcelación; las razones son obvias porque excarcelación significa gramaticalmente y en el sentido jurídico, sacar de la cárcel a quien se encuentra bajo reclusión; por tanto, notamos la impropiedad de los efectos - que señala la ley. Lo que ocurre en este artículo es que ante la situación de quien en la calidad de procesado se encuentra ausente girándose en su contra órdenes de captura, las que se levantan mediante la fianza para no ser llevado a prisión; cierto es, que no se ha sido recluso, por consiguiente mal se puede decir que el procesado por esta base legal ha sido sencillamente excarcelado, lo que es recomendable por política criminal esta medida, porque nada se ganaría en recluir ante su captura al procesado ausente - quien al presentarse ante su Juez competente prontamente solicitaría su excarcelación de acuerdo a la naturaleza del delito. - Art. 86 I.- Esta situación en la práctica por los tribunales de -

primera o segunda instancia ha sido entendido como otro caso de excarcelación, es decir, lo pertinente a levantarse las órdenes de captura; ¿Pero cómo queda la situación del fiador que ha garantizado el aplazamiento de las órdenes de captura contra el procesado para no ser llevado a prisión? Este problema se resuelve por los siguientes lineamientos:

a) El fiador no es obligado a presentar al reo ante una sentencia condenatoria firme o revocatoria del auto que la concede, porque la libertad provisional coloca al procesado fuera de -reclusión precisamente mediante este nebeneficio, por tanto, en el presente caso no es un efecto deseado por la justicia desde luego que la garantía se ha dado para levantarse las órdenes de captura, situación objetivamente eventual;

b) El fiador puede prácticamente no estar en contacto con su fiado, la mayoría de casos en que el procesado es ausente lo -demuestra; y

c) Se encuentra esta situación en franca controversia a los fundamentos doctrinarios de la libertad provisional.

Esta situación legal no sería pertinente a procesados -por delitos excarcelables conforme a su naturaleza, cuando se siguen trámites para lograr su extradición ante las autoridades correspondientes de otro país; pues nada más oneroso para el Estado extraditante el financiar económicamente el regreso del procesado al país, de quien al solo recluirse se lograría su libertad provisional, situación que sí contemplaría un verdadero caso de excar-

celación regulada con el control migratorio que a manera de reforma se propuso más adelante y además este inciso en comentario debería constituir un artículo especial.

Por las razones expuestas pensamos que en los delitos excarcelables cuando el delincuente deba ser extraditado su situación onerosa es obvia a su inconveniencia.

"ARTICULO 96.- La fianza se otorgará apud acta y la hipoteca por escritura pública que se presentará al Juez de la causa.

El Juez remitirá la hipoteca al Registrador de Hipotecas para su inscripción y al recibir aviso de éste de haber ordenado se inscriba, pondrá al reo en libertad. Inscrita la hipoteca se agregará original al proceso.

Esta disposición es constitutiva a los requisitos de forma que deben observarse al rendirse la fianza y la hipoteca.

La primera se constituye por medio de un acta en el Juzgado o Tribunal que la concede, firmando por el Juez, Secretario y quien se obliga en calidad de fiador; para ello se utilizan formularios previamente impresos que para una mejor ilustración se transcribe uno de ellos.

A C T A D E F I A N Z A

En San Salvador, a las _____ horas y _____ minutos del día _____ de _____ de mil novecientos _____.

Presente en **este Juzgado** _____ Sr. _____, de _____ años de edad, y vecin. _____ de _____

DIJO: Que estando ordenada por el Auto de fs. _____, la libertad bajo fianza de la haz de _____ reo _____ PROCESADO _____ por el delito de _____

Se constituye fiador, obligándose a presentarlo a este Tribunal o ante cualquier otra Autoridad competente, cuando para ello fuere legalmente requerido, y en su defecto, a pagar la cantidad de _____ mandada afianzar.

Leída que le fue esta Acta la ratifica y firma.

(f) _____
EL JUEZ

(f) _____
EL OBLIGADO

(f) _____
SECRETARIO

Vemos que en lineamientos sencillos están contenidos los requisitos mínimos para su ejecución en caso de incumplimiento conforme a lo anteriormente relacionado.

En cuanto a la hipoteca y a pesar de que el Código de Instrucción Criminal omite su regulación tenemos que atenemos propiamente a la naturaleza del contrato cuyo carácter es civil; por consiguiente: se debe hacer en escritura pública (Art. 2159 C.) debiendo inscribirse en el Registro de Hipotecas (Art. 674 No. 3 C.) pues de lo contrario no tendría valor alguno (Art. 2160 C.). Esta situación dada la tramitación más formal de su nacimiento casi por no decir en ningún caso se pone en práctica en el país; pues infinidad de fiadores profesionales suplen lo dilatado, especialmente a lo pertinente a la inscripción registral y siendo esta situación de aseguramiento más real y completa entiendo que a manera de facilitación se debería abreviar los trámites de la manera siguiente:

a) Conceder al Juez de la causa la facultad de ordenar que en el protocolo del Juzgado de lo Civil de su misma jurisdicción se constituya el contrato respectivo a la hipoteca que servirá de garantía;

b) Que una vez verificado lo anterior se remita a inscripción registral, debiendo el Jefe de esta última oficina, declarar dentro de las veinticuatro horas siguientes si se inscribe o no dicha hipoteca dando aviso al Juez de la causa de su resolución para que conceda la libertad provisional, o prevenga al favorecido sobre la rendición de otra garantía;

c) La autoridad judicial ante la que se otorgue el contrato, el Juez de lo Civil en este caso, deberá ser notario de la República aunque tendríamos únicamente como un obstáculo en la práctica nacional, el de existir Jueces de lo Civil designados por autoridad competente, que todavía no tienen facultades notariales, por no haber obtenido dicha calidad, previo examen de incorporación, en base a sus títulos obtenidos en el extranjero. Por lo demás ante esta invitación a la facilidad de poderse otorgar una garantía más segura, ausente a la insolvencia futura del fiador, estimo, podrían ser atendidas las consideraciones señaladas.

"ARTICULO 97.- La fianza de la haz queda cancelada:

1o) Por la muerte del reo o del fiador, pero en este último caso, el reo es obligado a presentar otro fiador;

2o) Por la entrega del reo que hace el fiador en los casos que se le reclama por el Juez;

3o) Cuando el fiador lo solicita, presentando a la vez en cualquier estado del juicio al procesado;

4o) Cuando el reo lo pide presentando otro fiador abonado, o hipoteca o consignación, o volviendo a la prisión;

5o) Por la sentencia ejecutoriada que absuelve definitivamente al reo, o que confirma un auto de sobreseimiento."

"ARTICULO 98.- La hipoteca, o la consignación queda cancelada:

1o) Por la muerte del procesado;

2o) Por la presentación del reo ante el Juez competente

en las épocas designadas en el Artículo 92;

3o) Por solicitarlo el reo presentando a la vez otra hipoteca, o un fiador, o volviendo a la prisión;

4o) Por sentencia ejecutoriada, absolutoria o que confirme un auto de sobreseimiento. "

Estos artículos reglamentan la cancelación de las garantías admitidas como procedentes para otorgarse la libertad provisional, son claros y justificados, que deberíamos prescindir de su explicación, sin embargo nos contentaremos con dar algunas breves explicaciones a fin de evitar toda duda al respecto.

Hay un postulado principal propio al conocimiento de durabilidad por parte del fiador, es decir, un hasta cuándo terminará su responsabilidad para divorciarse de todo compromiso judicial, o bien si se es fiador profesional, para que la limitación del Art. 92 inc. último no opere en su contra y pueda otorgar otra fianza. Veamos los numerales en el orden contenido en estos artículos:

1o) En el número primero de los Arts. 97 y 98 I., cuando el procesado fallece durante la vigencia de la libertad provisional la garantía se afianza, consignación o hipoteca sale sobrando y el Juez, no tendría otro camino que sobreseer a su favor de conformidad a los Arts. 181 No. 4 I., y 83 No. 1 Pn.; pero si es el fiador quien fallece y el reo quiere seguir gozando de libertad provisional, tiene que presentar un fiador sustituto y capaz, - Art. 88 I.

2o) El numeral segundo de los Arts. 97 y 98 procede cuando ocurren las causas señaladas en el Art. 92; el Juez provee a la realización de la fianza; luego si el obligado presenta a la persona del reo ante el Juez, lógicamente termina su responsabilidad a la que se constituyó para excarcelar al favorecido, y si éste es recluso por este medio ya no se puede seguir hablando de que exista una libertad provisional concedida; por tanto, ante este aseguramiento personal la responsabilidad del que constituyó fianza, hipoteca o consignación (depósito de dinero).

3o) En el numeral tercero del Art. 97 I. el fiador no puede contra su voluntad continuar fiando a alguien que le merece desconfianza, repugnancia, etc., es decir si voluntariamente se obliga de la misma manera puede liberarse con la única limitación de que al pedir su exoneración presente al favorecido, quien si quiere seguir gozando de este privilegio tendrá que presentar otra garantía.

4o) No. 4, Art. 97 I y No. 3 Art. 98 I.- La explicación de estos numerales se basa en la mera liberalidad del procesado, cuyos motivos o subjetivo pensar, le puede impulsar a relevar a su fiador original sustituyéndolo por otro, o consignando la cantidad, constituyendo hipoteca o volviendo a prisión. Esto no merece más explicación.

5o) No. 5 Art. 97 I. y No. 4 Art. 98 I.- Este es el final de la libertad provisional, pues si el reo queda definitivamente absuelto en base a sentencia ejecutoriada, es decir firme o

confirmado el sobreseimiento firmado a su favor (Art. 181 Nos. 2 y 3 I.), la garantía pierde su objetivo y queda cancelada como lógica consecuencia; sólo en el caso de prescripción especial del auto de sobreseimiento, en base al Art. 184 I. quedaría en suspenso dicho término, deveniendo de ello en definitiva.

A P E N D I C E

No quiero terminar la presente exposición sin antes transcribir algunas opiniones de connotados maestros de Derecho Procesal Penal, vertidas en la IV JORNADA LATINOAMERICANA DE DERECHO PROCESAL, celebrada en Caracas, República de Venezuela, del 27 de marzo al 3 de abril del presente año. A ella concurrieron delegados de nuestro país y entre los temas a tratarse se conoció de - LA LIBERTAD PROVISIONAL.

La procesalista Uruguaya, Marta Jardi Abella, llega entre varias, a las siguientes conclusiones de importancia:

- 1) Que conforme a la Constitución de su país, la libertad Provisional, es un derecho de tal naturaleza;
- 2) Que la libertad provisional es de carácter represivo, pues si la privación de la libertad opera, debe estar enmarcado mediante la garantía del debido proceso;
- 3) Que ante el cese de la prisión preventiva aparece la libertad provisoria como un derecho.
- 4) Que la ley Uruguaya establece la Institución de la Libertad Provisoria en carácter de prevención general (17).

Por su parte, el notable procesalista argentino Dr. Alfredo Velez Mariconde, después de plantear el problema aún en sus bases históricas, consecuente a la famosa declaración francesa de los Derechos Humanos, llega a las siguientes conclusiones:

- 1) En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, se pueden establecer las siguientes conclusiones: la Constitución consagra (Derecho Argentino) la potestad jurisdicciones del Estado y el -

(17) La libertad provisoria del detenido como Derecho y como Institución de la provisión criminal. Informe de Marta Jardi Abella. Pág. 1 a 9. Jornada Procesal citada.

Derecho Subjetivo a la libertad personal del individuo; el segundo sólo puede ser abolido después de un proceso legal y en virtud de una sentencia que declare la culpabilidad del imputado y le imponga una pena privativa de libertad.

2) Por fuerza de otro principio constitucional antes de la sentencia condenatoria del imputado es inocente, de tal modo que durante el proceso incoado en su contra, su libertad sólo puede ser restringida a título cautelar, siempre que exista la necesidad de asegurar el imperio del orden jurídico, es decir, de la necesidad de impedir que el procesado obstaculice el ejercicio de la función jurisdiccional o eluda el juicio plenario a la ejecución penal.

3) Por consiguiente, la detención y la prisión preventiva deben tener carácter provisional y cautelar.

a) A la detención del imputado no debe autorizarse cuando el delito no esté reprimido con pena privativa de la libertad o el Juez considere que procederá condena condicional (principio general), salvo que el imputado sea sorprendido en flagrancia o que existan motivos graves para sospechar que él no cumplirá la orden judicial de comparecencia (excepciones).

b) La prisión preventiva no debe imponerse a los procesados por delitos leves (reprimidos con pena que no exceda de dos años), salvo que la excarcelación no sea procedente.

4) La excarcelación debe ser disciplinada como una Institución destinada a evitar los graves daños de la prisión preven-

tiva, y ha de ser un derecho subjetivo del procesado el que puede condicionarse abstracta o concretamente: de modo abstracto, cuando la ley presume, por la gravedad de la amenaza penal, que el acusado tratará de eludir la acción de la justicia. De modo concreto, cuando el Juez considere en un caso particular que el procesado, a pesar de que la pena es menor tratará de eludir la acción de la justicia o perseguirá su actividad delictiva. "Hasta aquí la opinión del expresado maestro. (18)

Finalmente el procesalista Venezolano, doctor Héctor Nieves nos trae al final de . . . exposición las conclusiones a que se llegaron en la mencionada Jornada Latinoamericana en la forma siguiente:

CONCLUSIONES QUE APROBO LA ASAMBLEA SOBRE ESTE TEMA

1o) La libertad del imputado debe ser la regla durante todo el proceso, por constituir un derecho fundamental consagrado en las constituciones. De esta manera se respeta el principio según el cual el imputado goza del Estado de inocente mientras no haya sido declarado culpable por sentencia firme.

2o) La detención y la prisión preventiva no son por su naturaleza una pena, sino medidas cautelares tendientes a asegurar la vigencia efectiva del orden jurídico en casos de estricta necesidad y sólo podrá decretarse por auto fundado cuando existan elementos de convicción suficientes sobre la culpabilidad del imputado.

3o) Debe tenderse a establecer medidas simplemente res-

(18) Monografía del Dr. Alfredo Velez Mariconde (Argentino) Pág.10 a 11 Jornada Procesal citada.

trictivas de la libertad para remplazar a las que procesalmente privan de ella, cuando las circunstancias así lo aconsejaren.

4o) Cuando proceda por ley la excarcelación deberá proveerse a ella sin más dilación que la necesaria para acreditar los extremos de su procedencia (19).

(19) Pág. final del trabajo presentado por el Dr. Nieves en la Jornada citada.

C O N C L U S I O N E S

PARTE DOCTRINARIA

1.- La terminología de la libertad provisional ha sido muy variada, pero en el fondo los efectos son los mismos.

2.- Definimos la libertad provisional: como aquel beneficio que obtiene el presunto indiciado dentro del proceso mediante un prometimiento solemne (personal o real), para obtener su libertad aunque el proceso no hubiese llegado a una resolución final (sentencia); pudiendo otorgarse esta garantía por una tercera persona extraña al proceso, quien se compromete a presentar a la persona del procesado cuando con motivo legal y ante la debida requisitoria el funcionario judicial (Juez) lo ordene.

3.- Conforme la naturaleza de la libertad provisional estimo: que ésta es un beneficio y al mismo tiempo un derecho del reo.

4.- Los caracteres de la libertad provisional son los siguientes:

- a) Personal
- b) Es condicionada hasta cierto punto
- c) Es indeterminada
- d) Es práctica, y
- e) Necesariamente económica o representativa de una obligación valorativamente económica.

5.- Su justificación se basa en un beneficio humano, - práctico y necesario.

6.- Es conveniente basada en una adecuación legal que evite burlas a que pueda ser objeto; también se debe reglar tomando

en cuenta el arbitrio judicial.

7.- Se sostiene el criterio dentro de las condiciones necesarias para la rendición de la fianza al poseerse bienes saneados, o aunque gravados con margen suficiente para cubrir la obligación. También, conforme al Código de Instrucción Criminal el triple carácter unitario de ser capaz (de ejercicio), de acreditada conducta y solvencia económica.

8.- La vigencia de la libertad provisional opera durante el proceso pendiente incluso dentro del término de inquirir.

9.- Se dejan consignadas en esta tesis las diferencias y semejanzas entre las libertades provisional y condicional.

10.- El Objeto inmediato de la fianza es hacer cesar la reclusión por medidas de política social. Su objeto mediato es propio a medidas readaptativas.

PARTE LEGAL

1.- Art. 86 I.- El suscrito estima que es procedente señalar como otra limitación para no conceder el beneficio de excarcelación el cometerse varios delitos probados en los procesos cuyas penas fueren de las señaladas como beneficiadas por la naturaleza de su pena, previo el trámite consecuente a la acumulación de autos y a juicio discrecional del Juez.

2.- Art. 87 I.- La realización del derecho de petición a efecto de solicitarse la fianza, puede hacerse por su carácter general por cualquier persona aunque no fuere parte en el proceso, aún según el criterio del Fiscal del Jurado o Específico que ten-

gan a bien solicitar.

Se sostiene que tanto el Juez como el Magistrado de la Cámara de Segunda Instancia pueden decretar la exarcelación, no así el Magistrado de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a los Arts. 48 Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 6 Pr., a excepción de los casos señalados en el Art. 283 I., en relación al 211 C. P. y 89 numeral 13 C. P.

3.- Art. 88.- El criterio de la ley es unitario en cuanto a los requisitos de capacidad, de acreditada conducta y solvencia económica suficiente para los efectos de tenerse a alguien como obligado.

Deben desaparecer las excepciones para obligarse como fiadores, respecto a militares o empleados públicos.

4.- Los Arts. 89 y 90 I., deben ser trasladados a las disposiciones generales del Código de Instrucción, por no constituir casos de fianza, sino aspectos humanitarios.

5.- Art. 92.- Para la realización de la fianza en base a los instrumentos que se señalan en este artículo se da competencia al Juez de la causa para seguir el procedimiento común del Art. 587 Pr. y siguientes. Se establecen como instrumentos con fuerza ejecutiva además de la sentencia condenatoria la certificación de la resolución del Juez que declare el incumplimiento del fiador en caso de revocatoria, Esto, para hacer más funcional esta última situación.

6.- En el último inciso del Art. 92, a continuación de la frase "y a juicio prudencial del Juez" se agregue: "previo razonamiento del motivo por el que se acepta".

Y como inciso cuarto de esta disposición se consigne lo siguiente: La Cámara respectiva llevará un libro control en el que se anoten los nombres de los obligados, sus generales y el monto de la obligación; verificando la cancelación de las garantías - cuando la sentencia quedare firme o conforme a lo propuesto en el Art. 98 I".

7.- Se reforma el Art. 93 I. en la forma siguiente: "Además de los casos determinados en el artículo anterior (Art. 93 I) también se revocará la fianza cuando el procesado no comparezca ante el llamado judicial a la práctica de diligencias cuya presencia sea necesaria, notificándose esta situación al fiador al que se le señalará un plazo prudencial para que presente a la persona del procesado, realizándose en caso contrario, la fianza.

20.- Inc.- A efecto de que el favorecido no abandone el país durante la vigencia de la libertad provisional, se oficiará al Director General de Migración, quien no deberá autorizar su salida; siendo este funcionario en caso de desobediencia, ser juzgado conforme al Código Penal.

8.- El inciso segundo del Art. 95 I., debería constituir un artículo especial.

9.- Art. 96.- Se debe reformar esta disposición haciéndose más funcional el otorgamiento de una garantía más segura de

realización como es la hipoteca; para ello se debe tomar en cuenta lo siguiente:

a) Conceder al Juez de la causa la facultad de ordenar que en el protocolo del Juzgado de lo Civil de su jurisdicción, se otorgue el respectivo contrato.

b) Que el Jefe del Registro de Hipotecas, declare dentro de veinticuatro horas perentorias si procede o no la inscripción

c) Que el Juez de lo Civil sea Notario de la República.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Derecho Procesal Penal (Volumen II) de Enrique Jiménez Asenjo. (Español).-
- 2.- Código de Procedimientos en Materia Penal de Luis A. Barberis. Tomo I. (Argentino).
- 3.- Procedimiento Penal de Julio Acero. (Mexicano).
- 4.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de Enrique - Aguilera de Paz. Tomo IV (Español)
- 5.- Comentarios al Código Penal vigente del Doctor José Enrique Silva. (Salvadoreño)
- 6.- Normas legales referentes a la República de Colombia por Jorge Ortega Torres. Tomo IV. (Colombiano).
- 7.- Comentario al Código de Instrucción Criminal vigente, por el Dr. Guillermo Osegueda Peralta. (Salvadoreño)
- 8.- Revista del Ministerio de Justicia, No. 5, Enero-Diciembre de 1964.-
- 9.- Exposición del Doctor Alfredo Velez Mariconde. (Argentino), sobre la libertad provisional durante la IV JORNADA LATINOAMERICANA DE DERECHO PROCESAL.
- 10.-Exposición de la Doctora Marta Jardi Abella, (Uruguay), sobre la libertad provisional, en la Jornada Latinoamericana citada.
- 11.-Exposición del Doctor Héctor Nieves (Venezolano), sobre la libertad provisional, Jornada citada.
- 12.-Códigos vigentes de la República de El Salvador, en especial el de Instrucción Criminal
- 13.-Constitución Política de la República (1962) y Ley Orgánica - del Poder Judicial.

=====