

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Ej: 2

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DE LA DETENCION, LIBERTAD Y EMBARGO DE BIENES  
DEL IMPUTADO**

T  
345.05  
Ch512d  
1975  
F.J.YCS

**T E S I S**

PRESENTADA POR

**SALVADOR ROMAN CHAVEZ DURAN**

PREVIA A LA INVESTIDURA ACADEMICA DE

**DOCTOR**

EN

**JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

DR. MANUEL ATILIO MASBUN

=====

=====

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

DOCTOR PEDRO FRANCISCO VANEZAS CABAÑAS

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

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

PRESIDENTE: DOCTOR CARLOS FERRUFINO

PRIMER VOCAL: DOCTOR JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR MIGUEL ANGEL PARADA

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

PRESIDENTE: DOCTOR LUIS DOMINGUEZ PARADA

PRIMER VOCAL: DOCTOR ROBERTO ROMERO CARRILLO

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR MANUEL RENE VILLACORTA

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

PRESIDENTE: DOCTOR PABLO MAURICIO ALVERGUE

PRIMER VOCAL: DOCTOR ORLANDO BAÑOS PACHECO

SEGUNDO VOCAL: DOCTOR JOSE SALVADOR SOTO

=====: : : :====

A S E S O R   D E   T E S I S

DOCTOR RAFAEL EDUARDO RIVERA ESTUPINIAN

T R I B U N A L   C A L I F I C A D O R   D E   T E S I S

PRESIDENTE:            DOCTOR ARTURO ARGUMEDO

PRIMER VOCAL:         DOCTOR FRANCISCO VEGA GOMEZ

SEGUNDO VOCAL:        DOCTOR LUIS DOMINGUEZ PARADA.

## DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO: Con profundo agradecimiento.

A MIS PADRES: Santos Carlos Chávez y María Luisa Durán de Chávez, quién no pudo ver concluida la obra que junto a mi padre iniciaron y a la que le dedicaron enormes sacrificios. Para ellos mi amor filial y mas grande agradecimiento,

A MI ESPOSA: Ana Concepción, que ha estado junto a mi en la alegría y la tristeza, en el sacrificio; con el mas inmenso amor.

A MI HIJA: Luisa Tatiana, fuente y razón de mi vida; con fraternal amor.

A MIS HERMANOS: Carlos, Blanca Rosa, Ana Margarita y José Mauricio, con cariño.

A MIS COMPAÑEROS DE LUCHA:

Dr. Leonel Ayala García, quién ha guiado mi vida; al Lic. Nathán Flores Calderón; Prof. Felipe Castaneda y Don Alvaro Luna; con quienes juntos hemos dedicado nuestra vida a ayudarnos y ayudar a otras personas en su recuperación personal.

A MI ASESOR ESTUDIANTIL :

Doctor Rafael Eduardo Rivera Estupinián, que en todos los años de vida Universitaria ha estado junto a mi ayudándome en el estudio del Derecho. Para el mi respeto y admiración. Muchísimas gracias.

A LOS DOCTORES:

Luis Dominguez Parada, y Arturo Argumedo, como ejemplos de honorabilidad profesional.

A TODOS MIS FAMILIARES,

AMIGOS Y PERSONAS: que en todo momento me han alentado y puesto su grano de arena durante mi vida estudiantil: Con imperecedero agradecimiento.

## INTRODUCCION.

Desde hace muchos siglos, se ha considerado que el más valioso de los bienes jurídicos que tiene el ser humano, es la libertad individual, puesto que es apreciada por los hombres más que su propia vida, ya que ésta sin libertad, valga la expresión, no es vida, considerándosele inclusive como "La esencia del ser humano"(1).-

En el presente trabajo, estudiaremos el derecho a la libertad y su control, las garantías individuales y la seguridad social y su reglamentación en los distintos sistemas procesales y partiendo de que en el proceso penal todo gira, especialmente en torno a la libertad individual del imputado, es lógico que se estudien aquellas medidas que tienden a restringirla, como sería la detención en flagrancia y otros casos de detención sin orden judicial, la detención para inquirir, la detención provisional o prisión preventiva y aquella medida que tiende a asegurar la responsabilidad civil, emergente del delito, cual es la del embargo de bienes del imputado.-

Desde luego, que al restringirse la libertad, aquellas restricciones deben darse sólo en aquellos casos en que resulta imprescindible hacerlo. En nuestra legislación se adoptan medidas como la libertad bajo caución o excarcelación, que también será objeto de nuestro estudio, que tienden a atenuar los efectos de dichas restricciones.-

Comprendo que son muchas las limitaciones, que a un estudiante de Derecho le acompañan para realizar un trabajo, que pudiera compararse al de un Jurisconsulto de notoria fama; pero también comprendo que hay algo en el ser humano que es muy poderoso y eso es la buena voluntad

que es la que me asiste, en el desarrollo del presente trabajo.

Vaya, pues, mi mayor buena voluntad de realizar un trabajo como el presente y mi mayor deseo de que algún día, pueda éste, servir a alguien que se decida a buscar en él, algún conocimiento que pueda servirle en el estudio de las instituciones objeto del presente trabajo,-

San Salvador; Mayo de 1975.-

CAPITULO I. DEL DERECHO A LA LIBERTAD Y SU CONTROL.

Desde la Antigua Grecia y Roma, filósofos como Aristóteles, Platón y Cicerón, buscaron una fórmula que permitiera que autoridad y libertad coexistieran; de ahí que, desde entonces, se proponen formas de gobierno en las que se busca conjugar autoridad y libertad.-

La Carta Magna Inglesa de 1215, el Acta de HABEAS CORPUS de 1679 y el Bill of Rights, son documentos jurídicos ingleses que nos señalan la existencia de un rey con poderes limitados y de derechos individuales reglamentados y reconocidos en forma efectiva.-

La Declaración de Independencia del 4 de Julio de 1776 de las colonias de Norte América, influenciada por filósofos como Locke, Rousseau y Montesquieu, reconocen que: "Todos los hombres nacen iguales, que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la busca de la felicidad".

La culminación jurídica de las teorías individualistas se encuentra en las declaraciones de derecho de algunos Estados Norteamericanos, las que, a su vez, influyeron en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, redactada por los constituyentes franceses de 1789.-

Cabe entonces preguntarnos: Cuáles son esos derechos individuales o fundamentales? ; de las declaraciones de derecho de los Estados Norteamericanos, como de la Francesa, recogemos las siguientes disposiciones: "Todos los hombres nacieron libres e iguales" (Declaración de Massachussetts. Art. 12). "Los hombres nacen y permanecen libres e igua

les en derecho" (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Art.1o.). De las citadas disposiciones, se desprende la clasificación más conocida de los derechos fundamentales, éstos son: la libertad y la igualdad; desde luego que tales derechos se complementan mutuamente, los hombres pueden ser iguales en un régimen despótico y no ser libres, sin perjuicio de que sea básica para la libertad la igualdad, porque en un sistema de privilegios no puede haber hombres libres.-

Según el Art. 4o. de la Declaración Francesa de 1789 la libertad consiste: "En poder hacer todo lo que no perjudique a otro, así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el ejercicio de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados sino por la Ley". Este es el concepto clásico de libertad individual, se mira el interés de un hombre frente a otro ú otros hombres. La colectividad no se toma en cuenta en él porque según los inspiradores de la Revolución Francesa: "El fin de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre". (Declaración Francesa, Art. 2o.)-

De acuerdo a la Escuela del Derecho Natural; el Estado se organiza para asegurar la libertad de los hombres, por lo que su actividad es limitada, pudiendo resolver únicamente aquellas situaciones que los individuos voluntariamente entreguen a la competencia de la comunidad.

Los clásicos no establecen la libertad como absoluta, así la Constitución de Massachussetts, dice: "La Corporación política se forma mediante la asociación voluntaria del individuo. Es un pacto por el cual el conjunto de contratantes se obliga respecto de cada ciudadano y cada

ciudadano se obliga para con todo el conjunto, con el objeto de ser gobernados para el bien común con ciertas leyes". A su vez el Art. 5o. de la Declaración de 1789, dice: "La ley no tiene derecho a prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. El bien común viene a ser un límite indeterminado de la libertad individual, que el legislador puede interpretar a su arbitrio; como igualmente fijar cuáles son las acciones nocivas a la sociedad".

Desde un punto de vista jurídico, la libertad es: "La facultad que tienen los individuos para el ejercicio de sus derechos fundamentales, dentro de los límites determinados por las normas jurídicas en beneficio social".- (2)

La libertad no queda sólo limitada en cuanto pueda perjudicar a -- otros individuos, sino que tiene un límite más importante, como lo es, el beneficio social que corresponde fijar al encargado de dictar la ley; esta ley no sólo vendría a limitar un derecho natural sino que un derecho que ella misma crea y reconoce como fundamental. De ahí la diferencia entre el concepto jurídico de libertad y el de los constituyentes franceses de 1789; el hombre no tendría un derecho natural a la libertad, sino que ella, sería una consecuencia de la vida en sociedad, de lo que se deduce que no es limitada, pues no habría más libertad que la que pudiera permitir la vida colectiva.-

Para Duguit, el hombre es un producto de la sociedad y está unido a los demás hombres por lazos de interdependencia social, de donde "la libertad es un derecho porque el hombre tiene el deber de facilitar a su actividad individual el mayor desarrollo posible, toda vez que su actividad in-

dividual es factor esencial de la solidaridad por división del trabajo. Entendida así la libertad, el fundamento que se le asigna es incommovible, puesto que se basa en el concepto de que la libertad consiste en el pleno y libérrimo cumplimiento del deber social".(3)

La Escuela positivista pasó del concepto del derecho al del deber: "El hombre puede exigir un derecho siempre que previamente, haya cumplido con el deber correspondiente".-

En la actualidad se ha desechado en su totalidad el dogma del derecho natural, para transformar los derechos en beneficios jurídicos concedidos por la sociedad de acuerdo con los intereses y posibilidades generales, ya sean de orden económico, cultural, social o político. Puede decirse que el concepto de libertad es más político que jurídico.

Conviene enunciar en este capítulo, para el objeto de nuestro estudio, cuales son los derechos de libertad. Algunos se refieren a intereses materiales del hombre, como la libertad personal, derecho de propiedad, inviolabilidad del hogar y de la correspondencia, libertad de trabajo, comercio e industria, de locomoción.

Otros atienden a intereses intelectuales o morales del hombre, como la libertad de pensamiento y de opinión, libertad de cultos, de enseñanza y de prensa.-

El derecho a la libertad se consagra en nuestra Constitución Política, especialmente en el Régimen de los Derechos Individuales (Art. 150 a 178). Ahora bien, el derecho de libertad es objeto de control, así, en nuestra Constitución Política encontramos disposiciones relativas al control del derecho de libertad: se conceden recursos a los individuos para

que puedan reclamar de cualquier acto lesivo a su libertad, como por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad (Arts. 95 y 96); el juicio de amparo (Art. 89 No. 1, en relación con el Art. 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales); el derecho de petición (Art. 162); el recurso de exhibición personal o habeas corpus (Art. 164).- Además, se proclaman principios como el de la retroactividad de la Ley Penal, en lo favorable al reo y en materia de orden público y su irretroactividad en los demás casos (Art. 172); se consagra también el derecho a un procedimiento legal (Art. 169) ; el derecho de defensa (Art. 164) y el derecho a la protección de la libertad (Art. 163).-

Este control del derecho de libertad, no sólo es objeto de las constituciones estatales, sino que ha alcanzado carácter internacional, ya que diversas declaraciones internacionales, hacen especial referencia a él; así, una de las declaraciones aprobada en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y a la cual se denominó PACTO DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, en su preámbulo expresa: "Que el país que ratifique este pacto, protegerá a las personas contra el arresto o detención arbitrarios". Además, en su texto se consignan los siguientes principios: "Nadie podrá ser privado de su libertad, sólo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". "Toda persona detenida o presa, a causa de una infracción penal, será llevada sin demora ante el juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad". "Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el -

respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".-

Finalmente, podemos decir que: No obstante la previsorá sabiduría de los Padres de la Patria, que no obstante la colaboración de los patriotas en el transcurso del tiempo y que no obstante las garantías prescritas en la Constitución Política, la libertad no es necesariamente nuestra posesión permanente. Presiones tanto internas como externas la asaltan constantemente.

Es axiomatico, que toda generación para mantener su libertad ha de conquistarla, mediante la comprensión del pasado, la vigilancia del presente y la determinación para el futuro.

CAPITULO II. LA PRISION PREVENTIVA. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y LA SEGURIDAD SOCIAL. (El principio político en el proceso penal). Su reglamentación en los distintos sistemas procesales.-

La prisión preventiva. El derecho tiene la sagrada misión de tutelar los atributos inherentes a la personalidad humana, entre los que se encuentran en primer término, la libertad individual, que es, el bien jurídico más valioso que tiene el hombre. De ahí surge la necesidad de proceder con prudencia y mesura cuando se trata de poner límites a esta facultad del ser humano. Ciertamente es que la libertad, como todos los derechos del individuo no es ilimitada, sino que se haya sujeta a ciertas restricciones que impone la convivencia social.-

El proceso penal lleva implícita una serie de limitaciones a los derechos del imputado: la principal y más grave de ellas, la constituye sin duda alguna la prisión preventiva, que conlleva una situación de injusticia intrínseca, ya que el imputado, mientras no hay sentencia firme que lo declare culpable, se presume inocente, por lo que debe ser tratado como tal. Su encarcelamiento importa una situación injusta que es impuesta o se justifica por la necesidad, ya que la prisión preventiva tiene por objeto asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, que es necesaria porque aquel es un sujeto indispensable de la relación procesal.

De ahí que Zavaleta, define la prisión preventiva, diciendo que:

"Es una medida precautoria, de índole personal que crea al individuo sobre quien recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efec

to y que es decretada por el Juez competente, en el curso de una causa, contra el sindicado como partícipe en la comisión de un delito, reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena". (4)

Por otra parte, Carrara, señala que la prisión preventiva responde a tres necesidades: a una de "justicia", porque impide la fuga del culpable y de este modo asegura la aplicación efectiva de la ley; a otra de "verdad", por cuanto impide que el procesado enturbie las investigaciones de la autoridad, destruya los vestigios del delito o intimide a los testigos; y a una cesidad de "defensa pública", pues impide que ciertos facinerosos continúen, mientras dure el proceso en sus ataques al derecho ajeno. (5)

La posibilidad de que el imputado se fugue e impida que se le someta al proceso o se sustraiga al cumplimiento de la pena, que eventualmente pueda imponérsele, en los delitos que no son graves en la generalidad de los casos, es más hipotética que real. Antiguamente, se justificaba que el imputado tuviese un verdadero interés en eludir el juicio y la sanción, debido a la falta de garantías procesales y a la crueldad excesiva de las penas que castigaba con muerte o la pérdida de un miembro, las más insignificantes infracciones. Pero en la actualidad, en que los derechos de la defensa se garantizan y la severidad de las penas se ha atemperado considerablemente, el imputado no tiene motivos que lo induzcan a abandonar su familia, su hogar, su trabajo y el centro de sus actividades, para evitar el riesgo de ser condenado a una pena leve; y en el caso de que lo haya, la intranquilidad del espíritu de quien vive al margen de la ley, que los procesalistas franceses llaman "insomnio", equivale a la pena, de la cual se ha evadido.

La posibilidad de que aquel contra quien se decretare la prisión preventiva, pueda si se le deja en libertad, hacer desaparecer los rastros del delito, intimidar o sobornar a los testigos, concertarse con sus cómplices, etc., entorpeciendo la investigación, sólo existe en los pasos iniciales de ésta, por lo que una vez que se efectúan las primeras diligencias para esclarecer el hecho delictuoso e individualizar a sus autores, la liberación del imputado no puede dificultar la marcha del proceso.-

En cuanto al peligro de que el imputado siga cometiendo otros hechos delictuosos durante la substanciación de la causa, sólo ocurre en casos excepcionales con sujetos especialmente peligrosos, pero no con la mayor parte de los imputados por delitos de menor gravedad.-

Todo esto nos demuestra que las necesidades que justifican la injusticia intrínseca de la prisión preventiva, únicamente concurren cuando se trata de delitos graves severamente penados o cuando el autor del hecho, por sus antecedentes hace presumir que tratará de eludir la acción de la justicia, o por su especial peligrosidad resulta inconveniente que permanezca en libertad durante la tramitación de la causa.

Por otra parte, la prisión preventiva importa serios perjuicios para el individuo que la sufre ya que no sólo afecta su libertad, sino que también gravita en su honor, en sus vínculos familiares al separarlo de su esposa e hijos y en su patrimonio al impedirle realizar su trabajo habitual y atender sus intereses económicos, así como también en los de su familia.

Estos perjuicios, son verdaderamente irreparables para el imputado inocente, que a la postre resulta absuelto, como acontece en muchos casos.

Además, el mantener encarcelado a imputados que pueden resultar absueltos o condenados a una pena cuya ejecución puede suspenderse condi-

cionalmente, no sólo resulta gravoso para el Estado, sino que constituye también una mala política criminal por el peligro de que esas personas, al tomar contacto durante su breve permanencia en la cárcel, con verdaderos delincuentes, se transformen a su vez en sujetos peligrosos para la sociedad y que al volver al seno de la misma, cometan delitos más graves.-

La necesidad de atemperar todos estos inconvenientes, que trae aparejada la prisión preventiva y su intrínseca injusticia, determinan que se trate de restringir su aplicación exclusivamente a los casos en que resulta imprescindible para asegurar el sometimiento del imputado, al proceso y la eventual aplicación de la pena que pueda corresponderle, atenuando los efectos de aquella, mediante la adopción de medidas tales como la libertad bajo caución o excarcelación, etc.

Se trata, pues, de conciliar en la medida de lo posible el interés social en la investigación y represión de los delitos con el interés del imputado, y en que se respete su libertad personal mientras no haya sido declarado culpable por una sentencia condenatoria.-

De ahí que puede afirmarse, que únicamente como una necesidad - puede tolerarse la radical injusticia que implica la prisión preventiva, y que es un acto de estricta justicia devolverle la libertad lo más pronto posible, al hombre que se presume inocente.-

Las garantías individuales y la seguridad social. (El principio político en el proceso penal.)

La Escuela clásica, sostenía que el fin del Estado era la defensa de los derechos fundamentales del hombre. En esta forma, la propia organización del Estado era la mejor garantía de los derechos fundamentales;

esta es la razón de algunos principios políticos contenidos en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, como la separación de los Poderes y la responsabilidad Gubernamental. Para los pensadores clásicos, la organización del Estado con sus garantías, eran una segura protección de los derechos inviolables del individuo, anteriores al Estado, los que no podían ser restringidos arbitrariamente.- Estos son conceptos políticos, porque se parte de cierta concepción doctrinaria de los derechos fundamentales, que actualmente no se aceptan, sin perjuicio de su concepción social dentro de un grupo caracterizado por su realidad económica y política. Estas doctrinas tenían como fundamento cuando se trataba de instaurar una nueva concepción de la sociedad, para abolir la monarquía absoluta; pero en un Estado de Derecho, no es posible hacer distinciones entre los derechos y sus garantías, porque se confunden en el ordenamiento o sistema jurídico. No es posible concebir la idea del derecho fuera de la Constitución o con anterioridad al Estado, porque sería establecer una separación arbitraria entre la organización constitucional del Estado y los Principios Generales de su actividad, que es el objeto propio de las declaraciones de Derecho. Sin embargo, hay autores que insisten en hacer esas diferencias; sostienen que la mejor garantía de los derechos fundamentales es una buena organización administrativa y judicial. Igualmente se conceden diversos recursos a los individuos para que puedan reclamar de cualquier acto lesivo a su libertad, por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes contrarias a la Constitución, para que no se desvirtúe el texto fundamental. Los principios constitucionales aceptados de la retroactividad de la Ley Penal en lo favorable al

imputado y en materia de orden público y la irretroactividad de la ley en los demás casos; así como también, el Derecho a un procedimiento legal sería otra garantía de los derechos individuales, especialmente de la libertad personal. En este último aspecto, algunos autores restringen el concepto discutible de garantías de los derechos, para referirse a las garantías de la libertad personal, especialmente por medio del recurso de amparo, de exhibición personal o habeas corpus y por el derecho de petición.

El Artículo ocho de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sostiene que: "Toda persona ilegalmente detenida puede recurrir a un Tribunal para que estudie la legalidad de su arresto. Este Tribunal está facultado incluso, para decretar la libertad inmediata del detenido".

Mediante el derecho de petición, se asegura a los individuos la posibilidad de reclamar a las autoridades el respeto de sus derechos injustamente violados.

En último término, el derecho de Insurrección, permite al pueblo deponer a las autoridades que excede la Ley y violenta las libertades individuales. Como vemos, todos estos recursos o derechos dicen relación con un aspecto de las restricciones de los derechos fundamentales, pues tratan de evitar los excesos de autoridad al margen de la ley o sean garantías contra las arbitrariedades.

Conviene señalar cuales son los límites o restricciones de los derechos individuales o garantías individuales o derechos de libertad. Sabemos que no existen derechos absolutos, pues las nuevas teorías permiten la limitación o restricción de algunos de ellos y aún más, le asignan un carácter limitado. Por lo demás, las propias declaraciones clásicas acep-

taban que la ley pudiera limitar la libertad en los casos en que ésta se opusiera al "bien común", o cuando fuere necesario evitar las acciones nocivas a la sociedad. Pues bien, estas expresiones contienen los primeros límites al concepto absoluto de los derechos individuales, que después - han sido reemplazados por otros tan generales y amplios como el "orden público; "las buenas costumbres", "la moral", el "interés general", "la utilidad pública" y otros. El numeral 2o. del Art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos del hombre, al referirse a estas limitaciones dice que: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática".

Estas restricciones o limitaciones generales, constituyen la posibilidad mínima del legislador en defensa de la sociedad; esta competencia, con las nuevas doctrinas ha ido extendiéndose y con ello las limitaciones también han aumentado; aceptándose que la seguridad social, - la familia, el bien del Estado, etc., puedan primar sobre los derechos - del individuo o de una minoría.-

Los límites generales de los Derechos fundamentales varían según el Estado, la época, el grado de cultura, el desenvolvimiento económico y otras condiciones sociológicas, lo que hace difícil enumerarlos o indicar taxativamente cuales son; pero no obstante, las restricciones o limitaciones antes señaladas, se repiten en casi todos los textos políticos.-

Sería imposible señalar las limitaciones particulares a que pueden estar afectos los derechos individuales, porque dependen de múltiples circunstancias. En todo caso, estas limitaciones deben estar establecidas por la Ley y estar fundadas en una restricción general, que las permita o autorice. Entre las restricciones particulares mas importantes, se encuentran las que se pueden imponer en casos de emergencia y que se han incorporado a las Constituciones Estatales.-

Por otra parte, cuando la sociedad se organiza jurídicamente o sea cuando a través del orden jurídico la sociedad se convierte en Estado, lo hace con el fin primordial de proteger los intereses que dan vida al conglomerado social en todos sus aspectos y manifestaciones. Estos intereses de la vida individual y social constituyen esa jerarquía de valores llamados bienes jurídicos, precisamente porque son protegidos por el Derecho a través de sus normas. Y al Derecho Penal, una de las ramas del Derecho Público le están confiados los intereses o bienes jurídicos de mayor valor para protegerlos; en primer lugar, por medio de la amenaza y la ejecución de una pena cuando aquellos se ven a su vez amenazados o atacados; y luego, después, para ajustar las conductas de los hombres en orden a la preservación de los mismos bienes. La pena misma tiene un fin orientador de la conducta humana ya que ahora no se impone y ejecuta tan sólo para expiar la culpa por el dolor que ella produce, sino para encausar, vale decir readaptar a quién es objeto de la misma, a fin de que como miembro de la sociedad que es, pueda vivir dentro de ella de conformidad a los fines superiores que con el Derecho se persiguen y en especial mediante el Derecho Penal.-

En lo que respecta a los valores o bienes jurídicos de mayor importancia que se confían al derecho penal, éste funciona como sistema tutelar de los valores más altos, porque intervine ante las transgresiones que vulneran los valores fundamentales de una sociedad. El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la vida humana; pero no corresponde al Derecho penal tutelarlos todos, sino sólo aquellos intereses especialmente dignos y necesitados de protección; la que se les otorga por medio de la amenaza y la ejecución de la pena. De aquí arranca una distinción entre dos campos: El Civil y el penal, correspondiendo al primero la reparación de las violaciones por medios que no son penales (medios pecuniarios, indemnizantes); y al segundo, el empleo de las penas conforme al límite del Poder coercitivo del Estado y mirando ese empleo a la defensa social frente a un daño no sólo individual sino también social; y a la reparación particular de una ofensa de característica valoración y de especial calidad (vida, integridad corporal, honor, libertad sexual, etc.), que no puede obtenerse por los medios que el civil adopta y que tampoco puede ser logrado por el mismo ofendido sin menzua del orden público.— Ahora bien, para el objeto de nuestro estudio conviene limitarnos a estudiar cual es el fundamento o fundamentos que han existido y que exista para que la sociedad organizada en forma de Estado, pueda imponer penas a quienes han delinquido.— Ciertamente es que han existido negadores de este derecho, como los anarquistas puros que niegan la autoridad y propugnan por una sociedad sin gobierno, basada en que los hombres se mantengan unidos por vínculos de solidaridad prescindiendo del Estado como autoridad norma-

dora de conducta; como consecuencia de negar la existencia del Estado, niegan el derecho de éste de castigar a los delincuentes. Además, niegan ese derecho de castigar a los delincuentes, autores como Girardin, Molinari, León Tolstoi. Pero la casi totalidad de los penalistas aceptan el derecho del Estado a castigar al delincuente (JUS PUNIENDI), con base en distintas teorías. Conviene también señalar los elementos del Derecho Penal, cuales son: el delito, el delincuente y la sanción penal o medida de seguridad.

Las distintas teorías para fundamentar el derecho de castigar dependen de la función que se le asigne a la pena, o sea al efecto que ésta debe de tener y producir, en virtud de la cual es utilizada por el Estado. Estas teorías se dividen en dos grupos: Absolutas y relativas.

Las teorías absolutas consideran únicamente el delito cometido, o sea que la pena se impone porque se ha incurrido en una infracción. Entre ellas se encuentran: 1o.) La teoría de la expiación, según la cual-- el dolor infringido por la pena purifica el alma o sea fundamenta el derecho de castigar, porque la expiación es lo que hace que se repare el mal; 2o.) Las de la retribución, según las cuales el delito constituye una lesión irreparable y como consecuencia no hay más que -- aplicar una lesión al delincuente. Esta lesión es la pena, que se traduce en una exigencia de la razón y de la justicia. Estas teorías son varias: la de la retribución divina, la moral, la jurídica, la lógica y la estética; 3o.) La teoría de la reprobación, que concibe la pena como una censura o reproche social hacia el delito y contra el delincuente; 4o.) La teoría del contrato social, según la cual el fundamento de la --

pena consiste en que el Estado solo puede privar de la libertad y de la vida a los ciudadanos y a las personas, porque éstas han cedido esos derechos a la comunidad mediante el contrato social, ya sea expreso o en forma tácita, como quien viola algún punto del contrato social, se coloca fuera del mismo, y para ser admitido de nuevo como miembro de la comunidad tiene que dar satisfacción aceptando el castigo; 5o.) La teoría del resarcimiento que considera los efectos del delito y estima que el delincuente debe reparar los daños ocasionados por el mismo, tanto materiales como morales; los primeros son objeto del derecho civil y los segundos del derecho penal que se compensan solamente con la pena; 6o.) Teoría de la transformación del derecho a la obediencia; según esta teoría, la existencia de la norma jurídica supone a su vez un derecho del Estado para que esa norma sea obedecida, pero como el Estado no puede constreñir al individuo para que obedezca las leyes, es preciso transformar esa obediencia en una satisfacción que no es otra cosa que la penamisma.

Las teorías relativas buscan el fundamento y fin de la pena, en atención a un objetivo trascendental, cual es el de que la pena debe imponerse para que no se delinca. Son llamadas también teleológicas o finalistas, porque miran o previenen la comisión de futuros delitos. Se pena, según tales teorías, no porque se delinquirá sino para que no se delinca y en consecuencia consideran al delito como un antecedente de la pena pero no como su fundamento. Se deduce de ello, que la pena viene siendo un instrumento de seguridad social encausada a que no se cometan delitos, por lo que se dividen en dos grupos: 1o.) Teorías relativas a la prevención general o social y 2o.) Teorías relativas de prevención individual o especial. Para las primeras, la pena tiene como objetivo in

intimidar a todas las personas para que no caigan en delito siendo -- el medio preventivo la amenaza del castigo (coacción síquica) y no solo se intimida a los demás con la amenaza del castigo, sino que también con la ejecución de la pena. Las segundas consideran la pena como un medio para evitar que el infractor delinca de nuevo, es decir que produzca su efecto en el hecho mismo por el acto cometido, a fin de que en el futuro no delinca.-

Frente a estos dos grupos, aparecen las teorías eclécticas -- que buscan asociar un doble fundamento a la pena: el absoluto, basado en la justicia que en sí encierra la pena; y el relativo o sea en el fin -- utilitario de la misma. Según ellas, se castiga porque se ha delinquido y para que no se delinca. A la vez, se limita en la medida de lo que es justo, la extensión del fin utilitario de la pena. De acuerdo con estas teorías la ley debe castigar en cuanto ello es necesario para el mantenimiento del orden social, pero debe hacerlo dentro de los límites de la justicia. El derecho de castigar encuentra su principio en la utilidad -- y su medida en la justicia: "No más de lo que es necesario, ni más de lo que es justo". En su aplicación práctica, la pena impuesta al culpable debe graduarse atendiendo a su responsabilidad moral y a la gravedad objetiva del delito cometido.-

La clasificación que se ha expuesto de las teorías sobre el derecho de castigar, en absolutas, relativas y eclécticas, no satisface -- ni completa todos los elementos y alcances del derecho penal, por lo que es indispensable el estudio de sus elementos (delito, delincuente y pena) a través de la evolución histórica del derecho penal, estudio que a su vez han verificado los autores de las distintas escuelas penales, llaman

dose así al conjunto de doctrinas, cada una de ellas ordenadas bajo un sistema y un método que abarcan en su contenido concepciones distintas sobre el delito, el delincuente y el fin de la pena; entre las cuales podemos señalar principalmente: La Escuela Penal Clásica, La Escuela positiva, El positivismo crítico que comprende la tercera Escuela Italiana (Terza Scuola) y la tercera Escuela Alemana, incluyéndose también la Escuela de la Política Criminal y la Técnica Jurídica; agregándose por algunos autores, aunque sin constituir propiamente una Escuela, la Dogmática Jurídica como orientación actual del Derecho Penal. La Escuela Penal Clásica, tiene como postulados fundamentales:

1o.) El delito es un ente jurídico y no un simple hecho porque su esencia consiste necesariamente en que con el hecho se viola un derecho; en otras palabras consiste en la violación del derecho.- 2o.) Todo hombre y por ende todo delincuente, está dotado de libre albedrío en virtud del cual escoge el camino del bien o del mal. Si libremente actúa mal violando el derecho y en concreto la norma jurídica penal, su acto le es imputable y como consecuencia es culpable, debiendo responder de él. La responsabilidad cuando se ejecuta algún acto delictivo, es de tres clases: responsabilidad material, porque materialmente fue la mano del delincuente la que cometió el delito; la responsabilidad legal, porque aquel acto materialmente cometido está catalogado por la ley como delito; y la responsabilidad moral porque el delincuente actuó con libertad. Con su inteligencia, vió de antemano el hecho, con su libertad escogió el camino del mal y con su voluntad lo acató y ejecutó. Por eso, dentro de la Escuela Clásica, las penas son fundamentalmente las de privación de la libertad, ya que es mediante la libertad mal usada que el delin-

cuenta cometió el delito. El libre albedrío es un dogma que no admite discusión para la Escuela Clásica.-

Se deduce de lo anterior, que si el individuo no delinque voluntariamente por falta de libertad, no es responsable por que su hecho no le es imputable ni es en consecuencia culpable.-

3o.) La pena es retributiva sin dejar de ser expiatoria, pero fundamentalmente un medio de tutela jurídica. Carrara, dió a la pena como única justificación la tutela jurídica de los derechos.-

En favor de la Escuela Clásica puede decirse lo siguiente:

1o.) Fue una reacción humanitaria contra las crueldades de la justicia penal, pues realizó una verdadera campaña contra las penas infamantes, contra la pena de muerte y la de confiscación, logrando abolirlas y produciendo una atenuación general de las penas corporales;

2o.) Estableció la razón como el límite del derecho de castigar por parte del Estado; 3o.) Reinvidicó a la persona delincuente y a las personas en general, dándoles la garantía necesaria no solo para que contra aquellas pudiera iniciarse el procedimiento penal, sino que también las garantizó durante el proceso mismo y en la aplicación de la ley penal; esta garantía constituye lo que se llama el Principio de Legalidad, que es la Carta Magna del delincuente frente a la sociedad y el Estado; mediante el cual nadie puede ser enjuiciado ni condenado por un hecho, si éste no está previamente definido como delito, ni puede ser sancionado o condenado con una pena que no esté previamente establecida, ni enjuiciado por Tribunales, ni con procedimientos que no estén previamente establecidos por la misma ley; es la perfecta aplicación del princi-

pio "nullum crimen, nulla pena, sine lege"; 4o.) realizó estudios jurídicos admirables sobre el delito, practicando una verdadera anatomía jurídica del mismo.-

En contra de la Escuela Clásica, podemos decir lo siguiente: 1o) No tuvo en cuenta al delincuente. 2o.) Su sistema de penalidad, ya que lo único que hace es, formar una escala de gravedad de las penas - que corre proporcionalmente a la lista de los delitos que componen un Código; de tal suerte que cada delito tiene señalado en la ley una pena fija que corresponde a la gravedad del mismo, lográndose así lo que se llama una proporcionalidad cuantitativa. Por otra parte, cabe agregar que la Escuela Clásica pretende lograr una proporcionalidad cualitativa según el grado de ejecución delictiva (consumación, frustración o tentativa), la mayor o menor participación en el hecho, (autor, cómplice) y la concurrencia de circunstancias en la ejecución (atenuantes y agravantes).-

La Escuela Positiva tiene como principios fundamentales: 1o) el delito es un acto humano constitutivo de un fenómeno natural y social como producto de complejos factores antropológicos, biológicos, -- síquicos, físicos y sociales. Como obligada consecuencia del concepto positivista y dentro de esta Escuela, se estudia al hombre como sujeto delincuente y los factores que lo determinan al delito, haciendo surgir como ciencias fundamentales del Derecho Penal; la antropología criminal, la psiquiatría criminal y el estudio de las demás causas biológicas, físicas y sociales que producen el delito.-

2o.) El hombre que delinque actúa determinado por factores--

endógenos o exógenos y su responsabilidad es social.- En consecuencia, se niega el libre albedrío y la responsabilidad moral preconizada por el clasismo, para afirmar el determinismo del hombre en el cometimiento de los actos delictivos y su consiguiente responsabilidad penal.- "El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en tanto viva en sociedad".

3o.) La pena es un medio de defensa social cuya finalidad es - la curación o readaptación social del delincuente, o bien su segregación de la sociedad si no es posible lo primero. La pena deja de ser un castigo expiatorio con el carácter remuneratorio que le señala la Escuela Clásica para convertirse en una medida de defensa social; inclusive, de be eliminarse al delincuente incorregible mediante la pena de muerte; - pero cuando no se llega a este extremo, la sanción como llaman los positivistas a la pena, no se ha hecho para causar sufrimiento al delincuente, sino para asegurar y garantizar la defensa de la sociedad. Sobre la base de la defensa social, el positivismo propugna no sólo por las sanciones para los delincuentes, sino que también por las medidas de seguridad para los inimputables, medidas que consisten en "ciertas disposiciones adaptables, respecto de determinadas personas, no dentro de una idea de amenaza o de retribución, sino de un concepto de defensa social y de readaptación humana por tiempo indeterminado". De este concepto, sobre el fin de la sanción penal y de la medida de seguridad, fácilmente se desemboca en la "temibilidad" llegándose al actual concepto de "peligrosidad". Posteriormente se demuestra que la temibilidad aparece en un sujeto como una consecuencia natural y lógica del Estado

de peligrosidad en que el mismo se encuentra. Llega así el positivismo a la peligrosidad, concepto que es muy difícil de definir y que podría decirse "que consiste en la posibilidad de que una persona pueda cometer o vuelva a cometer un delito".

Al plantearse la peligrosidad como base para la graduación de la pena, surge a la vez la tesis de la pena relativamente indeterminada que sustituye a la pena fija proporcionada al delito, como lo conceptuaba el clasicismo, surgiendo así la posición ecléctica de la sanción penal dentro de un máximo y un mínimo, sistema ahora seguido por las modernas legislaciones.

Pero el positivismo penal va aún más lejos al considerar que las sanciones, aunque vayan acompañadas de medidas de seguridad, no son suficientes en la lucha contra el delito, ya que éste tiene una diversidad de causas como fenómeno social que es y que, en consecuencia, debe combatirse en sus mismas causas que rodean al hombre y lo inducen a cometerlo. Si la sanción, sostienen los positivistas, es medida de defensa social contra el delito que opera en forma curativa sobre el delincuente a manera de medicina, debe también prevenirse el delito con una serie de medidas que tiendan a evitarlo, pues es preferible prevenir que curar.-

La tesis de la peligrosidad predelictual, planteó el conflicto entre el derecho Penal que en alguna forma debía poner su atención en los peligrosos que aún no han delinquido, para aplicarles medidas restrictivas a su libertad (pero de seguridad a favor del conglomerado) y el Derecho Constitucional Liberal e Individualista, basado en

los principios tradicionales sustentados por los autores de la Revolución Francesa, pretendiendo encontrar en la medida de seguridad para el peligroso aún no delincuente, una violación a su derecho a la libertad individual preconizado en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Pero esta etapa ha sido superada, ya que en las modernas legislaciones pretendiéndose defender a la sociedad de todos estos sujetos, analizan sus conductas y su personalidad a través de las leyes cuasi-penales, también denominadas del estado peligroso o de la peligrosidad.-

Positivismo Crítico: Es el conjunto de doctrinas eclecticas surgidas como una reacción ante el conflicto planteado entre las escuelas penales Clásica y Positiva; doctrinas que se caracterizan porque se esforzaron en mantener la autonomía del derecho penal frente a las tendencias criminológicas del positivismo ante las cuales parecía sucumbir; - como también en mantener la imputabilidad del sujeto activo del delito sobre bases distintas de las propugnadas por las anteriores escuelas, rechazando el libre albedrío como fundamento de aquella, a la vez que la concepción determinista del tipo delincuente. El positivismo crítico comprende la Tercera Escuela Italiana y Alemana.-

Terza Scuola: Para esta escuela el delito es un fenómeno individual y social; pretende encontrar las causas de la delincuencia especialmente en factores de índole social; con relación al delincuente, rechaza el libre albedrío, la responsabilidad y la imputabilidad no la basan en el libre albedrío, ya que lo estiman innecesario y hasta contradictorio con el concepto de responsabilidad. La imputabilidad y consi-

guiente responsabilidad, surge del fundamento cierto de la voluntad y de los motivos que la determinan y como consecuencia, está basada en la dirigibilidad del sujeto. Sobre esta base, los capaces de dirigir sus actos son imputables, los que no puedan dirigirse asimismo son inimputables. En relación a la pena, prefiere el principio de la prevención al de la retribución propugnado por los clásicos, acepta el principio de la pena como medio de defensa social basado en la necesidad política y social del conglomerado, teniendo como directrices: la justicia, el mínimo de sufrimiento individual y el máximo de rendimiento en defensa de la sociedad.

Tercera Escuela Alemana: El delito es considerado como un fenómeno predominantemente social, o sea producido en forma predominante por los factores sociales que existen en el medio en el cual se desenvuelve o desarrolla todo posible sujeto activo del delito. El delincuente es considerado como sujeto que obra también predominantemente movido por factores exógenos, incluyendo entre ellos a los criminales degenerados que actúan por un determinismo al que no pueden sustraerse, llegados al grado de degeneración; en consecuencia, niega el libre albedrío pero hace la distinción entre los imputables e inimputables con base en la "intimidabilidad" del sujeto, que la hacen consistir en la aptitud para sentir la coacción psicológica de la pena. Los intimidables son imputables y se les asigna como una consecuencia la pena; los no intimidables son inimputables y se les asigna medidas de seguridad. Con relación a la pena sostiene que tiene el carácter retributivo, a la vez que la consignan como un medio de tutelar los derechos o bienes jurídicos en orden al fin del Estado mismo, (la realización de la justicia).

Política Criminal.- Para esta Escuela, el delito es considerado como fenómeno natural y a la vez como ente jurídico; es decir, acepta los criterios supuestos sobre el delito de las dos escuelas. Con relación al delincuente niega el libre albedrío, pero acepta la responsabilidad moral de tipo individual y no social, basada en la normalidad síquica del agente del delito, la que consiste en la capacidad de comprender la violación de la norma. Sobre esta base distingue a los imputables de los inimputables; si un sujeto es moralmente culpable porque en él existe normalidad síquica, se deduce de ello también la imputabilidad y consiguiente responsabilidad social.

Con relación a la pena; acepta ésta y las medidas de seguridad como medios de defensa social que deben adaptarse al sujeto.-

Por otra parte, las penas y las medidas de seguridad son un doble medio de lucha contra el crimen; concentrándose en este dualismo, la más ecléctica de las ideas de la política criminal porque mantiene tanto la pena retributiva como las medidas de seguridad, con la doble finalidad de inocuizar a los incorregibles y de enmendar a los delincuentes susceptibles de corrección.-

Escuela Técnico Jurídico: Considera el delito como un ente jurídico integrado por dos elementos: el objetivo y el subjetivo; y como consecuencia prescinde del delito como fenómeno natural y como fenómeno social. Con relación al delincuente niega el libre albedrío y basa la responsabilidad penal en la existencia psicológica del querer humano. La pena se considera como una consecuencia jurídica del delito que se caracteriza por ser una restricción de bienes jurídicos personales, impuesta

por el Estado al autor de la acción ilícita con el fin peculiar de prevenir la delincuencia, y por ser a su vez la reacción defensiva de la sociedad ante el delito, con el cual se logra el restablecimiento del derecho violado. Acepta las medidas de seguridad como medidas de utilidad social para la sociedad, por lo que constituye una tutela preventiva y no represiva.-

La dogmática Jurídica: Para esta escuela el delito es analizado para ser construido como un acto integrado a la vez por los caracteres de la antijuricidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad y penalidad.- El delincuente es estudiado a través de la capacidad que tenga de comprender la norma de cultura, que en definitiva es la base de la ley penal, dejando así atrás la fundamentación de la responsabilidad en el libre albedrío o en el determinismo.-

La pena es una medida de defensa social adaptable al sujeto activo con el fin predominantemente rehabilitador.-

Planteados los puntos de polémica entre las escuelas clásicas y positivistas, se llegó a la lógica conclusión de un eclecticismo basado en esta serie de escuelas sucesivas, cuyos fundamentos de orden práctico y con enfoque jurídico tomó la "dogmática", dejando esas discusiones que corresponden a la metafísica para poder abrir el camino del actual y futuro derecho penal. Pero las instituciones resultantes, que vienen siendo básicas en el momento actual de la ciencia penal, vinieron a plantear un conflicto jurídico entre el derecho penal y el Constitucional. Estas instituciones motivadoras del conflicto tan aparente como insustancial, si se les enfoca desde el punto de vista de una mejor justicia punitiva, son: el estado peligro

so predelictual, la sentencia, la pena relativamente indeterminada y el arbitrio judicial.

Nada objetaron los constitucionalistas con relación al estado - peligroso post-delictual, mediante el cual se aparejan a la pena distintas medidas de seguridad, las que tienden a salvaguardar los intereses de la colectividad ante la capacidad del peligro demostrada por el delincuente en el cometimiento de su hecho. No hubo discusión alguna a este respecto porque al aparejar las medidas de seguridad con la pena al autor del delito, se le ha seguido ya un previo proceso, se ha estudiado su personalidad y se le ha condenado con arreglo a las leyes, habiendo sido oído y vencido en juicio.-

Pero el conflicto surgió con la peligrosidad predelictual, habida cuenta del principio constitucional establecido en las Constituciones Políticas de todos los países que, bajo la influencia libertadora de la Revolución Francesa, determinaron que nadie puede ser privado de su libertad sin ser previamente oído y vencido en juicio y que nadie puede ser juzgado si no es de conformidad a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, ni mucho menos puede o debe sufrir - restricción alguna en su libertad y demás derechos, si en definitiva no ha cometido una infracción penal. La peligrosidad es ciertamente un estado, una situación de carácter más o menos permanente, una capacidad demostrada de poder delinquir; no es una infracción penal, no constituye un delito penado por la ley, y como consecuencia, afirman los constitucionalistas que sancionando la peligrosidad se viola un principio fundamental del derecho político, consagrado como postulado en las Constitucio

nes liberales surgidas a raíz de la Revolución Francesa.-

Es evidente, que la peligrosidad puede constituir un peligro - de vulneración de los derechos individuales dentro del derecho penal autoritario, más nunca dentro del derecho penal liberal.-

Por otra parte, la concepción de los derechos del hombre, aun dentro del Derecho Penal Liberal, no es la misma absoluta que surgió cuando en la Revolución Francesa se luchó precisamente en contra del absolutismo de la monarquía. Se puso al individuo frente al Estado y lógicamente se concibió al ser humano como poseedor de derechos intocables, inclusive anteriores y superiores a la ley positiva. Esto vino a constituir uno de los preceptos de la Constitución Salvadoreña de 1886, que en su Art. 8 decía: "Hay derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas"; y como consecuencia de esta tesis liberal, se desarrolló la vida de las Instituciones Políticas en El Salvador, como en todos los países que calcaron su Carta Magna de los principios sostenidos en la lucha libertaria de los franceses.-

Pero actualmente los derechos individuales han cedido en beneficio de la colectividad y frente al individuo se ha colocado, no al Estado absolutista sino que a la colectividad misma.- Las doctrinas individualistas han cedido a las doctrinas colectivistas o sociales, ya que no es posible seguir conceptuando al hombre como no sea dentro de la colectividad misma y supeditando parte de sus personales intereses en bien de la colectividad. Y este cambio se ha venido operando en las Constituciones de tipo liberal, a fin de armonizar los principios absolutistas proclamados en la Revolución Francesa y concretamente en la Declaración de los Derechos del

hombre y del Ciudadano, con los intereses de la colectividad en un ecléctico conveniente que armonice la concepción del hombre, frente a la concepción del Estado.

Es por ello que en El Salvador, mientras en conferencias internacionales aún se discutía el carácter absoluto de los derechos individuales frente a los derechos de la colectividad, surge en la Constitución de 1950 el Art. 166, en el que se expresa: "Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgo inminente para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Poder Judicial. Igual precepto aparece en la Constitución vigente de 1962.

En cuanto a las otras dos instituciones del Derecho Penal actual y del futuro cuales son la pena relativamente indeterminada y el arbitrio judicial, tampoco deben constituir un peligro de vulneración de los derechos individuales, ni del principio de legalidad, si se tiene en cuenta que las tendencias criminológicas del Derecho Penal, aspiran no a condenar el delito en sí, sino que a sancionar al delincuente para corregirlo y readaptarlo al medio social. En los Códigos Penales Modernos, una vez comprobado el hecho y la delincuencia se estudia al delincuente desde el punto de vista biológico, psicológico y psiquiátrico; se investiga su personalidad y logrado su diagnóstico y pronóstico, se determina dentro de la indeterminación de la pena y con el convenien

te arbitrio judicial, la sanción que a título de bien correctivo y re<sup>g</sup> daptable conviene aplicar al sujeto del delito para llegar a ser de él una persona útil al medio social en el cual convive.-

Es evidente que dentro del Derecho Penal Liberal, al igual que sucede con la Institución de la peligrosidad predelictual, no puede ni debe surgir conflicto alguno entre la ciencia del Derecho Penal y el De<sup>re</sup> cho Constitucional, ni con la pena relativamente indeterminada ni con el arbitrio judicial.-

#### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

El principio de legalidad se encuentra consagrado en la legislación Constitucional y en la legislación penal sustantiva y adjetiva de El -- Salvador.-

Este principio supone que el Estado ha determinado de manera clara y completa en el Código Penal las infracciones penales, ya sean constitutivas de delito o de falta, con las correspondientes penas o medidas de seguridad aplicables para cada infracción, aún cuando las penas sean dentro de un máximo y un mínimo; no se puede procesar ni sancionar, sino sólo a aquellos que ajusten su conducta al acto descrito por la ley como delito, excluyendo así la analogía como sistema. Consecuencia de ello es que, por inhumano o contrario a las buenas costumbres o injusta que parezca determinada conducta, no podrá ser considerada como delito si - el Código Penal no la ha descrito previamente como acto delictivo y por ende, tampoco podrá enjuiciarse a nadie por aquella conducta, ni mucho menos sancionarse aún cuando con las mismas se lesionen intereses del - Estado o de las personas. Cabe agregar, eso sí, que se permite la inter-

pretación analógica .

El principio de legalidad comprende las cuestiones siguientes: lo.) El Juez no puede conceptuar como delito para el efecto de instruir un proceso criminal, un hecho o acto que el Código Penal no haya expresamente previsto como delito o falta. Esto no es otra cosa que el principio de legalidad operando en la ley sustantiva.

En la Legislación Salvadoreña está consignado este precepto en el Art. 152 de la Constitución Política, que dice: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe ". En consecuencia, toda persona puede realizar cualquier acto u observar cualquier conducta, excepto aquellas prohibidas por la ley. Completando este principio el Art. 169 de la misma Constitución dice: "Nadie puede ser juzgado, sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los Tribunales que previamente haya establecido la Ley". El anterior principio se encuentra plasmado en el Inc. 1o. del Art. 1o. del Código Penal que reza: "Nadie podrá ser sancionado por hechos que la ley penal no haya previsto en forma precisa e inequívoca como punibles, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que ella no haya establecido previamente".

A su vez el Código Procesal Penal Salvadoreño expresa en su Art. 2o. que: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al delito o falta que se impute, ante juez competente instituido con anterioridad por la Ley y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso". Asimismo el Art. 4o. del Código Penal nos dice: "No podrá configurarse hechos punibles o imponerse sanción alguna por aplicación analógica de la ley penal".

2o.) El Juez no puede imponer una pena que no esté expresamente determinada por la Ley Penal. No puede, pues, un Tribunal crear una sanción por leve que ésta sea y no tiene más facultad que la de aplicar al autor del delito o falta la pena que concretamente establezca el Código Penal, aunque ésta sea dentro de un máximo y un mínimo posible.-

Esta consecuencia del principio de legalidad, en cuanto a la aplicación de la pena, se consagra en el Art. 164 de la Constitución Política, que expresa: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las leyes", precepto que a su vez fundamenta el principio de la legalidad de la condena establecido en el Art. 3 del Código Procesal Penal, que dice: "Nadie será condenado a sanción penal alguna sin haber sido oído y juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código o de leyes especiales en su caso, ni podrá ser privado del derecho inviolable de defensa". El mismo principio encontramos en el ya citado inciso 1o. del Art. 1o. del Código Penal en relación con los Artículos 66, 79 y 101 del mismo Código.-

3o.) La Ley Penal no es retroactiva. Lo anterior quiere decir que un Juez no puede enjuiciar sino a los responsables de hechos cometidos con posterioridad a la creación de tal acto como delito o falta; de tal manera que aún cuando después de cometida una conducta dañosa o inmorral ésta fuese tipificada como delito en la ley penal, no podrá enjuiciarse ni castigarse al autor de tal conducta, porque ella no ha caído bajo el imperio de la ley que mira hacia adelante y no hacia atrás.-

Lo anterior se encuentra consignado en el Art. 172 de la Cons-

titución Política que dice: "Las Leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente". En consecuencia, la única excepción al principio de irretroactividad de la ley Penal, es cuando la nueva Ley favorece al delincuente, lo que también se encuentra establecido en los Artículos 12 y siguientes y 527 del Código Penal.-

4o.) El juez no puede enjuiciar a una persona dos veces por la misma infracción penal, ni serlo en diversas instancias en una misma causa. Esta consecuencia está consignada en la Constitución Salvadoreña en la parte final del Inc. 2o. del Art. 164 que establece: "Ninguna persona.....; ni puede ser enjuiciado dos veces por la misma causa" y en el Art. 170 que estipula: "Un mismo Juez no puede serlo en diversas Instancias, en una misma causa". Estos preceptos se encuentran también consignados en nuestro Código Procesal Penal en su Art.4 que dice: "Nadie podrá ser procesado más de una vez por la misma infracción penal, ni juzgado por el mismo Juez en diferentes instancias en una misma causa", lo mismo que en el Art. 1o. Inc. 2o. del Código Penal que expresa: "Al aplicar la ley a un hecho, éste no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la pena, salvo lo dispuesto en la primera parte del artículo 53 ( relativo al concurso ideal ) "; y,

5o.) Toda persona sujeta a la Legislación Penal, tiene derecho a que procesalmente sea tratada al igual que todas las demás sujetas a tal legislación. Esto quiere decir que el Juez al enjuiciar a las personas no podrá hacer diferencias que se basen por ejemplo en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.- Este precepto se encuentra establecido en el Art.150 de nues

tra Constitución Política que expresa: "Todos los hombres son iguales ante la Ley"; el que a su vez se encuentra plasmado en el Código Procesal Penal en el Art. 7, que expresa: "La igualdad ante la Ley establecida por la Constitución Política, implica procesalmente un mismo tratamiento para todas las personas sujetas a legislación penal, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones" y en el Art. 16 Inc. lo. del Código Penal que dice: "Este Código se aplicará, sin distinción de personas, a los habitantes de la República que en el momento del hecho tuvieran más de dieciocho años".-

SU REGLAMENTACION EN LOS DISTINTOS SISTEMAS PROCESALES. Los procedimientos penales pueden seguir el sistema acusatorio, el sistema inquisitivo o el sistema mixto.-

Históricamente, la forma acusatoria del proceso floreció en Grecia; brilló en el apogeo del Imperio Romano y aunque en forma muy tosca, apareció en el derecho Germánico; resurgió posteriormente en la brillante época de las ciudades Italianas, en los tiempos radiantes del ansioso retorno al Derecho Romano. El derecho Procesal Penal Romano fue acusatorio: No había proceso penal sin acusador, esto es sin un ciudadano que se erigiese como órgano y representante de la colectividad ofendida; si el culpable no encontraba un acusador, el delito quedaba impune. Por otra parte, el acusado tenía derecho a la defensa que si en los primeros tiempos fue estrictamente personal, más tarde pudo ejercerse conjuntamente o por medio de un abogado (Patronus).-

El Proceso Penal común fue en sus primeros tiempos acusatorio, siguiendo el ejemplo romano. Bulgaro, discípulo de Inerio, de la Escuela

de los Glosadores, inspirándose en una concepción marcadamente romanista del proceso en forma acusatoria, escribió: "Por proceso se entiende la actuación judicial de por lo menos tres personas: el actor que acusa, el reo que se defiende de la acusación y el Juez que decide".

Luego se dió el sistema inquisitorio.

históricamente, la forma inquisitoria surgió cuando a consecuencia de las vicisitudes políticas de esos tiempos, desaparecieron las condiciones que le daban vida a la forma acusatoria, que en el Siglo XVI decayó totalmente y no fue más que un nebuloso e inerte recuerdo. Esa forma nació especialmente por obra de la Iglesia, tuvo sus comienzos bajo el Papado de Inocencio III y encontró su aplicación en algunos decretos de Bonifacio VIII. La ordenanza criminal de Luis XIV del mes de Agosto de 1670, presenta la codificación completa del sistema inquisitorio.

Los autores de la época enseñaban que el Juez debe proveer a todo, aún a la defensa. Maestros de la época inquisitoria como Carpzov, sostenían que: "El Juez debe hacer de oficio la defensa del reo", pero la realidad desmintió este precepto. En esta época, el acusado no tenía ninguna garantía de defensa y el abogado mismo debía convertirse en acusador, una vez adquirida la convicción de culpabilidad de su cliente. Los testigos debían permanecer desconocidos para el acusado. Todo debía desarrollarse en misterioso secreto.

La forma mixta, tuvo su origen y se aplicó por primera vez en Francia; la Revolución Francesa barrió con la forma inquisitoria, porque de ella que daba solamente en ese entonces, lo que tenía de odioso. Sin embargo no se hizo "tabla rasa de todo". La Asamblea Constituyente Francesa, sentó

las bases de una nueva forma que distinga el proceso en dos fases: en una primera la de la instrucción, todo procede secretamente y está en manos del juez; en una segunda, la del juicio, todas las actuaciones se realizan públicamente ante el juez con la controversia de la acusación y dentro de un régimen de publicidad. Esta forma fue consagrada en los Códigos y las nuevas corrientes han ido modificándola más o menos, hasta el punto en que se permite la defensa en la Instrucción como sucede en nuestro Código Penal en su Art. 62 Inc. 1o.+

Como características del sistema acusatorio pueden señalarse las siguientes: a) La facultad de promover la acusación no compete a determinada persona en calidad de mandataria de la sociedad ni en calidad de ofendida, sino que por regla general reside en todos los ciudadanos; pero es necesario para la iniciación del juicio, la intervención de alguien que asuma la responsabilidad de la imputación, pues desde el comienzo del juicio, las personas que en él intervienen se encuentran diferenciadas en su calidad de actor y reo; b) el debate es público desde el comienzo hasta el final, de modo que en cualquier momento del juicio su estado es conocido por cualquier persona, incluso el acusado; c) en las partes recae la obligación de vertir pruebas y de desvanecerlas; el acusador está en la obligación de probar su acusación y el reo en la de establecer su defensa, el juzgador no pasa de ser un mero espectador; d) las pruebas se producen oralmente, no se consignan en escritos y la de los testigos es la principal; e) el acusado no pierde por ningún motivo su libertad durante el juicio, sino hasta que se dicta sentencia condenándolo; f) generalmente es un tribunal de conciencia el que decide sobre

la culpabilidad o inocencia del procesado.-

Las características del sistema inquisitivo son: a) el procedimiento - puede iniciarse de oficio, no es necesaria la intervención de partes, - aunque a veces se sigue con la participación de un funcionario delegado por la sociedad; b) el procedimiento es secreto, no se le da noticia de él al procesado aunque a veces es solo durante una parte del juicio que se mantiene al reo en tal ignorancia; c) el juez tiene iniciativa en cuanto a las pruebas y es su deber procurarlas; d) las pruebas, aún tratándose de la testimonial se consiguan por escrito; e) el procesado es privado de su libertad desde el inicio del proceso; f) la sentencia es pronunciada por tribunales de derecho en base a la valoración que de las - pruebas hacen las leyes.-

El sistema mixto participa de los caracteres de uno y otro de los anteriores sistemas; estimándose que es el que mejor responde al sentimiento de justicia, por lo que ha sido adoptado por la mayor parte de los Códigos de Procedimiento Penal y es el que sigue el nuestro.

Después de señalados los caracteres del sistema acusatorio, inquisitivo y mixto podemos decir: que en el sistema acusatorio la libertad no se restringe, en todo momento se está libre; es decir que la detención o prisión preventiva no se decreta y que en consecuencia, el imputado está rodeado de las mayores garantías; que en el sistema inquisitivo la libertad individual se pierde desde el primer momento; que la prisión preventiva o detención preventiva opera en todo momento y que el imputado carece de las más elementales garantías. En cuanto al sistema mixto, que es el que adopta nuestro Código Procesal Penal, el imputado puede ser dete-

nido provisionalmente, pero desde luego, en su caso, no permanecer todo el tiempo en prisión o con su libertad restringida ya que, según la naturaleza del delito, puede obtener su libertad como el caso de la excarcelación o libertad bajo caución. Es más, como ya se dijo anteriormente, esta forma consagrada en los Códigos modernos ha venido siendo modificada con las nuevas corrientes, ya que en los nuevos Códigos, si bien adoptan el sistema mixto que consta de dos fases: 1o.) la de instrucción que adopta los caracteres del sistema inquisitorio y 2o.) el plenario que adopta los caracteres del sistema acusatorio; dichos caracteres, en uno y en otro caso se van modificando: en cuanto a la detención, ésta se decreta (carácter inquisitorio) en la fase de instrucción, pero en algunos casos el imputado puede obtener su libertad (carácter acusatorio), después de decretarse su detención; podemos afirmar que un aspecto de la instrucción en que se hace evidente el sello de la forma acusatoria, lo constituyen las medidas o resoluciones referentes a la libertad provisional del imputado. Adelantar el proceso cuando el imputado está libre o adelantarle cuando se encuentra provisionalmente detenido, es una cuestión que tiene grande importancia, ya que la libertad personal del imputado se suprime o disminuye cuando aún no existe condena en su contra; y la detención representa en realidad un grave obstáculo para la defensa, por lo cual el legislador rodea esas decisiones de garantías importantes.-

En cuanto a las garantías individuales que ya fueron analizadas anteriormente, podemos decir que pueden aplicarse a plenitud en el sistema acusatorio, ya que en éste se desarrollan perfectamente el derecho de defensa - (nadie puede ser privado de su vida, libertad, sin ser oído y vencido en jui

cio), el de ser juzgado de acuerdo a un procedimiento legal, etc.- Por el contrario en el sistema inquisitorio, las garantías individuales no cuentan o sólo cuentan muy limitadamente, ya que del sistema inquisitorio no se tuvo nada más que la visión de una horrible realidad en la administración de justicia, excepto en lo relativo a la prueba testimonial.-

En el sistema mixto, podemos decir que en la fase de instrucción, en la que predominan los caracteres del sistema inquisitorio, no se desarrollan a plenitud las garantías individuales no obstante que los Códigos modernos más o menos han modificado esa fase, hasta el punto que se permite defensor en la instrucción; es decir, que dentro de esta fase se insertan caracteres del sistema acusatorio. Por el contrario en el plenario es el que predominan los caracteres del sistema acusatorio, si se aplican o desarrollan a plenitud las garantías individuales.-

Finalmente, deseo señalar que mientras impere en El Salvador el proceso mixto, en cuya fase de instrucción predominan los caracteres del sistema inquisitorio, no obstante la inserción de caracteres del sistema acusatorio, no podremos lograr una justicia plena y objetiva; además de que, por nuestra idiosincracia, algunos jueces se convierten en "comisarios del Santo Oficio", llegando a ser verdaderos condenadores del inculpatado, así como concebir que por la sana crítica "en nuestro país la justicia no se imparte sino que se suplica".

CAPITULO III. DE LA DETENCION EN FLAGRANCIA Y DE OTROS CASOS DE DETENCION SIN ORDEN JUDICIAL. 1o. Consideraciones generales; 2o. Régimen legal.-

1o. Consideraciones generales: Infraganti, equivale a decir en flagrancia, que significa: en el momento mismo de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir.-

La Constitución Política en el Art. 166 establece que: "cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente"; es decir, faculta a toda persona para detener al delincuente infraganti; y ello es porque si bien es cierto que el Estado es el obligado a proteger a los miembros de la colectividad contra los delincuentes y a la persecución y captura de éstos, existen situaciones en las cuales es imposible que los órganos auxiliares cumplan con esta función, situaciones que hacen necesaria que cualquier persona preste su colaboración a fin de prevenir el delito o detener al delincuente, puesto que todos tenemos la obligación como ciudadanos de luchar contra el crimen. Una persona particular no puede detener a un delincuente cuando no es infraganti, solo la autoridad puede hacerlo dentro de las normas legales y si el particular lo verifica comete delito. Es más, aun siendo infraganti, si el particular lo detiene y sin ningún motivo no lo pone a disposición de la autoridad competente inmediatamente, también comete delito. A este respecto, autores como Manzini, dicen: "el particular de cualquier edad y sexo está en tales casos autorizado excepcionalmente a cumplir un acto de función pública. Ac

túa por el Estado como un negotiorum gestor de derecho público y asume por lo tanto la facultad temporal de oficial público." (6)

Ahora bien, si el particular verifica la detención del delincuente infraganti, tiene la obligación de ponerlo a disposición inmediatamente de la autoridad más próxima, de lo contrario incurre en responsabilidad penal de conformidad al Art. 219 Inc. 1o. del Código Penal.

La palabra detención tiene un significado que comprende tanto - el hecho material de la aprehensión de una persona como la orden de privación de libertad decretada por autoridad competente. Cuando se habla de detención en flagrancia y de otros casos de detención sin orden judicial, se refiere al hecho de la aprehensión material de una persona que puede ser ejecutada por los particulares o por los miembros de los órganos auxiliares, cuando se reúnen determinados requisitos y tiende a asegurar a dicha persona, a fin de que comparezca ante Juez competente.

Desde el Derecho Romano, se considera que hay flagrancia no sólo cuando la persona es sorprendida por otra en la comisión de un delito, - sino que también en situaciones equiparables a las que la doctrina los llama "de cuasi flagrancia", entre las que se encuentran las siguientes: a) ser hallado el delincuente inmediatamente después de cometer el delito; b) mientras fuere perseguido el delincuente por el clamor público, - la fuerza pública o el perjudicado; c) cuando el delincuente tenga en su poder objetos con los que se presume haya cometido el hecho o presentarse huellas que indiquen que acaba de participar en hecho delictuoso.

Estas situaciones de flagrancia y de cuasi-flagrancia, tienen para su calificación de tales y como única limitación el tiempo; generalmen

te dicho límite es de veinticuatro horas, transcurrido el cual el delin-  
cuente deja de ser infraganti. Algunas legislaciones, limitan la flagran-  
cia sólo al supuesto de que el aprehensor haya presenciado la comisión  
del delito. Otras requieren, además, que el delito esté reprimido con  
pena privativa de la libertad y sea perseguible de oficio.-

Ahora bien, la detención en flagrancia es una detención sin or-  
den judicial por la cual se faculta al particular a detener al delin-  
cuente infraganti; facultad que, desde luego, puede o no ejercitarla ya  
que es totalmente discrecional; pero existen otros casos de detención  
sin orden judicial, que deben obligatoriamente efectuar los miembros de  
los órganos auxiliares, es decir que éstas detenciones no quedan al po-  
der discrecional del miembro del órgano auxiliar sino que, por el con-  
trario, debe verificarla aún sin orden judicial como cuando el delin-  
cuente se dispone a cometer el delito, cuando se ha fugado de algún -  
establecimiento penal o de cualquier otro lugar de reclusión, y por úl-  
timo, cuando mediere orden de detención escrita emanada de autoridad no  
judicial. Es obvio entonces, advertir que la obligatoriedad de verificar  
la detención que tienen los miembros de los órganos auxiliares, les qui-  
ta cualquier discrecionalidad; de manera que la eventual omisión de la  
detención viene a ser o da lugar a responsabilidad penal por omisión.  
En nuestro Código Procesal Penal se establece en su Art. 144 que: "los  
funcionarios y agentes de los órganos auxiliares responderán por las -  
infracciones legales que cometan en el ejercicio de sus funciones".-Ade-  
más de la obligación que tienen de verificar la detención, los miembros  
de los órganos auxiliares, tienen simultáneamente la obligación de pre-

sentar al detenido al cuerpo de seguridad al que pertenezcan, para que éstos a su vez lo remitan a la autoridad competente en el término de veinticuatro horas según el Código Procesal Penal, y si no lo hacen dentro del plazo máximo de setenta y dos horas, incurren en responsabilidad penal de acuerdo al Art. 144 Pr.Pn., en relación con los Arts. 219 Inc. 2o. y 429 del Código Penal.-

2o.- Régimen legal. Las disposiciones que en la Legislación salvadoreña regulan lo relativo a la detención en flagrancia y otros casos de detención sin orden judicial, las encontramos en los Arts. 242 y 243 del Código Procesal Penal, que a continuación transcribimos:

Detención en flagrancia.

Art. 242.- No obstante lo establecido en el Artículo anterior, cuando un delincuente fuere sorprendido infraganti podrá ser detenido por cualquier persona, la que deberá entregarlo inmediatamente a la autoridad más próxima.-

Se entenderá delincuente infraganti el que fuere hallado en el acto mismo de cometer el delito, o inmediatamente después, o mientras fuere -- perseguido por el clamor público, por la fuerza pública o por el perjudicado o tuviere en su poder objetos con los que se presume haya cometido el hecho o presentare huellas que indiquen que acaba de participar en un hecho delictuoso; pero no se tendrá por infraganti si hubieren transcurrido veinticuatro horas después de la perpetración del delito.-

Otros casos de detención sin orden judicial.

Art. 243.- Los miembros de los órganos auxiliares deberán proceder a la captura de una persona aún sin orden judicial, en los casos siguientes:

- 1o.) En el momento de disponerse a cometer un delito;
- 2o.) Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de reclusión; y
- 3o.) Si mediare orden escrita emanada de autoridad no judicial.

En cualquiera de los tres supuestos anteriores el miembro del organo auxiliar que verificare la detención deberá presentar inmediatamente al detenido al cuerpo a que perteneciere, para que dentro de veinticuatro horas sea consignado a la autoridad competente.-

Además, puede comprenderse dentro del régimen legal relativo a esta clase de detención, las disposiciones legales ya relacionadas en las consideraciones generales, desarrolladas en este Capítulo.-

CAPITULO IV. DE LA DETENCION PARA INQUIRIR. 1o.) Concepto; 2o.) Duración; 3o.) Cómputo del término; 4o.) Caso especial; 5o.) Centros de detención. 6o.) Régimen legal.-

1o. Concepto. A nuestro juicio la detención para inquirir o por el término de inquirir es la privación de la libertad de una persona ordenada por un Juez, para la comprobación de las sospechas que de haber participado en un delito que se investiga recaigan sobre aquélla, siendo por un término preciso al final del cual deberá decretar la detención provisional o libertad del imputado, según el caso.-

Tal detención es ordenada por autoridad judicial competente (Juez de Paz o de Primera Instancia) y procede: a) cuando le sea consignada o presentada una persona a quien se le imputa la comisión de una infracción penal, o cuando por cualquier circunstancia estuviere ante su presencia (inclusive la presentación del imputado ante el Tribunal); y b) Cuando en la comisión de una infracción penal hubieren participado varias personas, siempre que no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables o sospechosos y no pudiera dejar de procederse sin menoscabo para la instrucción, en cuyo caso si fuere indispensable la decretará en contra de los sospechosos.-

Supone pues, que el imputado sea aprehendido y colocado en un lugar de detención; se requiere que haya imputado presente ya que cuando no lo hay es obvio que no existe detención para inquirir.

2o.- Duración. El término de la detención para inquirir varía según las legislaciones; por ejemplo, en la Legislación Francesa, la restricción de la libertad personal se hace efectiva por medio de mandatos, pertenecientes a dos categorías: en la primera se comprenden los mandatos

de comparecencia y de conducción; y en la segunda, los de depósito y de arresto. Aquéllos tienen por finalidad hacer comparecer al imputado a objeto de ser interrogado acerca del o de los hechos que se le atribuyen; y los últimos, la de constituirlo en estado de prisión preventiva. El mandato de comparecencia, es una especie de invitación hecha por correo para comparecer ante el Juez de la instrucción; si no comparece, se ex pide nuevo mandato despachado con ujier o con un agente de policía, quien tiene facultad para penetrar al domicilio de la persona invitada a com parecer; si no comparece, se libra mandato de conducción. El individuo colocado bajo mandato de conducción, es con frecuencia llevado provis o riamente a la casa de arresto, donde permanece a la espera de su inte rrogatorio, el que debe ser recibido por el Juez dentro de las veinti- cuatro horas a contar del ingreso a dicho establecimiento carcelario; cumplido el interrogatorio, el Juez de la instrucción debe decidir si corresponde dejarlo en libertad o constituirlo en estado de detención preventiva si existen motivos para ello.-

En la Legislación Italiana, en el caso de arresto de una per sona sin providencia de la autoridad judicial, obliga a ponerlo inne diatamente y en todo caso no después de veinticuatro horas a disposi ción del procurador de la República o del Pretor; existiendo como lími te máximo para el interrogatorio del arrestado el de tres días a par tir del arresto.-

La Legislación Colombiana distingue entre captura y detención provisional; la primera, es la aprehensión material de una persona y la

segunda, es el acto procesal en que se ordena la captura. Los capturados tienen derecho a que se decida su situación, dentro del plazo de doce horas, transcurridas las cuales sin que se hubiere dictado auto de detención y hecha la comunicación al Alcaide, éste debe reclamar del funcionario instructor la legalización de la captura; y si la orden no le fuere renitida en el término de doce horas siguientes, el capturado es puesto en libertad.-

En el Art. 19 de la Constitución Mexicana se dispone: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto formal de prisión".-

Entre nosotros, la Constitución Política establece: "La detención para inquirir no pasará de tres días"; mientras que el Código Procesal Penal, señala que el término para inquirir será de setenta y dos horas como máximo. Podría pensarse que al establecer el Código Procesal Penal, que "El término de inquirir será de setenta y dos horas como máximo" ( Art.244 ), contradice a la Constitución Política que establece: "el término de inquirir no pasará de tres días" (Art.166) y que en consecuencia el Art. 244 Pr.Pn., es inconstitucional ya que no es lo mismo setenta y dos horas que tres días, a tenor del Art. 46 C.; pero en verdad no existe tal inconstitucionalidad, puesto que la Constitución Política no señaló sistema de cómputo de los tres días, sino un límite para aquella detención; por lo que debe presumirse que el cómputo de ese término se dejó al arbitrio del legislador común. Ciertamente es que el Código Civil en el Art. 46, sostiene: "los plazos de días de que se haga mención en los Tribunales o Juzgados se entenderán que han

de ser completos y correrán además hasta la media noche del último día del plazo"; pero el diferir del Código Civil no significa inconstitucionalidad; si bien es cierto que el Código Procesal Penal se aparta de las reglas del Código Civil, no se opone a la Constitución puesto que las setenta y dos horas del Código Procesal Penal quedan en todo caso, incluidas dentro del límite de tres días de que habla la Carta Magna. - Además, respetando la regla de que la ley especial prevalece sobre la general, el legislador común tenía la facultad de computar de modo distinto al Código Civil la duración de los tres días.-

3o.) Cómputo del término. Puede sostenerse que según el Código Procesal Penal, los tres días de que habla la Constitución Política se entienden por períodos iguales de veinticuatro horas; es decir un máximo total de setenta y dos horas.-

Así por ejemplo, una persona detenida por el término de inquirir a las once de la mañana del día lunes, puede permanecer en dicha - detención como máximo hasta las once de la mañana del día jueves.-

Ahora bien, no es necesario que finalice el término de inquirir para que el Juez resuelva sobre la libertad o detención provisional del detenido; en cualquier momento antes de que concluyan las setenta y dos horas, el Juez puede ordenar la libertad del detenido si no hubiere mérito para la detención provisional u ordenar ésta, cuando hubiere mérito para ello. No obstante, la práctica de nuestros Tribunales es de que resuelven sobre la detención provisional o sobre la libertad del imputado hasta que el término finaliza; y lo que es más grave, algunos jueces aún habiéndose vencido las setenta y dos horas esperan hasta el

final de la audiencia o hasta después de su turno de ley, para decretar según el caso la libertad o la detención provisional del inputado, dejando a éste en una verdadera incertidumbre en relación a su situación.-

40.) Caso Especial. Desde luego que la detención para inquirir requiere la presencia material, es decir la consignación o presentación de la persona inputada en la comisión de una infracción penal ante el Juez, de donde podemos decir que la detención para inquirir se decreta en términos generales, contra aquel a quien se le imputare la comisión de un delito al ser consignado o presentado al Juez, o cuando por cualquier circunstancia se hallare ante su presencia; y excepcionalmente según el Art. 245 cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas, no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiera dejar de procederse sin menoscabo para la instrucción; pudiendo además, el Juez en este caso especial o de excepción, disponer que los sospechosos no se alejen del lugar del hecho.-

En este caso especial, la detención para inquirir no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas.-

Este caso de detención para inquirir puede ejemplificarse así: en un lugar cualquiera se produce una balacera, allí se encuentran reunidas varias personas, resultando una de ellas muerta por impacto de proyectil de arma de fuego, pero no se puede precisar quien fue el autor del disparo que causó esa muerte; entonces el Juez puede decretar la de

tención para inquirir de los presentes por ser sospechosos y ello desde luego, cuando fuere indispensable. Todos los presentes son indicia- dos en ese momento.-

5o.) Centro de Detención. Habíamos señalado que en la Legislación Fran- cesa, se dispone: " que el imputado permanezca en la casa de arresto a la espera del interrogatorio que debe ser recibido por el Juez ".-

En nuestra Legislación, a los detenidos por el término de in- quirir por lo general, se les llevará a Centros Especiales de detención, si los hubiere en el lugar; pero como no los hay al menos actualmente el Legislador ha señalado que se lleven a un centro Penal común, pero procurando su separación con los otros reclusos ( Los detenidos provi- sionalmente, sentenciados, etc.). La Ley prevé el caso de personas que siendo detenidas por el término de inquirir no deberán cumplir dicho té- rmino en esos centros especiales o en los centros penales comunes, en su caso; así, los Miembros de la Fuerza Armada en servicio activo y los individuos de tropa, deberán cumplir la detención en el lugar donde - prestan sus servicios, o en el que el Jefe de dicho Centro designe, bajo la responsabilidad del Jefe del establecimiento y sin que le sea permitido salir del lugar de reclusión sin el permiso del Juez de la causa, salvo cuando por la infracción penal cometida causaren baja, - dicha detención la cumplirán en los establecimientos penales especiales o comunes en su caso.-

6o.) Régimen Legal. Las disposiciones contenidas en nuestro Código - Procesal Penal, relativas a la detención para inquirir son las siguien- tes:

Detención para Inquirir.Duración y cómputo del término.

Art.244. Cuando a un juez le sea consignada o presentada persona a quien se le impute la comisión de delito, deberá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito al jefe del mismo.-

Igual detención podrá ordenar el Juez tratándose de imputado que por cualquier otra circunstancia estuviere ante su presencia.-

Dentro del término de inquirir el Juez deberá decretar la detención provisional o la libertad del imputado, según proceda, so pena de incurrir en responsabilidad penal.-

El término para inquirir será de setenta y dos horas como máximo y empezará a correr a partir de la hora en que el imputado quedare a disposición del Juez de la causa.-

Caso especial de detención para inquirir.

Art.245.- Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiere dejarse de proceder sin menoscabo para la instrucción, el Juez podrá disponer que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y aún ordenar su detención para inquirir si fuere indispensable, en cuyo caso la detención no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar las declaraciones y nunca más de setenta y dos horas.-

Centros Especiales de detención para inquirir.

Art.246.- A los detenidos por el término de inquirir se les

ubicará en centros especiales si los hubiere en el lugar, o en el - centro penal común procurando su separación de los otros reclusos.-

Los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo y los individuos de tropa cumplirán la detención por el término de inquirir en el centro donde presten sus servicios o en el que el jefe de dicho centro designe, bajo la responsabilidad del respectivo jefe del establecimiento y sin que les sea permitido salir del lugar de reclusión sin el permiso del juez de la causa.-

Sin embargo, si por la infracción penal cometida causaren baja, la detención por inquirir la cumplirán en los establecimientos penales comunes.-

También conviene incluir dentro del régimen legal de la detención para inquirir el Art. 241 Pr. Pn., que dice: " Ningún poder, autoridad o funcionario podrá decretar órdenes de detención si no es de conformidad con la ley y tales órdenes deberán ser siempre escritas".-

Por último, el fundamento constitucional de la detención para inquirir lo encontramos en el Art. 166 Inc. 2o. de la Constitución Política, que dice: "La detención para inquirir no pasará de tres días y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibirle su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término".-

CAPITULO V.-DE LA DETENCION PROVISIONAL. 1o.) Concepto; 2o.) a) Requisitos; b) contenido; c) Duración y d) Aviso.; 3o.) Detención por falta; 4o.) Régimen Legal.

1o.) Concepto. Es la restricción de la libertad del imputado durante cierta fase del desarrollo del proceso penal, para asegurar la sanción privativa de la libertad o de la vida que pueda imponérsele en la sentencia definitiva. Frente al principio del respeto a la libertad personal, se yergue el principio de garantizar el cumplimiento de la pena por parte del delincuente.- La detención provisional del imputado, es decretada por el Juez cuando estima que existen en el juicio cargos suficientemente serios que justifiquen la privación de la libertad del imputado como medida precautoria, a efecto de facilitar la investigación y asegurar su comparecencia en el juicio. En el proceso penal, - las medidas precautorias que afectan a las personas son las que más se aplican y las que más trascendencia revisten; ya que la libertad individual, que es el bien máspreciado del hombre es la que directamente se ve comprometida con ella.-

La consecuencia inmediata de la imposición de esta medida, es la privación de la libertad física del individuo que es objeto de ella; es decir, la libertad de permanecer y salir del territorio nacional, la libertad de locomoción, la libertad ambulatoria. Esta libertad es la que sobre todo se restringe, pero realmente no se trata de una simple privación de libertad, sino de un verdadero estado caracterizado por la relatividad de su permanencia, dado que puede mantenerse hasta la terminación del juicio en tanto no desaparezcan las causas que la han origina-

do.- Desde luego, que esta libertad física tenemos que diferenciarla de la libertad individual o personal, ya que ésta representa un concepto mucho más amplio como ya vimos anteriormente.-

En caso de sentencia condenatoria definitiva, por regla general, el imputado debe ser privado de su libertad; los estudiosos del de recho señalan que antes de dicha sentencia, solo en caso de necesidad debe de sufrirse la privación de su libertad; de donde se deduce que para la justificación de la detención preventiva o provisional, es necesario demostrar que la justicia está en la necesidad de asegurarse de la persona del imputado, por ejemplo para sus indagaciones, sus interrogatorios y sus confrontaciones o careos para prevenir otras infracciones o porque es un sujeto peligroso o porque puede perjudicar la inves tigación, ya sea destruyendo las huellas del delito o del cuerpo del mismo con falsos testimonios o intimidando a los verdaderos testigos, o especialmente porque existan razones suficientes para temer que tratará de evadirse o de escapar a la justicia.- La detención provisional debe descansar sobre los principios siguientes:

a) No es una pena y ni siquiera debe de confundírsele con una especie de pena anticipada. En nuestro ordenamiento procesal penal la detención provisional tiene cierto sentido de pena anticipada, lo que viene a ser un error jurídico y psicológico ya que se decreta con sólo la prueba de la delincuencia y del delito o con la primera en su caso, sin atender a la necesidad de la medida; en otros países, Suiza por ejemplo, se señalan las causas por las cuales puede ser detenido preventivamente el imputado, que no son otras que las necesarias para garanti-

zar la instrucción de un procedimiento criminal o correccional y aunque se llenen los requisitos para que se decrete la detención provisional, si la medida no es necesaria para garantía de la instrucción, porque el imputado no presenta peligrosidad ni ofrece riesgo de perjudicar la investigación, el Juez no decreta la detención provisional.-

b) Debe proceder sólo en los casos de infracciones suficientemente graves por los efectos que produce, y siempre que haya contra el imputado elementos de culpabilidad suficientemente graves que la justifiquen. Entre los efectos que produce podemos señalar, entre otros, el que va contra la honra del detenido y de su familia, trae perjuicios económicos muy sensibles, ya que el privado de su libertad está imposibilitado de ganarse la vida y de trabajar para la familia.-

En nuestra legislación procesal Penal, se admite la detención provisional para toda clase de delitos; exigiendo determinados requisitos que posteriormente analizaremos. Como excepción, estimamos que no debería ordenarse para infracciones que no fueran de verdadera gravedad, aunque para estos casos exista la institución de la excarcelación bajo fianza que puede hacer cesar la detención, pero esto no es suficiente. En estos casos no debería decretarse la detención provisional para evitar al imputado de delitos de menor gravedad, las molestias de ser llevado a la cárcel y evitar, como sucede en muchos casos, que imputados que ignoran la existencia del beneficio de la excarcelación y carecen de defensor guarden detención por mucho tiempo, simplemente porque no solicitan la excarcelación bajo fianza.-

c) No puede ser decretada sino de conformidad a la ley, en la forma y

con los requisitos que la misma establece. La autoridad investida del poder de decretar la detención preventiva, no puede ser nunca la autoridad policíaca, sino que únicamente la autoridad judicial que conoce del juicio; y si además se hace contra la ley se comete delito, especialmente los comprendidos en el Título 4o. del Código Penal.-

d) No debe prolongarse en demasía por la lentitud de las investigaciones o la indiferencia de los órganos encargados de ellas. Es cierto que, en nuestros Tribunales hay gran cantidad de trabajo y que eso hace lenta la labor judicial; pero también es cierto que algunos jueces o funcionarios son directamente responsables de la lentitud en los juicios, ya que inclusive hasta por la firma de un auto cualquiera en el juicio, hay que esperar varios días con el consiguiente retardo en la administración de justicia, olvidándose del principio de pronta y cumplida justicia. Es más, la propia Corte Suprema de Justicia tiene la obligación constitucional ( Art.89 No.7 ) de vigilar porque se administre pronta y cumplida justicia, más sin embargo esto no se realiza.

e) La detención provisional debe limitarse, en cuanto a su realización, al papel de seguridad; ya que aquélla se justifica por razones de necesidad. No siendo una pena, no debe tener el carácter aflictivo y los lugares donde se cumple, no deben tener dicho carácter y deben ser distintos a los Centros Penales comunes. No debe mezclarse a los detenidos - provisionalmente con los condenados, ni en los mismos locales. Es necesario que esto se aplique estrictamente y se respete en la práctica; - los abusos son muy frecuentes entre nosotros, ya que no hay lugares especiales destinados para quienes sufren detención provisional y éstos

la cumplen en las mismas cárceles destinadas a los condenados y la realidad es que están separados dentro de los establecimientos penales, sólo nominalmente, pues el régimen a que están sometidos los detenidos provisionalmente es el mismo a que se somete a los condenados, lo cual convierte la detención preventiva en una pena real, lo que falsea el carácter de la medida.-

f) Es una exigencia de justicia que el tiempo de detención provisional sufrida por el imputado se cuente integralmente sobre la pena privativa de libertad, que en su caso, sea pronunciada por sentencia condenatoria. Nuestro Código Procesal Penal, lo dispone en el Art.624, al decir que : " Practicará el cómputo del tiempo que ha estado privado de libertad el condenado, contando la pena día por día, desde la fecha en que el condenado fue privado de su libertad, a consecuencia de la captura, cualquiera que fuere la calidad de la pena ".-

2o.) a) Requisitos.- Los requisitos para la detención provisional podemos dividirlos en extrínsecos e intrínsecos.-

Los extrínsecos o formales son: lo.) Debe ser decretada por la autoridad judicial en el juicio respectivo. En este caso sería el Juez de Paz o el de Primera Instancia quién la decretaría; excepcionalmente, las Cámaras de Segunda Instancia pueden conocer en Primera Instancia y en estos casos la Cámara puede decretar la detención provisional. Desde luego, esta detención puede ser decretada por el Juez o por la Cámara en los casos en que conoce en Primera Instancia, ya sea a petición de parte o de oficio.-

Pero hay un caso comprendido en nuestro Código Procesal Penal en su Art. 484 relativo a la extradición en el que se faculta a los - cuerpos de seguridad para decretar la detención provisoria; dice así - el expresado artículo: " En caso de urgencia, los Tribunales de la República o los cuerpos de seguridad podrán ordenar la detención provisoria de un extranjero a solicitud directa de las autoridades judiciales o de los órganos auxiliares de los países Centro Americanos o de un - Agente Diplomático acreditado en la República, siempre que se invocare la existencia de una sentencia o de una orden de detención, se determinare con claridad la naturaleza del delito y no se tratare de un asilo político.-

El pedido de detención se admitirá aún cuando se hiciere por medio del correo o del telégrafo y los tribunales que la practicaren lo pondrán inmediatamente en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para su transcripción al Ministerio de Relaciones Exteriores.-

El extranjero detenido de acuerdo con lo dispuesto en este artículo será puesto en libertad si en el término señalado en el tratado respectivo no se recibiere el pedido diplomático de extradición en debida forma o en el término de treinta días, si no hubiere tratado ".-

Como puede verse en este artículo se establece que los cuerpos de seguridad en casos de urgencia pueden ordenar la detención provisoria, lo que va contra uno de los principios en que descansa la detención provisional y que además puede prestarse a arbitrariedades, por lo que estimo que debe quitarse a los cuerpos de seguridad tal facultad y en consecuencia que debe reformarse el artículo en comento, suprimien

do la parte donde dice: "o los cuerpos de seguridad".-

Además, la detención provisional debe decretarse en el juicio respectivo, pues se decreta precisamente en el juicio que se está investigando y no en otro, ni por otra causa que no sea la que dió origen a la instrucción del proceso penal.- 2o.) Debe constar por escrito. Dentro de la instrucción el Juez la decreta en una providencia llamada auto de detención provisional; 3o.) La detención provisional cuando es procedente, -- respecto del imputado que se encuentra sufriendo detención por el término de inquirir, debe de decretarse dentro de dicho término.-

Los requisitos intrínsecos o esenciales de acuerdo a nuestro ordenamiento procesal, son: 1o.) Que conste suficientemente probada la existencia de un delito y 2o.) Que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado ha tenido participación en el delito.-

Estimamos conveniente hacer un breve estudio acerca de la prueba y su apreciación en materia criminal.-

La prueba es el medio objetivo a través del cual el espíritu humano se apodera de la verdad y su eficacia será tanto mayor cuanto más clara, plena y seguramente lleve al espíritu a esa posesión de la verdad; referida al lenguaje procesal, la prueba es el medio establecido por la Ley para demostrar al juzgador la verdad de un hecho que generalmente se controvierte.- La prueba tiene un objeto y un sujeto. En materia procesal penal, el objeto de la prueba concreta es el hecho delictivo que quiere probarse; los sujetos de la prueba son la cosa y la persona que prueban. Como el delito concretamente considerado es variable hasta el extremo, resulta que la prueba tiene objeto sumamente variable. La cosa y la persona que prueban son también a su vez, realidades contingentes y variables has

ta lo infinito en sus individualidades o casos concretos; por lo tanto, resulta que también el sujeto de la prueba en materia procesal penal es concreto, muy variable. El objeto supremo del proceso penal es la comprobación del delito, en su individualidad objetiva y subjetiva.

El proceso penal en su integridad no tiene importancia en lo que hace a la producción de las pruebas, sino desde el punto de vista de la certeza que se haya logrado o no en cuanto al delito; puesto que todo -- proceso debe concluirse normalmente en una condena o en una absolución; -- es precisamente la certeza que se haya adquirido acerca del delito lo que hace justa y legítima la condena, así como la duda o la inexistencia de -- esa certeza, es lo que hace obligatoria la absolución.--

Ahora bien, en cuanto al efecto que origina en la mente de aquel ante quien ha sido producida implica necesariamente para que éste se produzca, la apreciación de la prueba por parte de aquel ante quien se produce y tal apreciación tiene un objeto, ya que las pruebas deben apreciarse con arreglo a su contenido interno y real; y como las pruebas se recogen con el fin práctico de suministrar el material para la sentencia o -- sea para resolver la interrogante de si el hecho concreto objeto de la imputación realiza la incriminación abstracta y específica de la ley; de ello se sigue que este material se encuentra naturalmente sometido a la apreciación del Juez y de las partes.--

No obstante, mientras las partes aprecian las pruebas con el fin de discutir y justificar sus respectivas tesis, el Juez hace esa apreciación con miras a la sentencia. Por este motivo, sólo la apreciación del Juez tiene importancia jurídica y decisiva para los fines del proceso.--

Por otra parte, nuestro ordenamiento procesal penal contiene disposiciones generales relativas a la prueba, en el título primero, capítulo - primero, tercera parte del Libro III; así en el Art. 487 dice: "Las disposiciones sobre pruebas contenidas en este título son aplicables a todos los casos en que se tenga que resolver sobre la existencia de la infracción penal investigada y sobre la delincuencia del imputado, salvo las - disposiciones especiales consignadas en este Código".-

El Art. 488 se refiere a la apreciación de las pruebas, diciendo: "las pruebas sobre la delincuencia serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, utilizando un sistema racional de deducciones que guarde concordancia con las demás pruebas del proceso, con facultad de fijar en cada caso, los hechos que deben tenerse por establecidos, mediante el examen y valoración de las mismas, cualquiera que sea su número y entidad".

La sana crítica, denominada también libre apreciación, otorga al juez la facultad de apreciar el valor o fuerza de convicción de la prueba.-

Pareciera que tal como está redactado el Art. 488, el juzgador sólo aplicaría la sana crítica para apreciar las pruebas sobre la delincuencia; pero en verdad, hay delitos en los que el Juez para establecer su existencia aplica la sana crítica como es el caso de aquellos que no dejan señales o cuyas señales han desaparecido, en los que para la comprobación del cuerpo del delito es admisible cualquier medio legal de prueba y para el caso, el delito se comprueba mediante testimonios, lo que indudablemente aprecia el Juez de acuerdo a la sana crítica.-

El Art. 489, dice: "En toda resolución en que se deba hacer la va

loración de la prueba, el tribunal está obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tenga para concederle o negarle valor.-

Además, el Título III del Libro II del Código Procesal Penal establece como o por qué medios se comprueba el delito y la delincuencia, de tal suerte que en el Art. 150 se establece que la base del procedimiento en materia penal, será la comprobación del cuerpo del delito.-

Por otra parte, el Art. 117 Pr.Pn., dispone: "Se considerarán primeras diligencias de instrucción aquellas más urgentes e indispensables para la comprobación del hecho y el descubrimiento de quienes hayan participado en él.-

Las primeras diligencias deberán practicarse dentro del término de setenta y dos horas de iniciado el proceso, si el imputado estuviere detenido, y dentro del término de cinco días, si fuere ausente".-

Habíamos dejado señalado que los requisitos intrínsecos para decretar la detención provisional son: primero, que conste suficientemente probada la existencia de un delito, requisito que desde luego exige una valoración del Juez acerca de las pruebas recogidas; pero esta valoración no la hace el Juez arbitrariamente sino de conformidad a las normas de valoración de la prueba comprendidas en los Arts. 490 a 504 del Código Procesal Penal; así por ejemplo, el Art. 490 al referirse a la inspección dispone: "la inspección personal, practicada por el Juez, constituye prueba suficiente en cuanto a los hechos.....". Que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el delito. Este requisito exige la apreciación del Juez en relación a las pruebas y conforme a la sana crítica, de acuerdo al Art. 488 Pr.Pn., antes transcrito; además que en la valoración de las pruebas el Juez aplica las dis-

posiciones relativas a la valoración de las mismas. (Art. 490 a 504 Pr.Pn.)

Por lo general, para decretar la detención provisional es necesario que se llenen los dos requisitos mencionados; es decir, que conste suficientemente probada la existencia de un delito y que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado ha tenido participación en el mismo; pero excepcionalmente, se puede decretar la detención con sólo que se llene el segundo requisito cuando se trata de los delitos de homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, estragos, hurto, robo, estafa y otros actos de terrorismo.-

B) Contenido. La resolución judicial que ordena la detención provisional debe contener: 1o.) Las generales del imputado, si constaren; es decir su edad, oficio, origen, domicilio, nacionalidad, estado civil, nombres del cónyuge y de los padres, etc.; 2o.) Una breve enunciación de los hechos que la fundamenten; es decir aquellas probanzas relativas a la delincuencia y al cuerpo del delito que permitan llenar los requisitos necesarios para que se decreta; 3o.) La calificación legal del hecho en forma provisional con mención de las disposiciones correspondientes; es decir el delito que se ha cometido (violación, lesiones, etc.) de conformidad al Código Penal y las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal; y 4o.) en la misma resolución se ordenará tener al imputado en detención provisional si fuere presente o librar las órdenes para su captura si fuere ausente.-

Puede agregarse que el auto de detención provisional de conformidad al Art. 267 Pr.Pn. debe contener además la orden que decreta el em

bargo preventivo de los bienes del imputado o de los del civilmente responsable; en efecto, según este Artículo cuando el Juez de Primera Instancia es el que decreta o confirma la detención provisional debe también ordenar aquel embargo.-

El Art. 248 Pr.Pn., regula lo relativo al contenido del auto de detención.-

C) Duración. El Código Procesal Penal no regula expresamente lo relativo a la duración de la detención provisional pero indudablemente dentro del mismo se plantean ciertos límites para su duración; así en el Art. 278 Pr.Pn., en el caso de sobreseimiento, cuando éste es por delito que mereciere pena de prisión cuyo máximo fuere de tres años o menos o pena pecuniaria, se pone en libertad al imputado si está presente o se levantan las órdenes de captura bajo fianza o sin ella, si no se apelare; generalmente en estos casos el sobreseimiento deberá dictarse al concluirse la instrucción que de acuerdo al Art. 395 Pr.Pn., tiene como plazo máximo cuarenta y cinco días, por lo que puedo afirmar que en el caso de juicio sumario, la detención provisional -cuando procede el sobreseimiento- no puede durar más de cuarenta y cinco días.

En el juicio ordinario si el sobreseimiento es por delito que merezca pena de muerte o prisión cuyo máximo sea superior a tres años, se concede la libertad o se levantan las órdenes de captura, si no se apela de dicho auto, siempre mediante fianza; si no se rinde la fianza, se remiten los autos en consulta al Tribunal Superior y si éste lo confirma, también se pone en libertad o se levantan las órdenes de captura en su caso; lo mismo se produce cuando se apela y el Tribunal supe-

rior confirma el sobreseimiento.-

Ahora bien, el Art. 276 Fr.Pn., dispone: "En cualquier estado de la instrucción en que el Juez llegare al convencimiento de que el hecho investigado no está tipificado como delito o apareciere prueba suficiente de que el imputado obró en estado de inimputabilidad o de que que es tá extinguida su responsabilidad penal o se comprobare la excepción de cosa juzgada, el Juez dictará auto de sobreseimiento.-

En los demás casos el sobreseimiento se proveerá al estar suficientemente depurado el informativo. El Artículo 123 Fr.Pn. dispone: "El Juez debe agotar la instrucción dentro del plazo de noventa días de iniciada, pero la podrá ampliar hasta ciento veinte días si fuere indispensable", con base a lo cual el juez debe dictar el sobreseimiento dentro de este plazo, siempre y cuando proceda de conformidad al Art. 275 Fr.Pn.; por lo que puede afirmarse en principio que la detención provisional, en el caso de sobreseimiento no podrá durar más del término señalado para la instrucción, el cual es de noventa días y hasta ciento veinte días — cuando fuere indispensable. Salvo los casos de apelación y consulta en — que lógicamente habrá que esperar la confirmación de la resolución por parte del Tribunal en los términos de ley.-

Desde luego que en la práctica, el término de la instrucción no se respeta y conocemos el caso de imputados que después de muchos meses y hasta años vienen a ser sobreseídos, con el consecuente perjuicio de haber estado detenidos durante tanto tiempo, no obstante que la ley señala un término para la instrucción y resolución de los recursos.-

Por el contrario, si el juicio es sumario y terminada la instruc

ción no procede el sobreseimiento, se provee por el Juez el auto de llamaniento a juicio, se llevan adelante los trámites de ley y el Juez pronuncia sentencia; si ésta es absolutoria, pone en libertad al imputado y hasta aquí dura la detención provisional; y si es condenatoria, hasta aquí dura la detención provisional, pues con la sentencia se formaliza o se vuelve definitiva la detención. Desde luego que las causas por delito sujetas a juicio sumario permiten la excarcelación bajo fianza; en cuyo caso, una vez otorgado el beneficio de la excarcelación, hasta ese momento dura la detención provisional.-

Si el juicio es ordinario y no procede el sobreseimiento, se eleva a plenario y llenados los trámites de ley se somete la causa a conocimiento del Tribunal del Jurado; emitido el veredicto, si éste es absolutorio se pone en libertad al imputado mediante fianza y si fuere ausente se levantan las órdenes de captura; es decir, que en este caso la detención dura hasta el veredicto absolutorio del jurado una vez rendida la fianza de ley. Todo de acuerdo al Art. 373 fr.Pn.-

Pero si el veredicto del jurado es condenatorio, el Juez proveerá auto de prisión formal que de conformidad al Art. 374 fr.Pn., deberá contener: 1o.) La declaración que ha lugar a permanecer o poner al imputado en prisión; 2o.) la designación del delito con el nombre genérico que le da el Código Penal; y 3o.) la declaración de que el imputado queda suspenso en sus derechos de ciudadano, por lo que de conformidad al citado artículo podemos decir que en el caso de veredicto condenatorio del jurado, la detención dura hasta que se decreta el auto de prisión formal, no señalando en este caso, al igual que en el anterior el término de du-

ración del plenario.-

En el caso de la prescripción de la acción penal, cuando se hubiere iniciado el procedimiento y se hubiere abandonado éste, el término de la prescripción comenzará a correr desde la fecha de la última actuación judicial; si dentro de éstas actuaciones se hubiere decretado la detención provisional, ésta duraría hasta que prescriba la acción penal, la que tendría lugar a los quince años para los delitos sancionados con pena de muerte, a los diez años para los delitos sancionados con pena de prisión cuyo máximo sea superior a los quince años o a los cinco años en los demás delitos; ello de acuerdo al Art. 125 y 126 Inc. último del Código Penal.-

Ahora bien, el que la acción penal prescriba a los cinco años para aquellos delitos cuyo máximo sea de quince años, conlleva una situación injusta por cuando se es más benévolo con aquel que no ha estado detenido en ningún momento, que con aquel que ha estado detenido y condenado, quien podría obtener su libertad solamente después de transcurrida la mitad de la pena, libertad que para colmo sería condicionada.-

Por último, con relación a la extradición, la detención provisoria en caso de urgencia, decretada por los Tribunales de la República o los cuerpos de seguridad en relación a los extranjeros, tal detención durará el término que se señale en el tratado respectivo para hacer el pedido diplomático de extradición o el término de treinta días si no hubiere tratado. Todo de conformidad al Artículo 484 Pr.Pa.-

d) Aviso. En este literal nos limitaremos a señalar las disposiciones pertinentes contenidas en el Código Procesal Penal, así el Art. 248 Inc.

2º. nos dice: "El juez remitirá certificación de la resolución al jefe del centro de Reclusión, si el imputado estuviere detenido y al Director General de Migración, si fuere ausente" y el Art. 721 Pr.Pn. que expresa: "Toda resolución por la cual se ordenare la detención o la libertad de una persona, será transcrita al Jefe del establecimiento penal respectivo, a los órganos auxiliares, a la Dirección General de Migración y a la Dirección General de Centros Penales y de Readaptación, con los datos que fueren pertinentes".-

3o.) Detención por falta. En las faltas no se decreta la detención provisional, pues ésta se decreta sólo por delitos; en efecto, uno de sus requisitos es que conste suficientemente probada la existencia de un delito. En las faltas, sólo se recibe la declaración indagatoria al imputado y se le pone en libertad bajo caución si la persona hubiere sido remitida al Juez o hubiere comparecido ante éste en su caso (Art. 410 Pr. Pn.).-

Ahora bien, puede suceder que un hecho inicialmente presente las características de un delito y más tarde se compruebe que se trate de una falta; en cuyo caso, la detención provisional estaría bien decretada aunque con posterioridad, al comprobarse que se trata de una falta, el Juez lo declare.-

Por último, por falta nadie puede ser detenido, ni capturado, ni por los particulares ni por los miembros de los órganos auxiliares, salvo en el acto de estarla cometiendo, pero aun en este caso, si el imputado rindiere fianza o caución juratoria, el Juez a quien se le consigne lo pondrá en libertad (Art. 249 Pr.Pn.).-

4o.- Régimen legal.- La detención provisional se encuentra fundamentada

En la parte final del inciso segundo del Art. 166 de la Constitución Política, donde dice: "y a decretar su libertad o detención provisional dentro - de dicho término".-

Por otra parte, las disposiciones legales que regulan lo relativo a la detención provisional, además de las ya citadas en el desarrollo de este - capítulo, son las siguientes:

REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

Art. 247.- Para decretar la detención provisional se requieren las circunstancias siguientes:

- 1a.) Que conste suficientemente probada la existencia de un delito; y
- 2a.) Que haya elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo.-

No obstante, bastara que se cumpla la segunda circunstancia para decretar la detención provisional cuando se trate de los delitos de homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, estragos, hurto, robo, estafa y otros actos de terrorismo.-

Los detenidos preventivamente deberán estar separados de los condenados, siempre que sea posible.-

CONTENIDO DEL AUTO DE DETENCIÓN.

Art. 248.- La resolución judicial que ordenará la detención provisional, contendrá:

- 1a.) Las generales del imputado, si constaren;
- 2a.) Una breve enunciación de los hechos que la fundamentan; y
- 3a.) La certificación legal del hecho en forma provisional, con mención de las disposiciones correspondientes.-

En la misma resolución se ordenará tener al imputado en detención

provisional o librar órdenes para su captura si fuere ausente.

El juez remitirá certificación de la resolución al Jefe del Centro de Reclusión, si el imputado estuviere detenido y al Director General de Migración, si fuere ausente.-

Lo dispuesto en el Inciso 2o. del Artículo 246 se aplica a los casos de detención provisional; pero si el veredicto del jurado o la sentencia definitiva fuere condenatoria, el imputado causará baja por el mismo hecho y pasará al correspondiente Centro Penal.-

PROHIBICION DE DETENCION POR FALTAS.

Art. 249.- Nadie podrá ser capturado por falta si no es en el acto de cometerla; y aún en este caso, si el imputado diere fianza o caución juratoria el Juez lo pondrá en libertad.-

CAPITULO VI.- 1o.) DE LA EXCARCELACION: a) Concepto. b) Procedencia. c) Oportunidad. d) Excepciones. e) Pluralidad de infracciones. 2o.) CAUCIONES: a) Concepto. b) Objeto. c) Determinación. d) Forma de otorgarlas. e) Custodia del dinero y títulos valores depositados.- 3o.) DE LA CAUCION JURATORIA: a) Concepto. b) Casos en que procede. c) Condiciones.- 4o.) CAUCION PARA NO SER DETENIDO. 5o.) OTROS CASOS DE LIBERTAD DEJÓ CAUCION.- 6o.) DEL FIANZADOR: a) Capacidad. b) Solvencia. 7o.) REVOCATORIA DE LA EXCARCELACION.- 8o.) PROCEDIMIENTO PARA ALCER EFECTIVAS LAS CAUCIONES.- 9o.) EXTIN- CION DE LA FIANZA.- 10o.) CANCELACION DE LAS CAUCIONES.-

1o.) DE LA EXCARCELACION: a) Concepto. Sobre la institución de la excarcelación, encontramos diversos autores que nos dan un concepto sobre la misma; así, ALFREDO VELEZ MARICONDE dice: "Que el sistema sobre la libertad personal del imputado resulta de un juego simultáneo o sucesivo de la prisión preventiva y de la libertad caucionada o excarcelación: ambas instituciones tienden a resolver la situación del procesado durante la sustanciación de la causa; la segunda corrige y atempera los efectos perniciosos de la primera, que la Ley Procesal disciplina como una heroica medida cautelar, para asegurar la vigencia del derecho.-"

La excarcelación permite evitar o hacer cesar la prisión preventiva cuando el procesado suministra a cambio de su persona una garantía económica (caución real o personal) de que cumplirá las obligaciones que el Juez le imponga (residir en un lugar determinado, comparecer oportunamente ante el Tribunal, etc.) o simplemente lo promete (caución juratoria).-

Como reemplazo de garantías, la excarcelación implica un estado provisional de libertad, sometido a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando se evita o hace cesar la prisión preventiva.- Mencionamos

un estado provisional para significar que no se trata de una situación definitiva, sobre la cual ya no se puede innovar; hacemos referencia a la posibilidad de que el procesado, mediante la excarcelación eluda la prisión o la haga cesar, porque si esto último es lo más común, también es posible y conveniente lo primero; y advertimos que el procesado queda en libertad o la recupera, siempre que concurren determinados requisitos, sometiéndose al cumplimiento de obligaciones referentes a la conducta que debe observar durante la tramitación del proceso".- (7).-

Para Manzini la excarcelación es: "Un estado de libertad limitada a los fines del proceso penal que tiene el carácter de beneficio reconocido por la Ley y discrecionalmente aplicable por el juez dentro de los límites de la misma". (8).-

Para MARIO I. CRICIZOLA: "La libertad bajo caución o excarcelación presupone la actualidad y la legitimidad de la prisión preventiva o implica una renuncia por parte del Estado a su facultad de mantener detenido preventivamente al imputado, basada en el compromiso asumido por éste de no fugarse. La excarcelación se funda en una promesa formal del procesado, con garantía económica o sin ella, de que comparecerá a las citaciones del Juez que entiende en la causa y que se someterá al imperio de la Ley.-

Esta institución constituye una sustitución de garantías: el prevenido a cambio de su persona, da una garantía económica (caución real o personal) de que cumplirá las obligaciones que le sean impuestas ( de residencia o de comparecencia), o simplemente promete bajo juramento que las cumplirá (caución juratoria).-

La excarcelación es una libertad condicionada a las necesidades -

del proceso, quedando sometido al excarcelado a ciertas obligaciones, tales como el deber de comparecencia y de fijar un domicilio determinado, cuyo incumplimiento implica la revocación del beneficio acordado y el reintegro de aquel al estado de detención.-

El objeto esencial de la excarcelación es no imponer al encausado una restricción de la libertad en medida superior a las necesidades de la justicia represiva y a la verdadera naturaleza del hecho cometido, en cuya apreciación juega capital importancia el arbitrio judicial."(9).-

Aspecto sumamente importante es si la excarcelación constituye un beneficio que el Estado concede al imputado o si se trata de un derecho de éste. Este aspecto ha despertado un gran interés y consecuentemente una gran discusión entre los autores sin que exista opinión unánime sobre ello; de ahí que es conveniente que en este trabajo señalemos algunas de las opiniones que al respecto se han dado, así: ALFREDO VELEZ M. RICONDE, expresa: "Bajo el aspecto subjetivo, la excarcelación es un derecho que tiene el procesado a que no se le someta a prisión preventiva cuando concurren las condiciones aludidas y no un simple beneficio que la Ley le acuerda; y es un derecho que nace de la Constitución Nacional, en cuanto ésta consagra el principio de inocencia. El imputado es inocente hasta que no se declare por sentencia firme que es culpable, de suerte que su libertad sólo puede ser restringida a título de cautela y en las condiciones legales que la legitiman como medida necesaria. No cabe pensar, en consecuencia, que el Estado renuncia a la potestad de someter al procesado a prisión preventiva, sino que, en realidad, carece generalmente de semejante poder. Siempre que no concurren las condiciones indis-

pensables para que se lo mantenga, excepcionalmente, privado de libertad, el procesado tiene el derecho de que se le conceda la excarcelación, mientras el Tribunal, correlativamente, está en el deber de acordarla".-(10).-

Para VICENZO MANZINI, la excarcelación es un beneficio, y al respecto nos dice: "La libertad provisional que presupone la legitimidad, - la actualidad y la proseguibilidad de la custodia preventiva, es un estado de libertad limitada a los fines del proceso penal.-

En efecto, aún en su forma más amplia, contiene siempre la obligación de no fugarse (límite a la libertad de locomoción), sancionada mediante el deber impuesto al Juez o al Pretor de revocar el beneficio si el imputado se ha dado o está por darse a la fuga.-

La libertad provisional tiene el carácter de beneficio reconocido por la ley y discrecionalmente aplicable por el juez dentro de los límites de esa misma ley. Se trata de una renuncia que hace el Estado por medio de su órgano jurisdiccional a la potestad de continuar la custodia preventiva respecto de un imputado determinado.-

La libertad provisional es admisible precisamente en los casos en que la ley ordena o consiente la custodia preventiva y a pesar de que los indicios de culpabilidad aparezcan suficientes o sea cuando podría continuar la custodia preventiva.-

La libertad provisional tiene carácter subjetivo, esto es, se la concede en consideración a la persona del imputado; el instituto en examen se dirige a atenuar los efectos de las necesidades procesales que determinan la custodia preventiva cuando no se comprueba la absoluta necesidad de mantener la custodia preventiva para asegurar los intereses procesales y el de la eventual ejecución de la condena, es justo que se ponga en libertad al imputado en los casos consentidos por la ley, ya --

que, aún rechazando la absurda presunción de inocencia, toda restricción de la libertad personal, en el Estado moderno no puede tener otro fundamento que la necesidad pública.-

Es erróneo el criterio de que la custodia preventiva esté establecida por un fin de ejemplaridad y por lo tanto sería ilegítimo la ordenanza que negase la libertad provisional en virtud de ese criterio".-

(11).-

Por nuestra parte aceptamos que la excarcelación es un beneficio y hacemos nuestros los argumentos de Manzini.-

Nuestro Código Procesal Penal acepta la excarcelación como un beneficio lo cual se infiere de los Artículos 260 Inc. 1o. y 263 Inc. 2o. - en los que se refiere a ella como un beneficio.-

b) Procedencia. Lo relativo a la procedencia de la excarcelación, se encuentra regulado en el Art. 250 Pr.Pn., que dice: "La excarcelación del imputado contra quien se hubiere decretado detención provisional procederá, salvo las excepciones que este Código establece, cuando el delito estuviere sancionado con multa o pena privativa de libertad que no exceda del límite máximo de tres años de prisión.-

De la disposición legal antes transcrita, podemos señalar que para la procedencia de la excarcelación es necesario que se llenen los requisitos siguientes:

1o.) Que se haya decretado la detención provisional del imputado. La libertad bajo caución o excarcelación exige que se haya decretado la detención provisional, ya que si ésta no se ha decretado porque no existe el mérito o motivo para ello, resulta improcedente conceder la excarcelación. Por el contrario, si existe el mérito o motivos que justifiquen -

el que se decreta la detención provisional, es necesario que se legalice dicha detención provisional con el correspondiente auto, para que pueda gozar de los beneficios de la excarcelación.-

2o.) Que el hecho con relación al cual se hubiere decretado la detención provisional, corresponda una pena privativa de libertad cuyo máximo no sea superior a tres años de prisión o dicha pena sea de multa.- y

3o.) Aunque el artículo no lo dice expresamente, es necesario que se rinda o preste alguna de las cauciones señaladas en el Artículo 253 Pr.Pn., es decir, que se rinda o preste bien una caución real, personal o juratoria.-

c) Oportunidad. El artículo 259 Pr.Pn., regula lo relativo a la oportunidad de la excarcelación, al expresar: "La excarcelación será decretada en cualquier estado del proceso por el Juez de Primera Instancia o el Tribunal superior que estuviere conociendo, aún a solicitud verbal del procesado o de cualquier otra persona que reúna las condiciones para ser defensor, previa audiencia por veinticuatro horas a la parte contraria si lo estimare conveniente.-

Si al hacerse la solicitud se encontrare el proceso fuera del juzgado o tribunal en práctica de diligencias, se pedirá en el acto para resolver".-

Del análisis del Artículo en comento podemos concluir lo siguiente:  
 lo.) La excarcelación cuando es procedente, puede ser solicitada ya sea verbalmente o por escrito por el imputado o por persona que reúna las condiciones para ser defensor en cualquier estado del proceso, es decir desde el momento en que se decreta la detención provisional hasta que el auto de sobreseimiento sea definitivo o hasta que la sentencia definitiva

quede firme;

2o.) La excarcelación será decretada por el Juez de Primera Instancia o por el Tribunal superior que estuviere conociendo. A este respecto es oportuno señalar que la mayor parte de las legislaciones permiten que la excarcelación se conceda en todos los grados de la jurisdicción, pues resulta más práctico y eficaz, sobre todo en lo que respecta a la celeridad del procedimiento que debe ser una de las características de la tramitación de esta clase de peticiones.- Es más, si el Juez o Tribunal, lo estima conveniente, puede decretar la excarcelación previa audiencia por veinticuatro horas a la parte contraria, y si al hacerse la solicitud el proceso se encuentra fuera del juzgado o tribunal en práctica de diligencias se pedirá en el acto para resolverla.-

d) Excepciones. Por regla general, la excarcelación procede cuando el imputado fuere enjuiciado por delito que estuviere sancionado con multa o pena privativa de libertad que no exceda del límite máximo de tres años de prisión; pero indudablemente existen excepciones, es decir, casos en que no se concede la excarcelación no obstante que el delito imputado sea de los sancionados por la ley con multa o con pena de prisión privativa de la libertad que no exceda del límite máximo de tres años. El Art. 251 del Cód. Pr.Pa., nos señala aquellos casos en los que no obstante que proceda la excarcelación, no se concede tal beneficio; es decir, son excepciones a la regla general del Art. 250 Pr.Pa.-

El Art. 251 Pr.Pa., dice: "No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior no se concederá la excarcelación:

1o.) A quien tuviere condena anterior salvo que hubiere transcurrido el término de la prescripción y hubiere sido rehabilitado; 2o.) A quien se

hallare excarcelado o en libertad condicional en otro proceso; 3o.) A quien hubiere sido declarado en estado peligroso; 4o.) Al imputado por delito de usurpación vencido con anterioridad en juicio civil reivindicatorio o posesorio, cuando la usurpación fuere en perjuicio del victorioso o de un tercero que derive sus derechos de éste; y 5o.) Al imputado de hurto, robo o estafa, cuando con anterioridad hubiere sido procesado por cualquiera de esos delitos y a juicio prudencial del juez pudiere ser declarado delincuente profesional de acuerdo al Código Penal.-

Las circunstancias relacionadas en los números anteriores deberán estar probadas para que pueda denegarse la excarcelación.-"

Para una mejor comprensión de tal disposición analizaremos cada uno de esos numerales: 1o.) A quien tuviere condena anterior, salvo que hubiere transcurrido el término de la prescripción y hubiere sido rehabilitado.-

Este numeral da lugar a confusiones y merece ser criticado en su redacción, ya que al decir: "SALVO QUE HUBIERE TRANSCURRIDO EL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN Y HUBIERE SIDO REHABILITADO", da a entender que aquel condenado que no cumplió la condena y le prescribió la pena y además hubiere sido rehabilitado, si tiene derecho a la excarcelación; ello carece de aplicación práctica, ya que de acuerdo al Art. 148 Pn., tienen derecho a la rehabilitación los condenados que hayan cumplido su pena, por lo que aquel que no la ha cumplido no puede ser rehabilitado; ello hace prácticamente imposible la aplicación del numeral primero en el caso de aquel imputado que, habiéndole transcurrido el término de la prescripción de la pena, solicitare la excarcelación pues no podría obtenerla; y tal como está redactado el artículo, no bastaría la prescripción sino que ade-

más debe de ser rehabilitado y aquel que le corre la prescripción, le corre precisamente por que no está cumpliendo la condena y según el citado Art. - 148 Pn., éste no puede ser rehabilitado y no pudiendo serlo, aunque hubiere prescrito la pena, no podría obtener su excarcelación ya que por la redacción del artículo es necesario su rehabilitación y ésta solo puede obtenerla aquel que cumpla su condena.-

Por lo anterior, estimo que el numeral primero del Artículo en comento debe ser reformado de la siguiente manera: "A QUIEN TUVIERE CONDENAN- TERIOR, SALVO QUE HUBIERE SIDO REHABILITADO O QUE HUBIERE TRANSCURRIDO EL TERMINO DE LA PRESCRIPCION!"- Reforma que propongo para armonizar dicho numeral con el Art. 148 Pn. y con el objeto de hacer posible su aplicación - práctica.-

2o.) "A quien se hallare excarcelado o en libertad condicional en otro proceso". De acuerdo a este numeral el imputado que se encuentre en esta situación no tiene derecho a la excarcelación, como razón de esta excepción uno de los padres del Código Procesal Penal, en las discusiones que se llevaron a cabo en la comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, expuso: "que este sujeto no merece ya la excarcelación, que sería mucho el concederle una nueva excarcelación". Esta disposición merece ser criticada, en el sentido de que crea un peligro en la administración de justicia por el medio ambiente jurídico en que vivimos, puesto que podría dar lugar a que una persona denunciada por amenazas a muerte saliera excarcelada y estando excarcelada, se le vuelva a plantear otra denuncia por amenazas a muerte u otro delito inmediatamente, ya no pudiendo obtener la excarcelación en esta segunda oportunidad, por estar excarcelada por aquella, siendo esta 2da. denuncia falsa; de ahí que fuese preferible que el Art. 251 Pr.Fh., en su N°1. 2º fuese redac

tado así: "A quien se hallare en libertad condicional en otro proceso".-

Por otra parte, en el orden práctico, si aplicar con rigor, la disposición se originan enormes problemas por lo siguiente: para conceder la excarcelación, el Tribunal a quien se solicite tendría que solicitar a su vez informe a todos los tribunales con competencia para concederla, a efecto de que informen si el solicitante de tal beneficio no se encuentra excarcelado, o el solicitante mismo en su solicitud acompañar los informes, lo que volvería nugatoria la aplicación de este numeral en lo relativo a la excarcelación, dado que al comprobar que el imputado no está comprendido dentro de las excepciones de este numeral, llevaría un trámite muy engorroso y de mayor tiempo, lo que iría en menoscabo del principio de pronta y cumplida justicia.-

En la práctica, los jueces han resuelto la situación limitándose a pedir dichos informes a los tribunales de la localidad con competencia para conceder la excarcelación.-

Tercero. "A quien hubiere sido declarado en estado peligroso".-

Este numeral no plantea mayor problema, ya que estos sujetos peligrosos por razones de defensa social de acuerdo al Art. 166 Inc. último Const. Política, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, cuando por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgo inminente para la sociedad o para los individuos. Las medidas de seguridad deben de estar reglamentadas por la ley, así encontramos en nuestro Código Penal el título 5o. - que se refiere a tales medidas y las disposiciones contenidas en la Ley de Peligrosidad. Las medidas de seguridad están sometidas a la competencia del Poder Judicial.-

Cuarto. "Al imputado por delito de usurpación vencido con anterioridad en juicio civil reivindicatorio o posesorio, cuando la usurpación fuere en perjuicio del victorioso o de un tercero que derive sus derechos de éste". Este numeral se refiere al caso de que en un juicio civil de reivindicación, el victorioso hace cumplir la sentencia, le da la posesión y no obstante ello, el vencido comete la usurpación en perjuicio del victorioso o de un tercero que derive sus derechos de éste; de donde el Legislador estimó que el usurpador vencido con anterioridad en juicio civil reivindicatorio o posesorio, no se le conceda la excarcelación, tratando de amparar al vencedor del juicio civil y por supuesto previniendo el hecho de que se pueda cometer el delito de usurpación; además conlleva incumplimiento a orden judicial.-

Quinto. "Al imputado de hurto, robo o estafa, cuando con anterioridad hubiere sido procesado por cualquiera de esos delitos y a juicio prudencial del Juez pudiere ser declarado delincuente profesional de acuerdo con el Código Penal".-

De acuerdo a este numeral, a los imputados de hurto, robo o estafa, sólo se les negará la excarcelación, cuando con anterioridad hubieren sido juzgados por igual delito y a juicio prudencial del Juez pudieren ser declarados delincuentes profesionales y, según el Código Penal en su Art. 112, pueden ser los que cometen sucesivas infracciones y que por su personalidad y modo de vida se deduce su tenencia a vivir de los efectos del delito.-

Por último, es preciso señalar que el Art. 251 Pr.Pn., en su último inciso señala que todas las circunstancias analizadas deben estar proba-

das, para que pueda denegarse la excarcelación; a mi juicio el Juez debería conceder la excarcelación sin mayor trámite, correspondiendo a quien tiene interés en demostrar lo contrario, probar que aquel a favor de -- quien se solicita no tiene derecho a gozar de dicho beneficio. De ahí la razón de que en el Art. 259 Pr.Pn., en su inciso lo. faculta al Tribunal para conceder la excarcelación, previa audiencia a la parte contraria si lo creyere conveniente. r

e-) Pluralidad de infracciones. Dejamos señalado que la excarcelación -- procede cuando el delito estuviere sancionado con multa o pena privativa de la libertad que no exceda del límite máximo de tres años de prisión; -- pero se hace necesario estudiar el caso de la pluralidad de infracciones cometidas por el imputado, para determinar si una persona a quien se le -- imputan diversas infracciones, puede o no gozar del beneficio.-

Cabe señalar que esto de la pluralidad de infracciones se da -- tanto en el concurso real, como en el ideal de delitos, definidos en nuestro Código Penal en sus Arts. 53 y 54. Por ejemplo: a una persona se le -- imputan dos o más delitos que, en su penalidad no excedan del límite señalado y que se solicite su excarcelación; nuestro Código ha resuelto dicho caso en su Art. 252 al expresar: "cuando al procesado se le imputare más de un hecho delictivo, sólo procederá la excarcelación si la suma total -- del mínimo de las penas no excede de tres años de prisión", de donde podemos señalar otra excepción al Art. 250 Pr. Pn. ya que si la suma total del -- mínimo de las penas de los hechos imputados excede del límite máximo de -- tres años de prisión no procede la excarcelación, aun cuando tales delitos individualmente considerados, tenga cada uno de ellos una penalidad cuyo -- límite máximo no exceda de tres años de prisión.-

2o.) CAUCIONES: a) Concepto. De acuerdo a nuestro Código Civil en su Art. 44, "Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies : de -caución: la fianza, la hipoteca y la prenda". Nuestro Código Procesal Penal, no nos da ningún concepto de lo que es la caución y hemos señalado dicho concepto civil, para ilustrarnos en el presente trabajo; sin embargo, estimo que este concepto no significa en su amplitud la idea que en materia penal se tiene de lo que es caución; de ahí que aceptamos el concepto siguiente: "Es la obligación previa que tiene el imputado para que su liberación pueda hacerse efectiva. Representa la garantía que da el imputado de que cumplirá las condiciones que se le imponen al ser liberado y de que se someterá al proceso y eventualmente a la ejecución de la pena que se le imponga en caso de condena". (12).-

b) Objeto. La caución tiene por objeto garantizar la comparecencia del imputado cuando sea revocado el auto en el cual se conceda la excarcelación; de donde, si el imputado no comparece al ser revocado el auto de excarcelación, se lleva adelante el procedimiento para hacer efectiva la correspondiente caución. La caución implica consecuentemente las obligaciones siguientes: 1o.) La presentación del imputado en su caso, que es la principal o su objeto; 2o.) Subsidiariamente la obligación de hacerla efectiva; 3o.) para con el Estado. Por su objeto resulta que la caución no es de naturaleza compensatoria, pues aunque se haga efectiva las consecuencias penales se cumplen.-

c) Determinación. El Código Procesal Penal en su Art. 253 admite tres -clases de caución: 1o.) Caución o fianza personal, 2o.) Caución real y 3o.) caución juratoria; correspondiendo al Juez determinar la clase de

caución y la cuantía de la misma, tomando en cuenta la naturaleza del delito, los antecedentes del imputado y su condición económica, la cuantía o la importancia del daño causado, el monto de las reparaciones e indemnizaciones que puedan corresponder y el escándalo social a que haya dado lugar, procurando que la caución constituya un motivo eficaz de cumplimiento de las obligaciones que hubiere de garantizar. (Art. 255 Pr.Pn.)

Caución o fianza personal, aunque la ley no lo diga expresamente, el imputado no puede otorgar esta caución por sí mismo, ya que de hacerlo así iría contra el objeto de la misma, cual es el asegurar la presentación del imputado cuando fuere revocado el auto en el que se le conceda el beneficio de la excarcelación.-

De ahí que necesariamente la caución o fianza personal debe ser ofrecida por otra persona, ya que por su naturaleza jurídica y de acuerdo a nuestro Código Civil, consiste en la obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, obligación que en este caso sería principalmente la de presentar al imputado cuando fuere revocado el auto de excarcelación.-

Es necesario dejar claro, que en la fianza personal el Juez debe de fijar la cantidad que se debe afianzar, lo que nos servirá para diferenciar este tipo de caución y la real, con la juratoria donde no se fija cantidad alguna.-

Caución real: a diferencia de la caución o fianza personal, aunque también no lo dice la ley expresamente, puede ser prestada tanto por el imputado como por un tercero, ya sea gravándose con hipotecas bienes inmuebles o bien depositándose la suma de dinero o títulos valores.- El -

dinero o los títulos valores depositados serán destinados exclusivamente para garantizar el cumplimiento de la obligación y no podrán ser embargados por tercero.-

Además, aunque la ley tampoco lo dice, los bienes que se ofrecen como caución deben estar libres de otros gravámenes, porque de lo contrario no podría hacerse efectiva la garantía, en caso de que fuere revocado el auto de excarcelación y el imputado no se presentase.-

Por último, en lo en la caución real, el Juez necesariamente tiene que señalar la cantidad que se debe afianzar.-

Caución Juratoria: aunque posteriormente trataremos de desarrollar lo referente a la caución juratoria, es necesario apuntar que en ella el Juez, no fija cantidad alguna; esto señala la diferencia fundamental con la caución real o personal, lo que además nos lleva a criticar la redacción del Art. 255 Pr. Pa, ya que tal como aparece redactado, al expresar que: "para determinar la clase de caución y la cuantía de la misma . . . .", pareciera indicar que comprende aún a "la cuantía de la caución juratoria, ya que no hace distinción en el tipo de caución; y bien sabido es que en la caución juratoria no se fija cuantía, sino que lo que hay es juramento.-

d) Forma de otorgarlas: la fianza, el depósito de dinero o de título valores y la caución juratoria se otorgan haciéndose constar en acta, en la que se expresará las obligaciones que contrae el fiador o el imputado en su caso, y la prevención de que el incumplimiento de cualquiera de ellas motivará la revocatoria del beneficio; desde luego, que también puede otorgarse fianza hipotecaria, la que al otorgarse y haberse presen

tado al Registro producirá la libertad del inputado tan pronto como el Juez reciba constancia de la presentación del Testimonio respectivo en el correspondiente Registro; inscrita la hipoteca, se agrega el testimonio a la causa. Todo de acuerdo al Art. 260 Pr.Pn.-

De lo anterior, podemos decir concretamente que las formas de otorgar la caución son dos: 1o.) Mediante acto que se levanta en el Tribunal competente y 2o.) mediante escritura de hipoteca.

Cabe señalar que como nuestro legislador no distinguió sobre que clase de bienes recae la hipoteca, a mi juicio estimo que se puede otorgar tanto sobre bienes inmuebles como sobre bienes muebles ya que el Código de Comercio permite la hipoteca sobre muebles, además de establecer el Registro de Comercio.-

e) Custodia del dinero y Títulos valores depositados. Nuestro Código Procesal Penal, no nos dice nada en relación a la custodia del dinero y títulos valores depositados, pero respecto a ello la solución la encontramos en otros preceptos legales contenidos en la Ley orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, Ley Orgánica de la Corte de Cuentas y la Constitución Política.- En efecto, la ley Orgánica del Banco Central de Reserva, en su 65 Inc. 1o. cuando desarrolla lo relativo a los servicios bancarios al Gobierno dice: "El Gobierno hará por medio del Banco todas sus remesas, cambios y transacciones bancarias tanto en el interior del país como en el extranjero. Los saldos del Gobierno y de todas las dependencias gubernamentales serán depositados al Banco, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales sobre recaudación de rentas fiscales. Se hará también en el Banco todos los depósitos judiciales." De donde este artículo, nos indica donde deben ser

hechos los depósitos judiciales; pero es el caso, que el Banco Central de Reserva no tiene Agencias o Sucursales en todos los lugares en donde existen tribunales de justicia en las que se pueda depositar el dinero o títulos valores depositados; de tal suerte que se plantearía una seria dificultad a los Tribunales de dichos lugares, de no ser por la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su Art. 139 Bis. dice: "Toda clase de valores que por cualquier motivo fueren entregados en los Juzgados o tribunales del país deberán depositarse en una Institución bancaria, - indicando los nombres de las personas a que el depósito se refiera y - cuando deban ser entregados, deberá ser mediante orden o cheque extendido por el tribunal a favor del beneficiario respectivo, no pudiendo ser sacados de la Institución en que estuvieren depositados para ser retenidos en el Tribunal. La omisión en hacer el depósito en la forma dicha y cualquier retiro violando esta disposición hará responsable al Juez o Tribunal respectivo; de lo anterior podemos concluir lo siguiente: que la custodia de dinero o títulos valores depositados en los Tribunales deberá hacerse por Tribunales ante quienes se depositan; que dichos depósitos no se retienen en los Tribunales sino que deberán depositarse en el Banco Central de Reserva, en aquellos lugares donde hubiere Agencias de dicho Banco; y en lugares donde no hubiere Agencias del Banco Central de Reserva en cualquier otra Institución Bancaria. Es decir que el Art. 65 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva y el Art. 139 Bis de la ley Orgánica del Poder Judicial no se contradicen, sino más bien se complementan.-

Es más, cada Juzgado de acuerdo al Art. 37 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial "llevará un libro de conocimientos relativos a los depósitos o entregas de dinero, valores, documentos u otros efectos que se hicieren al Tribunal, en el que se anotarán por separado dichas entregas - con indicación de la fecha de las mismas, del nombre y apellido del que las hiciere y de la causa o diligencia a que se refiere. Una constancia con iguales designaciones se entregará al interesado", lo que viene a reforzar aún más nuestra afirmación de que son los Tribunales ante quienes se hacen los depósitos, los encargados de custodiar el dinero y títulos valores depositados, los que lo harán depositándolos a su vez en el Banco Central de Reserva o en una institución bancaria.-

Por otra parte, de acuerdo al Art. 1o. Inc. 2o. de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas "corresponde a ésta fiscalizar la administración del patrimonio del Estado, de los establecimientos públicos, de las entidades oficiales autónomas y corporaciones de derecho público, así como los fondos, valores u otros bienes que siendo ajenos, estén a cargo del Gobierno o de las entidades o corporaciones de las antes mencionadas". Y según el Art. 3o. de la antes citada Ley: "La competencia de la corte alcanza a todo aquel que tenga a su cargo el manejo de dineros u otros bienes del Estado o de las entidades mencionadas en el Art. 1o., ya por comisión temporal o especial, ya de hecho. Especialmente están sometidos a dicha jurisdicción quienes recauden, custodien, administren o distribuyan los fondos u otros bienes de referencia, a excepción de los funcionarios a que se refiere el Art. 211 de la Constitución Política".

De ahí pues, que podemos afirmar de acuerdo a dichos artículos, que la Corte de Cuentas fiscaliza a las personas de cualquier poder del Gobierno encargadas de la custodia de dinero y títulos valores depositados.-

Por ello, algunos autores de teoría General del Estado, llegan a situar a la Corte de Cuentas como un cuarto poder, ya que no depende de ninguno de los Poderes que para nosotros, según el Artículo 3o. de la Constitución Política se aceptan, sino que por el contrario en el Art. 128 de la Constitución Política se afirma su independencia del Poder Ejecutivo.-

3o.) DE LA CAUCION JURATORIA: a) Concepto. Consiste en la promesa hecha por el imputado, bajo juramento de que cumplirá fielmente las condiciones que se le impongan por el Juez y de que se presentará al Tribunal al ser requerido. (Art. 257 Pr.Pn.).-

b) Casos en que procede: 1o.) Cuando siendo procedente la excarcelación, se tratare de persona que viviere de su trabajo diario y estuviere imposibilitada por su estado económico de ofrecer caución, siempre que probare su pobreza y buena conducta con testigos idóneos; 2o.) cuando el imputado hubiere estado privado de su libertad personal durante un tiempo equivalente a la mayor pena a que pudiese ser condenado; 3o.) cuando pronunciada sentencia condenatoria, el imputado estuviere en el caso de obtener su libertad condicional de acuerdo con el Código Penal; y 4o.) en los delitos culposos, cuando fuere presumible que procederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena. ( Art. 257 Pr.Pn.).-

Desde luego, y aunque la Ley no lo diga, en todos los casos en que el Tribunal competente estime, que no corresponde conceder la libertad bajo caución juratoria, por cualquiera de las circunstancias previstas en el Art. 257 Pr.Pn., ello no es óbice para que se le otorgue al procesado la libertad bajo caución real o personal. Esta caución como ya lo señalamos,

se presta mediante acto que al efecto se levanta en el Tribunal que tiene competencia para concederla.-

c) Condiciones. Tratar de las condiciones de la caución juratoria, equivale a hablar sobre las obligaciones que el imputado contrae para obtener la excarcelación bajo tal caución, las que de acuerdo al Art. 258 - Pr.Pn., son: lo.) Presentarse al Tribunal al ser requerido, a hacer saber al Juez su residencia permanente o temporal y los cambios de la misma, a observar buena conducta y a cumplir los demás requisitos que el Juez le imponga; cuando siendo procedente la excarcelación el imputado fuere persona que viviere de su trabajo diario y estuviere imposibilitada - por su estado económico de ofrecer caución, y estableciere su pobreza y buena conducta con testigos idóneos; o cuando el delito que se imputa sea un delito culposo y fuere presumible que procederá la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (esto en los casos de los números uno y cuatro del Art. 257 Pr.Pn.).-

2o.) A presentarse al Tribunal al ser requerido y a informar sobre su residencia y cambios de la misma, cuando el imputado hubiere estado privado de su libertad personal durante un tiempo equivalente a la mayor pena a que pudiera ser condenado; esto en el caso del número dos del Art. 257 Pr.Pn., y 3o.) A cumplir las condiciones que se requieran para obtener la libertad condicional de acuerdo al Código Penal, cuando pronunciada la sentencia condenatoria, el imputado estuviere en el caso de obtener su libertad condicional, conforme al número tres del Art. 257 Pr.Pn.-

Después de haber expuesto los casos y las condiciones de procedencia podemos entonces fácilmente señalar que la caución personal y la jurato-

ria difieren: 1o.) En que en la caución juratoria no se fija cantidad alguna; en la caución personal sí; 2o.) La caución juratoria es rendida por el juramento del imputado, mientras que la caución personal no la otorga el imputado por sí mismo sino por medio de otra persona; y 3o.) - que en la caución juratoria existe la obligación de señalar residencia, mientras que en la personal no.-

Asimismo difiere con la real en lo siguiente: 1o.) En la juratoria no se fija cantidad alguna, en la real sí; 2o.) En la juratoria se señala la residencia del imputado, en la real no; y 3o.) En la juratoria la rinde el imputado por el juramento y sólo él puede hacerlo, mientras que en la real, puede rendirla el imputado o un tercero.-

4o.) CAUCION PARA NO SER DETENIDO. El Código Procesal Penal en el Art. 263 contempla el caso de que el imputado contra quien se ha decretado de detención provisional por delito excarcelable, puede gozar de la libertad en que se encuentra, dando caución conforme a la ley.-

El Art. 263 Pr.Pn., dice: "El imputado no detenido contra quien se hubiere decretado detención provisional por delito excarcelable, podrá continuar en libertad dando caución conforme al Art. 255 y comprometiéndose especialmente a comparecer ante el Juez a rendir su indagatoria al ser requerido.-

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la revocatoria de la resolución que otorgó el beneficio.-

Al imputado a que se refiere el presente Artículo le serán aplicables las excepciones contenidas en el Art. 251 y demás disposiciones pertinentes sobre la excarcelación.-

Al analizar el citado Artículo, encontramos que ésta caución para no ser detenido, exige para su otorgamiento los siguientes requisitos: 1o.) Que el imputado no esté detenido. Esto es muy importantes porque a clara el malentendido que conforme al derogado Código de Instrucción Criminal, se dió en algunas ocasiones, ya que algunos Jueces negaban la excarcelación del que no estaba detenido, aduciendo para ello que, excarcelar es: "sacar de la cárcel"; y que en consecuencia, no estando detenido no lo podían sacar o excarcelar, exigiendo que estuviera siquiera un momento detenido para ponerle en libertad.-

De ahí, pues, que, de conformidad a la disposición en comento, el imputado no detenido si puede gozar de la libertad en que se encuentra dando caución.

2o.) Que se haya decretado detención provisional. Esto también es muy importante, por cuanto está señalando o reiterando que este tipo de caución se concede a favor de quien se hubiere decretado detención provisional, aunque no esté detenido; lo que reafirma el hecho que se otorga dicha caución o se tiene derecho a ella, desde que se ha decretado detención provisional. Antes de haberse decretado la detención provisional no procede concederla.-

3o.) Que el delito sea excarcelable. Es decir que la pena sea de multa o de prisión que no exceda del límite máximo de tres años y 4o.) Que se de la caución conforme al Art. 255 Pr.Pn., y el imputado se comprometa especialmente a comparecer ante el Juez, a rendir su indagatoria al ser requerido. El hecho de que se exija este requisito es porque si se permite al imputado continuar en libertad, otorgando caución para no ser

detenido y no se le recibe su declaración indagatoria, se puede impedir que consten en el juicio muchos datos importantes para la tramitación - del mismo, así como para la propia defensa del imputado. Es más, el incumplimiento de esta obligación dará lugar a la revocatoria de la resolución que otorgó el beneficio.-

Además, el imputado que rinde caución para no ser detenido, le son aplicables las disposiciones pertinentes sobre la excarcelación, así como las excepciones contenidas en el Art. 251 Pr.Pn., las cuales fueron analizadas anteriormente.-

5o.) OTROS CASOS DE LIBERTAD B JO CAUCION, El Art. 264 del Código Procesal Penal, nos señala otros casos en que procede la libertad bajo caución; ellos son: 1o.) En la declaratoria de falta; 2o.) En caso de sobreseimiento; 3o.) Cuando el veredicto del jurado es absolutorio y 5o.) por cumplimiento anticipado de la pena impuesta por sentencia condenatoria.-

En estos casos, tenemos que sin ser de los comprendidos en el Art. 250 Pr.Pn., el imputado puede obtener también su libertad bajo caución. Así en las faltas se admite la caución juratoria y se regula expresamente en el Art. 410 Pr.Pn., ya que en ellas no se decreta la detención provisional pues ésta sólo decreta por delitos; en la falta sólo se le recibe - la declaración indagatoria al imputado y se le pone en libertad bajo - caución juratoria.-

En materia de sobreseimiento también se puede obtener la libertad bajo caución; pero sólo en aquellos delitos cuya pena tuviere señalado un máximo de tres años de prisión o pena pecuniaria, aunque se apelare

del auto de sobreseñimiento; o cuando sancionado con pena de muerte o prisión cuyo máximo sea superior a tres años no se interponga apelación del auto de sobreseñimiento (Art 278 Pr.Pn.).-

Así también, si el veredicto del jurado ha sido absolutorio, puede obtenerse la libertad bajo caución; lo que viene a constituir "un derecho inherente a la condición del imputado absuelto, el cual debe ser concedido en todos los casos sin otra condición que la prestación de una caución"; aún cuando no esté comprendido entre los delitos en los cuales procede la excarcelación y aún cuando el imputado se encuentra entre las excepciones del Art. 251 Pr.Pn.- Esto tiene gran importancia, ya que algunos jueces, en la práctica han pretendido no liberar al imputado absuelto -- por el jurado cuando a su juicio éste es peligroso y le aplican la ley de estado peligroso; es más, lo hacen inmediatamente después del veredicto absolutorio, lo que viene a constituir una práctica negativa ya que -- cualquiera que fuere la naturaleza, penalidad y cantidad de los delitos que se le imputen así como los antecedentes de éste, no es óbice para que se le conceda la libertad bajo caución: cuando el veredicto del jurado es absolutorio, ya que la privación de la libertad es una necesidad en el proceso que conviene restringirla a los casos indispensables, manteniéndose el concepto de la libertad como principio integral de la personalidad humana.-

Por último, otra forma de libertad bajo caución, es la que se produce cuando el imputado ha cumplido anticipadamente la pena impuesta en sentencia condenatoria, la que puede darse en cualquier estado de la causa, porque han desaparecido los fundamentos principales que motivaron la de

tención provisional del imputado, que no son otros que asegurar la efectividad de la condena y el sometimiento del imputado al proceso, desde el momento en que el imputado ha cumplido el máximo de la pena que se la ha impuesto.-

6o.) DEL FIADOR: a) Capacidad. De acuerdo al Art. 256 Pr.Pn., pueden ser fiadores: 1o.) Cualquier institución de crédito u organización auxiliar y 2o.) Toda persona civilmente capaz.-

Indudablemente es necesario señalar qué debemos entender por institución de crédito y organización auxiliar.-

1o.) De las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares.-

De conformidad al Art. 2 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares "las instituciones de crédito se caracterizan principalmente, por ser intermediarias en el Mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, haciendo llamamiento al público para obtener fondos, a través de operaciones pasivas de crédito, tales como la recepción de depósitos o la emisión y colocación de títulos crediticios, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente en operaciones activas de crédito o de inversión".-

El Art. 7 de dicha Ley nos da el concepto de lo que son las organizaciones auxiliares de crédito, diciendo que: "Son organizaciones auxiliares de crédito, las que sin tomar dinero prestado del público, desarrollan actividades vinculadas al mercado financiero, prestando los servicios a que se refiere el Art. 206 de la misma Ley, los cuales son: Tesorería y Caja, incluyendo pagos y cobros, custodia y transporte de especies Monetarias y otros valores, así como el alquiler de Cajas de Seguridad; Guar

da y Custodia de Mercancías en Almacenes Generales de Depósito; Transacción de negocios y Registro de Operaciones en Bolsa de Valores y cualesquiera - otros servicios que por disposición de la ley, califiquen a una empresa-- como Organización Auxiliar de Crédito.-

Es conveniente señalar que tales instituciones de crédito u Organizaciones auxiliares se rigen por la Ley en referencia, por la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador y por el Código de Comercio; y que el espíritu del Legislador de darles calidad de fiadores, es para armonizar el Código Procesal Penal, con este tipo de leyes que regulan actividades mercantiles.

2o.) De las personas civilmente capaces. Es necesario señalar que el Art. 256 Pr.Pn., al decir que podrá ser fiador toda persona civilmente capaz, se está refiriendo a fianza personal y ésta, necesariamente debe ser ofrecida por una persona distinta de la del imputado que personalmente se obligue a presentar a éste, cuando fuere revocado el auto respectivo; de donde es conveniente transcribir en el presente trabajo las reglas contenidas en nuestro Código Civil relativas a la capacidad de las personas:

Art. 1317 C. "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Art. 1318 C., "Son absolutamente incapaces los dementes, los imberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.- Son también incapaces, los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la Ley.- En cuanto a los segundos, se consideran absolutamen-

te incapaces en el sentido de que aún sus actos no tendrán valor alguno si fueren ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas.-

Además, de estas incapacidades, hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".-

Conviene dejar claro que la regla general es la fianza o caución personal y el fiador que la rinde debe ser civilmente capaz de acuerdo a las reglas transcritas; pero además, como la fianza personal de acuerdo al Art. 253 Inc. 2o. Pr.Pn., puede sustituirse por depósito de dinero o de Títulos Valores o por la constitución de hipoteca sobre bienes inmuebles, es decir con caución real; ello no es óbice para poder afirmar que quien rinde la caución real debe ser también civilmente capaz cuando la rinde una persona natural (sea imputado o fiador) y la capacidad civil se determina de acuerdo con los Arts. 1317 y 1318 del Código Civil.-

De acuerdo al Art. 261 y 262 Pr.Pn., podemos decir que el fiador tiene como obligación la de presentar al imputado al revocarse el auto de excarcelación y en su defecto a pagar la cantidad mandada a caucionar.-

Conviene señalar desde ya, que además de ser civilmente capaz, el fiador debe ser persona de acreditada buena conducta y solvencia económica suficiente como enseguida analizaremos.-

b) Solvencia. El Art. 256 Pr.Pn., nos dice que el fiador además de ser civilmente capaz, deberá ser persona de solvencia económica suficiente a juicio del Juez, es decir, persona de responsabilidad y arraigo, o

sea que posea una solvencia económica acreditada por la propiedad de bienes u otras fuentes de ingresos o que goce de un crédito indiscutible en el sitio donde rendirá la fianza; Todo ello desde luego presupone la capacidad legal del fiador conforme al Código Civil.-

No basta que se acredite la solvencia del fiador sino que también -- es preciso que tales garantías respondan al monto de la caución fijada; al efecto, el auto que concede la libertad bajo caución, debe establecer en dinero la cuantía o suma que impone como caución al imputado para obtener la excarcelación y por la cual responde el fiador en el caso de fianza personal.-

La solvencia del fiador debe constar en la causa y dicha solvencia se acredita a juicio prudencial del Juez. Por último el Art. 256 Pr.Pn., nos dice además que no pueden ser fiadores los militares en actual servicio y los funcionarios públicos con goce de sueldo, aunque sean capaces y solventes.-

En nuestro medio frecuentemente se admite como fiadores a los defensores para obtener la liberación de su defendido; desde luego que el fiador no está exento de acreditar solvencia, salvo que el monto de la cantidad fijada como fianza, haga presumir que la condición de defensor constituye suficiente garantía.-

70.) REVOCATORIA DE LA EXCARCELACION. - El Art. 261 Pr.Pn., regula lo relativo a la revocatoria del auto de excarcelación, al expresar: "El Juez revocará el auto que ordene la excarcelación aun cuando hubiere sido dictado por un Tribunal superior, si el imputado no cumpliera alguna de las restricciones preventivas o las obligaciones o promesas bajo las cuales

se le hubiere otorgado la libertad provisional. En este caso, así como en el de ser revocado el auto por un Tribunal superior y en el de quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria privativa de libertad, se procederá así:

- a) Si se hubiere rendido fianza, el Juez prevendrá al fiador presentar en el Tribunal al imputado dentro de un término no mayor de diez días;
- b) Si la garantía consistiere en depósito de dinero o de títulos valores o en hipoteca, el Juez prevendrá al imputado presentarse al Tribunal dentro del término indicado en la letra "a" para constituirse en detención.- Pasado el plazo indicado en los dos apartados anteriores sin que se haya efectuado la entrega o la presentación del imputado inmediatamente después de la revocatoria del auto de excarcelación en el caso de caución juratoria, el Juez librará órdenes de captura contra el imputado.-

La prevención a que se refieren los apartados a) y b), se hará personalmente, caso de ser hallado el fiador o el imputado; pero si no se le encontrare en el lugar designado como su residencia en el acta respectiva, la prevención se cumplirá dejándosele o fijando esquila en dicho lugar".-

Del análisis de la citada disposición legal se concluye que la revocación tiene lugar: 1o.) Cuando el imputado no cumple alguna de las restricciones preventivas o las obligaciones o promesas, bajo las cuales se hubiere otorgado la libertad provisional; 2o.) Cuando sea revocado el auto respectivo por un Tribunal superior; y 3o.) Cuando queda ejecutoriada la sentencia condenatoria privativa de libertad, concluyéndose

además que tienen competencia para la revocación del auto de excarcelación: 1o.) El Juez de Primera Instancia, aún cuando dicho auto hubiere sido dictado por un Tribunal superior y 2o.) El Tribunal superior.-

Si la fianza es personal, en la revocatoria del auto de excarcelación, el Juez previene al fiador para que presente al imputado en un término no mayor de diez días; y en la caución real dicha prevención se hace al imputado para que se presente en ese término.- En la caución juratoria, el Juez no previene al imputado sino que inmediatamente que revoca el auto de excarcelación, libraré órdenes de captura - contra el mismo; de igual manera, libraré órdenes de captura en la caución personal o real cuando transcurra el término de diez días, sin que se haya efectuado la entrega o presentación del imputado.- En caso de caución personal o real, la prevención se hace personalmente en el lugar de residencia; pero si no se les encuentra la prevención se cumple por esquila dejada en dicho lugar.-

La revocación del auto de excarcelación tiene lugar porque la presunción de que el imputado cumplirá con la obligación de presentarse cuando lo requiera el Tribunal que conoce en el proceso, es la que sirve de fundamento a la concesión de la excarcelación. Si el liberado no cumple alguna de las restricciones preventivas o las obligaciones o promesas bajo las cuales se le hubiere otorgado la libertad provisional o se ejecutoriare la sentencia condenatoria privativa de libertad, se destruye dicha presunción y se demuestra la necesidad de reintegrar al encausado el estado de prisión preventiva en su caso, para poder someterlo al juicio penal; procediendo a consecuencia del

incumplimiento, el hacer efectivas las cauciones.-

8o.) PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS CAUCIONES.- El Art. 262 del Código Procesal Penal, regula el procedimiento a seguir cuando el imputado no se presenta dentro del término que se señala en los literales a y b del Art. 261 Pr.Pn.,- En efecto el citado Art. 262 Pr.Pn., expresa: " La no presentación del reo en los casos de los apartados a) y - b) del Artículo anterior dará lugar a que se proceda de inmediato a hacer efectivas las cauciones correspondientes.-

Si la garantía hubiere consistido en depósito de dinero o de títulos valores, el juez ordenará su ingreso definitivo a las arcas nacionales.-

Si la caución hubiere consistido en fianza o en hipoteca el juez prevendrá al fiador o a quien hubiere constituido la hipoteca que dentro de tercero día pague la cantidad mandada a caucionar. Transcurrido el plazo sin que se haya cumplido la prevención, el juez ordenará por auto en el proceso el cumplimiento coactivo de la obligación. La certificación de este auto, acompañada de certificación del acta de fianza o de la escritura de hipoteca, tiene fuerza ejecutiva y se pasará al Fiscal General de la República, para que promueva el juicio ejecutivo. Para este efecto se tendrá como domicilio especial del obligado el del Juez de la causa, quien será el competente para conocer de la acción correspondiente en pieza separada. Al hacerse efectiva la cantidad mandada a caucionar, se remitirá a las arcas nacionales como ingreso definitivo" .-

La novedad que se plantea en el artículo anterior es que se le da .

competencia al Juez de la causa para conocer de la acción correspondiente a fin de hacer efectivas las cauciones, por lo que no hay necesidad de ir a un juicio civil sino que, el Tribunal que conoce de la causa - resuelve sobre dicha acción.-

Hay que distinguir entre la resolución que manda hacer efectiva - la caución y la caución que ya ha sido ejecutada; son situaciones distintas: una vez hecha efectiva la caución o ejecutada, el que la rindió pierde irrevocablemente todo derecho sobre la misma, quedándole sólo - las acciones que le concede el derecho civil para ejercitarlas contra el fiado. En cambio, considero que si el auto que ordena hacer efectiva la caución no ha llegado a ejecutarse, aún es procedente la revocación del mismo, ya que aunque expresamente no lo dispone la ley, el Código Procesal Penal nos dice "el objeto de la caución es asegurar la presentación del imputado"; y si éste es presentado, el fiador cumple su obligación que es la de presentarlo, dando lugar a que se revoque el auto que ordenaba hacerla efectiva, y es que asegurada la presentación, lógicamente no hay razón alguna para la ejecución de la caución, es decir, para hacerla efectiva.-

- 9o.) EXTINCION DE LA FIANZA. El Art. 265 del Código Procesal Penal, dice: "La Fianza se extinguirá: 1o.) Por la muerte del imputado o del fiador, pero en este último caso el imputado estará obligado a presentar otro - fiador;
- 2o.) Por la presentación del imputado hecha por el fiador en los casos que el Juez lo requiriere.-
- 3o.) Cuando el fiador lo solicitare, presentando al imputado;

4o.) Cuando el imputado lo pidiere presentando otro fiador abonado, -- constituyendo hipoteca, depositando el dinero o títulos valores; y

5o.) Por la sentencia ejecutoriada que absolviere definitivamente al imputado o que confirmare un auto de sobreseimiento".

En el caso previsto en el numeral primero, la fianza se extingue -- porque con la muerte del imputado se extingue la acción penal ( Art. 121 Pn.) y necesariamente la extingue por cuanto su objeto ha desaparecido.-

En cuanto a la muerte del fiador, se extingue la fianza y la obligación contraída por él no se trasmite a sus herederos; y además, como la excarcelación en los casos señalados por la ley exige la rendición de fianza, es necesariamente obligatorio para el imputado a la muerte del fiador presentar otro fiador.-

Con relación a los casos previstos en los numerales segundo y tercero, la fianza se extingue cuando el fiador presenta al imputado por sí o por requerimiento, liberándose de su obligación pues ha cumplido con su compromiso y desde luego con el objeto de la caución, cual es, asegurar la presentación del imputado al ser requerido para ello.-

Con relación al numeral cuarto, también se extingue la fianza y el fiador es liberado de su obligación, en cualquiera de los casos siguientes: a) cuando el imputado presenta otro fiador que contrae las obligaciones de aquél; b) cuando se sustituye la fianza personal por caución real ya sea por constitución de hipoteca o por depósitos de dinero o de títulos valores; y c) cuando el imputado vuelve a prisión, en cuyo caso no hay objeto de cauciones, pues estando en prisión desaparece el obje-

to como antes se dijo. =

En el caso del numeral quinto, la pretensión punitiva del Estado desaparece y corresponde decretar la libertad definitiva del imputado, por lo que la caución deja de tener objeto y al carecer de objeto se extingue. =

Una vez extinguida la fianza, el fiador queda liberado de sus obligaciones. =

10o.) CANCELACION DE LAS CAUCIONES. Desde luego que la cancelación de las cauciones conlleva la extinción de las obligaciones del fiador. =

El Art. 266 Pr. Pn., nos dice lo siguiente: " La hipoteca será cancelada y el depósito de dinero o de títulos valores será restituido:

- 1o.) Por la muerte del procesado;
- 2o.) Por la presentación del imputado ante el Juez competente;
- 3o.) Por solicitarlo el imputado otorgando otra hipoteca o depositando el dinero o títulos valores o volviendo a prisión; y
- 4o.) Por sentencia ejecutoriada absolutoria o que confirmare un auto de sobreseimiento". =

Una vez cancelada la hipoteca, aunque no lo dice el citado Art. debe oficiarse al correspondiente registro para que se tome razón del levantamiento del gravamen. =

En el caso del numeral primero, la muerte del imputado de acuerdo al Art. 121 Pn., extingue la acción penal; es lógico que la extinción de la acción penal conlleve la cancelación de la hipoteca o la restitución del depósito de dinero o de títulos valores en su caso, puesto que desaparece el objeto de la hipoteca o del depósito. =

En el caso del numeral segundo o cuando el imputado vuelve a prisión a que se refiere el numeral tercero, se cancela la hipoteca o se restituye el depósito de dinero o títulos valores, ya que desaparece el objeto de caucionar, que no es otro sino el de asegurar la presencia del imputado en el juicio.-

En la situación del numeral tercero, si el imputado otorga nueva hipoteca o deposita el dinero o títulos valores se cancela la anterior hipoteca o se restituye el dinero o títulos valores, siempre y cuando lo solicite el imputado.-

Por último, en el caso del numeral cuarto, la caución deja de tener objeto ya que la pretensión punitiva del Estado desaparece y corresponde entonces decretar la libertad definitiva del imputado y no habiendo objeto de la caución, es lógico que se cancela la hipoteca o se restituya el depósito hecho en dinero o títulos valores.-

CAPITULO VII.- EMBARGO DE BIENES DEL IMPUTADO Y DE TERCEROS:

1o.) Procedencia del embargo; 2o.) Notificación del imputado; 3o.) Diligencias de embargo; 4o.) Sustitución del embargo; 5o.) Variación y levantamiento del embargo; 6o.) Facultad para vender en pública subasta. Procedimiento. 7o.) Tercerías; 8o.) Levantamiento del embargo y cancelación de cauciones.-

1o.) Procedencia del embargo.- Para efectos del presente capítulo, entendemos por embargo: "La medida cautelar, de tipo económico destinada a garantizar el cumplimiento por parte del imputado, o del civilmente responsable en su caso, de la responsabilidad civil, emergente del delito". El embargo es claramente diferenciable del secuestro cuya finalidad es probatoria y que consiste en la adquisición y conservación de las cosas que representan pruebas materiales de la perpetración del delito.-

Lo relativo a la procedencia del embargo, se encuentra regulado en el Art. 267 Pr.Fn., que dice: "Siempre que el Juez de Primera Instancia, decretare o confirmare la detención provisional de una persona, ordenará el embargo preventivo de sus bienes o de los del civilmente responsable, en cantidad suficiente para garantizar la responsabilidad civil y el pago de las costas procesales".-

La procedencia del embargo está condicionada, sustancialmente por la concurrencia de los mismos requisitos necesarios para decretar la detención provisional, que ya fueron analizados; y formalmente por la circunstancia de que ésta haya sido decretada.-

El embargo de bienes de acuerdo al Art. 267 Pr.Fn., únicamente puede ser decretado por el Juez de Primera Instancia, quien al decretar

la detención provisional o cuando la confirma en el caso de haber sido decretada por un Juez de Paz, simultáneamente decretará el embargo preventivo de bienes del imputado o del civilmente responsable en cantidad suficiente, para garantizar la responsabilidad civil y las costas procesales.-

El legislador dispuso que el embargo se decretara u ordenara al decretarse la detención provisional, con el fin de evitar que se traspasen los bienes del imputado o del civilmente responsable en su caso; ya que si el embargo se decretara en el auto de elevación a plenario, - por ejemplo, se daría tiempo al imputado o al civilmente responsable, - para traspasar a otra persona sus bienes y de esta manera burlar la ley.

A mi juicio, el Art. 267 Pr.Pn., merece ser criticado en su parte final, cuando dispone: "Para garantizar la responsabilidad civil y el pago de las costas procesales", ya que la responsabilidad civil cubre las consecuencias civiles del delito y nuestro Código Penal, en su Art. 131, nos señala cuales son éstas, al expresar: "Las consecuencias civiles del delito comprenden: 1o.) La restitución; 2o.) La reparación del daño causado; 3o.) La indemnización de perjuicios y 4o.) Las costas procesales". De donde, si la responsabilidad cubre las consecuencias civiles del delito y las costas procesales son una de éstas, no hay razón para que el legislador las coloque en el Artículo criticado como algo diferente de la responsabilidad civil; ya que como se dijo, las costas procesales están comprendidas dentro de las consecuencias civiles del delito que dan origen a la responsabilidad civil.-

Por lo anterior, estimo que el citado Artículo 267 Pr.Pn., debe ser reformado, suprimiéndole la parte final donde dice: "y las costas -

procesales"; quedando en consecuencia dicho artículo redactado de la siguiente manera: "Siempre que el Juez de Primera Instancia decretare o confirmare la detención provisional de una persona, ordenará el embargo preventivo de sus bienes o de los del civilmente responsable, en cantidad suficiente, para garantizar la responsabilidad civil".-

2o.) Notificación al imputado.- El Art. 268 Pr.Pn., dice: "El decreto de embargo se notificará al imputado o al civilmente responsable en su caso, al Fiscal o al acusador, si lo hubiere. También se notificará al ofendido o en su defecto a sus parientes más cercanos que pudieran señalar bienes del imputado susceptibles de embargo".

Desde luego que tal notificación se hará en el término y lugar que se señala en los Artículos 104 y 105 del Código Procesal Penal; además, aunque el Art. 268 Pr.Pn., no comprende al defensor como sujeto procesal, al que se le debe notificar el embargo de acuerdo al Art. 106 Pr.Pn., puede afirmarse que al decretarse el embargo de bienes se notificará además al defensor, si lo hubiere.-

El Art. 268 Pr.Pn., nos plantea dos situaciones en cuanto a la notificación del decreto de embargo: 1o.) Cuando se notifica al imputado o al civilmente responsable en su caso, al fiscal y al acusador, e inclusive al defensor en su caso, estamos en presencia de la simple notificación de una resolución judicial; 2o.) Cuando se notifica al ofendido o en su defecto a sus parientes más cercanos, que pudieran señalar bienes del imputado, susceptibles de embargo, en cuyo caso no estamos en presencia de una simple notificación, sino que ésta más bien tiene el carácter de un requerimiento que se hace para que se señalen bienes del imputado, que puedan ser susceptibles de embargo.-

A mi juicio, no hay razón alguna para que el fiscal y acusador no puedan señalar bienes del imputado que puedan embargarse, ya que éstos, se supone actúan, el primero en nombre de la Sociedad y el segundo, en su carácter particular, de donde se puede presumir que el conceder a éstos la facultad de señalar bienes del imputado, susceptibles de embargo, se facilitaría el cumplimiento de aquel decreto.-

Es más, la comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa aprobó dicho artículo de la siguiente forma: "El decreto de embargo se notificará al imputado o al civilmente responsable.-

Se notificará asimismo el embargo, al Fiscal o al acusador, si lo hubiere, así como al ofendido o en su defecto a alguno de sus parientes más cercanos para que señale bienes del imputado". Lo anterior lleva a opinar que el Fiscal y el acusador sí deberían de tener la facultad de señalar bienes del imputado susceptibles de embargo; por lo que estimo que el Artículo 268 Pr.Pn., debería redactarse en la siguiente forma: "El decreto de embargo se notificará al imputado o al civilmente responsable.-

También se notificará, al Fiscal o al acusador si lo hubiere, al ofendido o en su defecto a sus parientes más cercanos, para que señalen bienes del imputado susceptibles de embargo".

3o.) Diligencias de embargo.- El Art. 269 Pr.Pn., regula lo relativo a las diligencias de embargo, así: "El embargo se sujetará a las normas procesales civiles, pero su ejecución se cometerá al Juez de Paz del lugar donde estuvieren situados los bienes que hubieren de embargarse.-

El embargo de bienes raíces se anotará preventivamente en la correspondiente oficina de registro.-

Los bienes que hubieren de embargarse deberán ser los más realizables y menos expuestos a perderse; y para la conservación, seguridad y custodia de ellos, el Juez de Paz designará depositario a persona de reconocida responsabilidad la que los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito, haciéndose constar que se le hizo saber la responsabilidad contraída.-

Los Títulos Valores, dinero y alhajas que se embargaren serán depositados en una institución bancaria a la orden del Tribunal que ordenó el embargo".-

De acuerdo al citado artículo podemos señalar:

- 1o.) El embargo en materia criminal se sujeta a las reglas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles (Art. 612 y siguientes) con las modificaciones hechas por el Código Procesal Penal en el Título V, primera parte del Libro Segundo, relativo al embargo de bienes del imputado y de terceros.-
- 2o.) Que tal embargo, será ejecutado por el Juez de Paz del lugar donde estuvieren situados los bienes que hubieren de embargarse; mientras que de acuerdo al Código Procesal Civil, quien ejecuta el embargo es un oficial público de Juez Ejecutor y sólo en su defecto, lo ejecuta un Juez de Paz.-
- 3o.) Que el embargo de bienes raíces se anota preventivamente en el correspondiente Registro; anotación que se hará de oficio, por mandamiento del Juez (Art. 720 C.); esta anotación, ordenada en causa criminal, tiene derecho preferente en cuanto a los bienes anotados respecto de otros acreg

dores que pudiera tener el imputado por créditos contraídos o reconocidos por documento o confesión, con posterioridad a la anotación, ello de acuerdo al Art. 722 C.-

4o.) El embargo debe recaer sobre los bienes más realizables y menos expuestos a perderse; es decir, aquellos que puedan venderse con mayor facilidad y que difícilmente puedan perderse. En lo Civil, el embargo recae sobre los bienes raíces o muebles del deudor (Art. 2212 C,) pero si hay bienes hipotecados o empeñados recae sobre éstos; e igualmente cuando se reclama la posesión de una cosa, el embargo recae sobre aquellas cuya posesión se pide; además si trata de la ejecución de derechos, el embargo se reduce a prohibir su uso o a mandar el ejercicio del derecho y no habrá por consiguiente, subasta ni venta de bienes; y por último, si la ejecución se entabla por deuda genérica, el embargo se traba respecto de los que tenga de dicho género el deudor, los cuales no se subastan sino que se dan en pago, (Arts, 615, 616, 654 a 657 Pr.C.); exceptuándose únicamente los no embargables,- (Art, 1418 C,) y

5o,) Para la seguridad, custodia y conservación de los bienes embargados, el Juez de Paz designará depositario a persona de reconocida responsabilidad, la que los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito, haciéndose constar que se le hizo saber la responsabilidad contraída.-

Ahora bien, este depósito en materia penal, se hace de oficio por el Juez en persona de reconocida responsabilidad al igual que en el civil, pues el depósito es una consecuencia inmediata del embargo (Art, 1299 Pr. C, en relación con el Art, 622 Inc, 2o. = Pr.C.); solamente que, en ma

teria civil a petición de parte, el depositario está obligado a rendir fianza. Por otra parte, si se trata de embargo sobre Títulos Valores, dinero y alhajas, no se depositan en persona alguna, sino en una institución bancaria; depósito al cual nos referimos en el Capítulo VI, numeral uno, letra "e", del presente trabajo.-

4o.) Sustitución del embargo. En lo civil, como ya se dijo anteriormente, el embargo recae sobre los bienes raíces o muebles del deudor - (Art. 2212 C.) designados por el acreedor o el Juez Ejecutor, si aquél no está presente, excepto los no embargables (Art. 418 C.) en caso de que haya bienes hipotecados o empeñados, el embargo recae sobre éstos; pero como la prenda y la hipoteca son garantías dadas a favor del acreedor, éste puede perfectamente no hacer valer dichas garantías y embargar otros bienes, sin que por esto pierda la preferencia que sobre ellos le concede la ley; dicha preferencia puede hacerse valer en cualquier momento en el cobro de su crédito (Art. 616 Pr.C, inc.lo.); es decir, en este caso no es una sustitución del embargo sino una sustitución de bienes embargables. Es más, de acuerdo al Art. 621 Pr.C., si en el acto del embargo el deudor u otra persona presentan una escritura de hipoteca de los bienes en que va a trabar la ejecución y asistiese al acto el ejecutante, éste podrá optar por el embargo o la suspensión; si no asistiese, se lleva adelante el embargo. Si dentro de las veinticuatro horas siguientes al embargo, el deudor presentare al ejecutor la cantidad de dinero para pagar el principal, intereses y costas, o la cosa o especie de que fuere objeto de la demanda, trabará el embargo en éstos y desembargará aquéllos.-

Nuestro Código Procesal Penal en su Art. 270 nos señala que el embargo puede sustituirse y que en caso de sustitución, puede omitirse y aún más levantarse; en efecto, el Art. 270 nos dice: "El embargo podrá sustituirse mediante la consignación de la cantidad fijada, depósito de títulos Valores, la constitución de hipoteca suficiente o la prestación de la fianza a través de institución financiera, en cuyo caso se omitirá el embargo o se levantará, si ya se hubiere trabado".

Conviene señalar que el empleo del término "consignación", a nuestro juicio no es conveniente por cuanto si bien la consignación es un depósito, es el depósito de la cosa que se debe, hecho en virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla. (Art. 1469 C.) es decir, de acuerdo a nuestro Código Civil sería una forma de pago; -- mientras que en el proceso penal, la consignación de la cantidad fijada no es para pagar deuda alguna, sino más bien tiene por objeto garantizar la responsabilidad civil, de donde estimo conveniente señalar que es preferible el uso del término "depósito", término que armonizaría con la naturaleza de la disposición.-

Por lo anterior considero que el Art. 270 Pr.Pn., debe ser reformado así: "El embargo podrá sustituirse mediante el depósito de la cantidad fijada o de Títulos Valores, la constitución de hipoteca suficiente o la prestación de fianza a través de institución financiera, en cuyos casos se omitirá el embargo o se levantará si ya se hubiere trabado".

5o.) Variación y levantamiento del embargo. En lo civil, el embargo comprende la ocupación de bienes del deudor en una tercera parte más de lo adeudado, costas e intereses, si la cosa que se embarga es divisible o de cómoda división y el fundo todo si no lo es. Las costas e intereses -

se regularán por lo menos aproximadamente (Art. 613 No. 6 Pr.C.). Por lo regular, en el juicio ejecutivo, el título en virtud del cual se procede da lugar a una sola exigencia por parte del acreedor ya que el deudor es tá obligado a su cumplimiento de una sola vez; pero perfectamente se puede presentar el caso de que la obligación que motiva la ejecución, esté sujeta a cumplirse por cuotas sucesivas o que se hayan contraído varias obligaciones entre los mismos acreedores y deudores, pero que consten en diversos títulos (alimentos mensuales, venta a plazos). Exigir en estos casos que por cada cuota vencida se iniciara un nuevo juicio, sería ir contrala brevedad o economía procesal que debe privar en una buena administración de justicia; ahora bien, si durante el juicio y antes de la sentencia vence un nuevo plazo de la obligación en cuya virtud se procede, puede ampliarse la ejecución a instancia del ejecutante. (Art. 618 - Pr.C.)

Por otra parte, en el caso de bienes hipotecados o empeñados se em bargarán también otros bienes cuando a juicio del juez executor, no alcan zaren los bienes hipotecados (Art. 616 Inc. 2o.) y aun más, si el deudor le presenta otros bienes y el acreedor se conforma, se traba el embargo en éstos (Art. 616 Inc. 1o. Pr.C.).-

Así también, cuando el producto de los bienes subastados no es suficiente para cubrir el monto de la deuda que motivó la ejecución el acree dor puede pedir la ampliación o mejora de la ejecución, cuando hace uso del derecho que tiene para perseguir el resto de los bienes del ejecutado y de los fiadores, si los rematados no cubren enteramente su crédito (Art. 646 Pr.C.). Además, cuando durante el juicio y antes del remate constare en autos que existen en poder del depositario productos o valores suficien

tes, para el pago de la cantidad demandada, intereses o costas, el juez a pedimento de parte o de oficio podrá levantar en todo o en parte el embargo, continuando el procedimiento hasta su completa liquidación. Puede también el deudor redimir, es decir liberar de obligación, los bienes ejecutados satisfaciendo la deuda y costas en cuyo caso se sobresee en el procedimiento.

En el proceso Penal el Art. 271 dispone: "Si durante el curso del juicio sobrevinieren motivos bastantes para estimar que la responsabilidad civil excede la cantidad mandada asegurar, el Juez ordenará ampliar el embargo.

Si por el contrario, aparecieren motivos bastantes para estimar que la responsabilidad indicada será inferior, el juez ordenará reducir el embargo.

Si durante el curso del juicio se revocare el auto de detención provisional, deberá levantarse el embargo. De donde podemos ver que si bien es cierto, que el embargo de bienes en materia penal se sujeta a las reglas procesales civiles, en este punto comentado se modifican por el citado artículo.-

#### 60.) Facultad para vender en pública subasta.- Procedimiento.

El Código Procesal Civil regula lo relativo a la venta de los bienes embargados en el Capítulo IV del Título III, del Libro II.-

En nuestro Código Procesal Penal, se faculta al juez para vender los bienes embargados conforme el Art. 272 que dice: "Cuando los bienes embargados estuvieren expuestos a deterioro o corrupción, a juicio prudencial del Juez, podrá proceder a la venta, previo valúo. Si las cosas valie

ren más de quinientos colones, la venta se hará en pública subasta mediante la sola y previa publicación de un aviso en el tablero del Tribunal y en uno de los periódicos de mayor circulación.-

El producto de la venta será depositado a la orden del Tribunal - en una institución bancaria".-

Encontramos pues que pueden venderse los bienes embargados siempre que a juicio prudencial del juez, estos bienes estén expuestos a deterioro o corrupción.-

Si los bienes a venderse valen menos de quinientos colones, la venta se hace únicamente con el valúo previo de los mismos; es decir, respecto de los bienes que valen menos de quinientos colones no hay subasta pública y en consecuencia, para proceder a su venta, únicamente es necesario que se verifique el valúo de los mismos. Pero si valen más de quinientos colones, la venta se hace en pública subasta mediante la sola y previa publicación de un aviso en el tablero del tribunal y en uno de los periódicos de mayor circulación. Desde luego, que cuando se trata de subasta de bienes raíces ésta debe hacerse previo informe del Registrador, para saber si se hayan inscritos a favor de otra persona por derechos reales u otros que deban respetarse. El aviso debe contener la designación del Tribunal respectivo, así como el del lugar, día, hora, mes y año en que se efectuará la venta; la denominación del funcionario que lo ordena y la función judicial que desempeña; el nombre del imputado o del civilmente responsable en su caso y del ofendido; la designación de los bienes que se venden, el juzgado en que se ha de verificar la venta, el valor de los bienes que se venden y el valor que servirá de base para la venta. (Art. 99 Pr.Pn. y 606 Pr.C.).-

A nuestro juicio, según el tenor literal de la parte final del Artículo 272 Pr.Pn., en lo penal no cabe aplicar la disposición del Artículo - 607 Pr.C., ya que en el aviso deberá expresarse además la fecha en que se efectuará la venta, puesto que de acuerdo al Art. 272 Pr.Pn., la venta se efectuará con la sola y previa publicación de un aviso en el tablero del Tribunal y en uno de los periódicos de mayor circulación, y siendo uno so lo y previo el aviso, es lógico que éste contenga el señalamiento de la fecha en que se efectuará la venta y que en consecuencia, no sea necesario esperar quince días después de su publicación para que se señale el día en que se efectuará según lo dispone el Art. 607 Pr.C.-

Evacuadas las diligencias de publicación, el Juez se situará con mesa y recado de escribir a la puerta de su oficina acompañado del secretario, dos horas antes de la señalada para el remate y se darán pregones anunciándose las posturas que se hicieren, según el Art. 634 Pr.C. (cabe señalar que en la práctica ésto no se aplica); la venta se hará a la hora señalada, al mejor postor o sea al que ofrece mayor cantidad; pero si llegada esa hora aún se hicieren posturas, se continuará admitiendo las que se hagan, hasta que no haya quien mejore la última que se hubiere he cho, después de repetirla el secretario por tres veces; pero si el postor no fuere persona conocida y arraigada a juicio del juez, no se admitirá la postura a menos que se presente el dinero en el acto o se afiance la **entrega con persona abonada (Art. 636 Pr.C.) entendiéndose que no se admitirá** postura por menos de las dos terceras partes del valúo; tampoco se admitirá la que no sea en dinero de contado. (Art.635 Pr.C.). La diligencia de remate será un acta firmada por el Juez, por las partes que hu bieren concurrido, el comprador si supiere y el secretario; (Art.637 Pr.C.).-

El comprador pedirá la aprobación del remate dentro de tercero día, oblando el dinero que hubiere ofrecido de contado para el pago de la deuda, sus intereses y costas, entregándose los bienes al comprador. Si se trata de inmueble, para esta entrega el Juez a instancia de parte lanzará previamente, sin forma de juicio, al ejecutado, su familia, agentes, dependientes o criados, concediéndoles un breve término prudencialmente y en caso muy necesario, para que desocupen (Art. 642 Pr.C.).-

Ahora bien, si el rematador omitiere pedir la aprobación del remate en el término señalado, el juez la dará de oficio, obligando al comprador a cumplir las condiciones del remate, aun con apreo corporal y responsabilidad de costas, daños y perjuicios. En el auto de aprobación el Juez ordenará el pago de la alcabala si los bienes fueren raíces y si la venta se hubiere verificado a plazos, mandará también librar orden al rematario para que pague la cantidad que importe la deuda, materia del juicio con arreglo a los términos establecidos en el remate. Si el comprador deja de cumplir cualquiera de las condiciones del remate o de pagar en alguno de los plazos establecidos, puede el Juez o las partes pedir que se le obligue al cumplimiento por los medios coactivos del apremio, o que se saquen los bienes subastados a nuevo remate, quedando en este caso responsable el subastador anterior a los daños, perjuicios y costas. (Art. 643 Pr.C.).-

La certificación del acta de remate y su aprobación o el auto de adjudicación en su caso, servirá de título de propiedad y posesión al comprador o adjudicatario. (Art. 644 y 639 Pr.C.).-

Si llegada la hora señalada para el remate no se presentare ninguna postura admisible, se hará constar así en el acta y continuarán em-

bargados los bienes, los que podrán sacarse nuevamente al remate, previo señalamiento de día y hora. Si se prueba sumariamente que los bienes embargados han desmejorado de un modo notable después del valúo, se valorarán de nuevo y se sacarán otra vez a remate. (Art.638 Pr.C.) .-

Por último, de acuerdo al inciso último del Art. 272 Pr.Pn., el producto de la venta será depositado a la orden del Tribunal en una institución bancaria.-

7o.- Tercerías. El Artículo 273 Pr.Pn., regula lo relativo a las tercerías en materia procesal penal, al expresar que: "Comprobándose por un tercero el dominio de los bienes embargados con instrumento público o auténtico, facturas u otros documentos mercantiles, podrá el juez acceder, previa audiencia al fiscal respectivo y el acusador particular si lo hubiere, al desembargo que se hubiere solicitado.-

Si se tratare de inmuebles, los instrumentos justificativos de dominio deberán estar inscritos en el Registro de la Propiedad. El juez mediante inspección deberá cerciorarse que los instrumentos correspondan a los inmuebles que se pretendiere desembargar.

Si el desembargo fuere denegado, quedará a salvo el derecho del tercero para intentar la acción que correspondiere ante el Juez de lo Civil competente, teniendo como parte demandada al Fiscal del Jurado y al acusador particular, si lo hubiere"

Como puede verse, en este artículo se estipula el desembargo de los bienes embargados cuando un tercero comprueba su dominio con instrumento público o auténtico, facturas u otros documentos mercantiles, al cual podrá acceder el juez, previa audiencia al fiscal respectivo y al acusador particular en su caso, cuando se le hubiere solicitado por ter

ceros; de donde se concluye que este desembargo sólo puede verificarse -- cuando es solicitado por tercero y éste comprueba su dominio por los medios antes indicados; de donde también podríamos decir que tercero, en este caso, es aquel que teniendo el dominio de bienes que hubieren sido embargados y sin ser parte en el juicio respectivo, en virtud de cuya comprobación el juez ordena el desembargo de dichos bienes.-

Si se trata de inmuebles, el juez accederá al desembargo no sólo con el instrumento justificativo de dominio, sino que además debe comprobar de que estén inscritos en el Registro de la Propiedad; así como también cerciorarse mediante inspección que los instrumentos justificativos corresponden a los inmuebles que se pretendiere desembargar.-

Si se niega el desembargo, el tercero tiene derecho para intentar la acción que correspondiere ante el Juez de lo Civil competente, con base en el procedimiento señalado en el Código Procesal Civil, teniendo -- como parte demandada al Fiscal del Jurado y al acusador particular, si lo hubiere.-

Por último, es conveniente estudiar que en cuanto a los documentos mercantiles (facturas, etc.) no se exige el registro de los mismos en la oficina respectiva a pesar de que también hay registro mercantil y se registran aún los bienes muebles. Lo anterior coloca a nuestro Código Procesal Penal en desarmonía con el Código de Comercio; además, podría prestarse a maniobras puesto que con una simple factura mercantil que se presente a un juzgado, alegando el dominio del bien embargado, el juez llenado el trámite, ordenaría el desembargo; y tales maniobras podrían volver nugatorias las disposiciones relativas al embargo, ya que con ellas

podría evitarse, por decirlo así, el embargo a través de una tercería de dominio con simple factura propiciando el consecuente desembargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal del tercerista.-

8o.) Levantamiento de embargo y cancelación de cauciones. El Art. 274 Pr. Pn., señala lo relativo al levantamiento del embargo y la cancelación de cauciones diciendo: "Será levantado el embargo, cancelada la fianza o la hipoteca o devueltos la cantidad consignada o el depósito de títulos y valores en los casos siguientes:

- 1o.) Sobreseimiento confirmado;
- 2o.) Absolución del procesado en sentencia firme; y
- 3o.) Pago de las penas pecuniarias, responsabilidad civil y costas procesales, en su caso.-

Anteriormente señalamos que el embargo en materia procesal penal puede sustituirse de conformidad al Art. 270 Pr.Pn., en cuyo caso se omite el embargo y si éste ya se hubiere trabado se levantará, de donde podríamos decir que el embargo será levantado por sobreseimiento confirmado; por la absolución del procesado en sentencia firme; por el pago de las penas pecuniarias, responsabilidad civil, costas procesales en su caso; por la sustitución del embargo cuando éste ya se hubiere trabado y por la revocación del auto de detención provisional en el curso del juicio. (Art. 271 Inc. últ. Pr.Pn.)-.

Así también, podemos afirmar que serán canceladas las cauciones que se hubieren otorgado en caso de sustitución del embargo (cancelando fianza, hipoteca o devolviendo la cantidad consignada o el depósito de títulos y valores), por sobreseimiento confirmado; por la absolución del procesado en sentencia firme, y por el pago de las penas pecuniarias, resp.

sabilidad civil, costas procesales en su caso,-

Por último, es oportuno criticar el numeral 3o, del Art. 274 Pr. Pn. que estipula: "que el embargo se levanta por el pago de las penas-pecuniarias, responsabilidad civil y costas procesales"; ya que el embargo está instituido para garantizar la responsabilidad civil emergente del delito y no para pagar penas pecuniarias; de donde el señalar que el embargo se levanta por el pago de la pena pecuniaria es un error, - puesto que el embargo no procede para el pago de la pena pecuniaria sino para garantía de la responsabilidad civil (Art. 267 Pr.Pn.). Además, es criticable que se incluya en este numeral el pago de las costas procesales como algo distinto de la responsabilidad civil, puesto que como ya vimos en el número primero de este Capítulo, la responsabilidad civil cubre las consecuencias civiles del delito y las costas procesales son una de éstas; por ello estimo que el Art. 274 Pr.Pn., debe ser reformado en su numeral 3o., así:

3o.) Por el pago de la responsabilidad civil".-

CAPITULO VIII.- CONCLUSION.-

CONSIDERACIONES GENERALES... A lo ancho y largo del Universo encontramos flamantes constituciones Políticas que consagran la libertad de la persona, que consagran cosas bellísimas, que disponen medios bellísimos en cuanto a la protección del derecho de libertad. Es más, este derecho no sólo es objeto de las Constituciones de cada país, sino que goza de protección internacional; más, sin embargo todo esto responde a un idealismo, a un deber ser, más no a la realidad, ni a lo que es, ya que frecuentemente nos damos cuenta personalmente o por los medios informativos, de violaciones e irrespetos al derecho de libertad.

Es necesario que cada uno de nosotros haga conciencia en que la libertad es la esencia del ser humano; que el derecho tiene la sagrada misión de tutelar los atributos inherentes a la personalidad humana, entre los que se encuentran en primer término la libertad individual que es el bien jurídico más valioso que tiene el hombre; que toda generación para mantener su libertad ha de conquistarla mediante la comprensión del pasado, la vigilancia del presente y la determinación para el futuro. Sólo cuando hayamos hecho conciencia de esto, podremos valorizar lo que representa la libertad en el ser humano y luego actuar en el campo externo a fin de que se respete y garantice el derecho a la libertad; mientras esto no se haga, por más que se consigne el derecho de libertad así como las garantías del mismo, tanto en las Constituciones estatales, como en las Declaraciones Internacionales de Derecho, no podremos decir que en el medio en que nos desenvolvemos haya una libertad plena y objetiva.-

Frente al principio del respeto a la libertad personal se yergue

el principio de garantizar la prevención y la sanción del delito por parte del Estado.-

En efecto, el derecho de libertad no es ilimitado sino que está sujeto a ciertas restricciones que imponen la convivencia social, pues cuando a través del orden jurídico la sociedad se convierte en Estado, lo hace con el fin primordial de proteger los intereses que dan vida al conglomerado social, protección que se hace especialmente por medio de la amenaza y ejecución de una pena. Indudablemente la pena conlleva la privación de la libertad de aquel a quien se le impone, pero tal privación debe ser a consecuencia de un juicio, pues nadie puede ser privado de su libertad sin ser oído y vencido en juicio de conformidad a la ley.-

Podemos afirmar, pues, que el proceso penal tiene una doble función:

- A) La de garantizar y proteger el derecho de libertad del imputado; y,
- B) La de garantizar y proteger los intereses que dan vida al conglomerado social.-

En el proceso penal encontramos una serie de limitaciones a los derechos del imputado; entre las principales limitaciones procesales, encontramos la detención provisional y la detención para inquirir.-

En cuanto a la detención provisional o prisión preventiva, ésta implica una situación de injusticia pues mientras no exista una sentencia firme que lo declare culpable, se presume inocente y así debe tratarsele; de ahí que dicha detención se justifique únicamente por razones de necesidad, por ser un medio de precaución y seguridad, siendo

su objeto asegurar la presencia del imputado en el proceso y la eventual ejecución de la pena a que podría ser condenado; es necesario que se demuestre que la justicia está en la necesidad de asegurarse de la persona del imputado, por lo que considero que la detención provisional debería decretarse solamente en el caso de demostrarse su necesidad, puesto que importa una serie de perjuicios al imputado que se constituye en estado de detención; y además, se debería de prever los casos de sustitutivos para reemplazarla cada vez que fuere posible. Por otra parte, la detención provisional debe proceder sólo en el caso de infracciones suficientemente graves por los perjuicios que importa, como dejamos señalado.-

No cabe duda que entre los árdulos problemas del procedimiento penal, debe colocarse en plano relevante el de la detención provisional, que entre nosotros, por no darnos cuenta clara de su naturaleza y finalidad ha sido y es deformada y falseada a tal grado, que en innumerables casos constituye el más sensible atentado contra la libertad y los derechos del hombre, que tanto esfuerzo se preocupan hoy día de garantizar y proteger los países de avanzada.-

Estimo que la detención para inquirir debe omitirse, siempre que a juicio del Juez y en base a las circunstancias del caso, implique un riesgo más grave para la libertad individual que para la administración de justicia.-

Es de sobra conocido el abuso que las autoridades cometen al consignar a personas ostensiblemente inocentes en la participación de delitos, particularmente familiares y amigos de los verdaderos culpables, por lo que considero que el Juez, debe tener la atribución procesal de decretarla como una mera facultad y no como una obligación; tal facultad debe



Estado", probar que aquel a favor de quien se solicita, no tiene derecho a gozar del beneficio.-

Con el objeto de garantizar la responsabilidad civil emergente del delito, nuestro legislador establece la institución del embargo. En la mayoría de los casos, el imputado es de escasos recursos económicos; probablemente ese sea el motivo que produce la desidia que se observa en nuestros Tribunales al respecto, limitándose dicho embargo únicamente a decretarlo sin que el Tribunal realice una verdadera acción a fin de hacerlo efectivo, desidia que inclusive se advierte en las partes interesadas. Son verdaderamente excepcionales los casos en que el embargo se ha hecho efectivo.-

Por último, soy de opinión que el proceso penal en El Salvador, debe ser preponderantemente acusatorio, pues mientras impere el proceso mixto, en cuya fase de instrucción predominen los caracteres del sistema inquisitorio, no obstante la inserción de caracteres del sistema acusatorio, no podremos lograr una justicia plena y objetiva.-

#### REFORMAS AL CODIGO PROCESAL PENAL.-

Con base a las razones expuestas en los capítulos correspondientes del presente trabajo, propongo que el Código Procesal Penal, sea reformado en los Artículos que a continuación señalo:

1o.) Los numerales 1o. y 2o. del Artículo 251 Pr.Pn., respectivamente, deben reformarse así:

1o.) "A QUIEN TUVIERE CONDENAS ANTERIORES, SALVO QUE HUBIERE SIDO REHABILITADO O QUE HUBIERE TRANSCURRIDO EL TERMINO DE LA PRESCRIPCION".-

- 2o.) "A QUIEN SE HALLARE EN LIBERTAD CONDICIONAL EN OTRO PROCESO".
- 2o.) La parte final del Art. 267 Pr.Pn., en donde dice: "Y las costas procesales", debe suprimirse; quedando en consecuencia dicho artículo redactado de la siguiente manera: "SIEMPRE QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECRETARE O CONFIRMARE LA DETENCION PROVISIONAL DE UNA PERSONA, ORDENARA EL EMBARGO PREVENTIVO DE SUS BIENES O DE LOS DEL CIVILMENTE RESPONSABLE, EN CANTIDAD SUFICIENTE PARA GARANTIZAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL".
- 3o.) El Artículo 268 Pr.Pn., debe reformarse en la siguiente forma: "EL DECRETO DE EMBARGO SE NOTIFICARA AL IMPUTADO O AL CIVILMENTE RESPONSABLE.-
- TAMBIEN SE NOTIFICARA AL FISCAL O AL ACUSADOR SI LO HUBIERE, AL OFENDIDO O EN SU DEFECTO A SUS PARIENTES MAS CERCANOS, PARA QUE SEÑALEN BIENES DEL IMPUTADO SUSCEPTIBLES DE EMBARGO".-
- 4o.) El Artículo 270 Pr.Pn., debe ser reformado así: "EL EMBARGO PODRA SUSTITUIRSE MEDIANTE EL DEPOSITO DE LA CANTIDAD FIJADA O DE TITULOS VALORES, LA CONSTITUCION DE HIPOTECA SUFICIENTE O LA PRESTACION DE FIANZA A TRAVES DE INSTITUCION FINANCIERA, EN CUYOS CASOS SE OMITIRA EL EMBARGO O SE LEVANTARA SI YA SE HUBIERE TRABADO".-
- 5o.) El numeral 3o. del Art. 274 Pr.Pn., debe ser reformado así: "POR EL PAGO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL".- y,
- 6o.) Al inciso 1o. del Art. 481 Pr.Pn., debe suprimírsele, la parte donde dice: "o los cuerpos de seguridad", quedando en consecuencia redactado dicho artículo en la siguiente forma: " EN CASO DE URGENCIA, LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA PODRAN ORDENAR LA DETENCION PRO

VISORIA DE UN EXTRANJERO A SOLICITUD DIRECTA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES O DE LOS ORGANOS AUXILIARES DE LOS PAISES CENTROAMERICANOS O DE UN AGENTE DIPLOMATICO ACREDITADO EN LA REPUBLICA, SIEMPRE QUE SE INVOCARE LA EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA O DE UNA ORDEN DE DETENCION, SE DETERMINARE CON CLARIDAD LA NATURALEZA DEL DELITO Y NO SE TRATARE DE UN ASILADO POLITICO.- EL PEDIDO DE DETENCION SE ADMITIRA AUN CUANDO SE HICIERE POR MEDIO DEL CORREO O DEL TELEGRAFO Y LOS TRIBUNALES QUE LA PRACTICAREN LO PONDRAN INMEDIATAMENTE EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA SU TRANSCRIPCION AL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.- EL EXTRANJERO DETENIDO DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN ESTE ARTICULO SERA PUESTO EN LIBERTAD SI EN EL TERMINO SEÑALADO EN EL TRATADO RESPECTIVO SE RECIBIERE EL PEDIDO DIPLOMATICO DE EXTRADICION EN DEBIDA FORMA O EN EL TERMINO DE TREINTA DIAS, SI NO HUBIERE TRATADO".-

INDICE DE CITAS...

- 1) Sartre, Jean Paul. El Ser y la nada, ensayo de una ontología fenomenológica, trad. Castellana. Buenos Aires, 1948 t.I.p. XVII.
- 2) Bernarschina González, Mario, Manual de Derecho Constitucional, Tomo I Pag. 181. Publicación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Departamento de Derecho Público, Universidad de El Salvador, San Salvador, 1967.-
- 3) Citado a pag. 183 por Bernarschina González, Mario, en obra citada.-
- 4) Zavaleta, Arturo J., La prisión preventiva y la libertad provisoria, pag. 74, Buenos Aires, 1954.-
- 5) Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal, Florencia 1925. Vol. II No. 897.-
- 6) Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III Pag. 529 Buenos Aires 1952.-
- 7) Velez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo II pag. 520 y sigs. Buenos Aires, 1969.-
- 8) Manzini, Vincenzo. Obra y tomo citado. Pag. 661 y sigs.
- 9) Chichizola, Mario I.- La Excarcelación. Pag. 21 y sigts., Buenos Aires, 1965.-
- 10) Velez Mariconde, Alfredo. Obra, Tomo y Pag. citadas.
- 11) Manzini, Vincenzo. Obra y tomo citado. Pag. 661 y sigts.
- 12) Chichizola, Mario I. Obra citada. Pag. 103.

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

- BERNARSCHINA GONZALEZ, Mario. "Manual de Derecho Constitucional".
- CARNELUTTI, Francesco. "Cuestiones sobre el Proceso Penal" Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.-
- CASTRO RAMIREZ hijo, Manuel. "Del arresto provisional o detención". Revista Ciencias Jurídicas y Sociales, Tomo V Número 27, Enero-Febrero 1955, San Salv. El Salv. C.A.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A.- "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, Tomos I, II y IV 1964.-
- CONSTITUCION POLITICA Y CODIGOS DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. "Lógica de las pruebas en materia criminal". Editorial Temis, Bogotá, D.E. 1964.
- SOLER, SEBASTIAN Y MARQUARDT, Eduardo H. "La privación de la libertad personal en el derecho Argentino". Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Volumen III. Núm. 2 Invierno 1961.-
- GOMEZ, Rodolfo Antonio. "La restricción de la libertad personal en el proceso Penal. 1968.-
- FLORIAN, Eugenio. "Las pruebas penales".
- Discusión del Proyecto del Código Procesal Penal por la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa.-
- ZAVALETA, Arturo J. "La prisión preventiva y la libertad provi-

- soria", Buenos Aires, 1954.-
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Compendio de Derecho Procesal", Tomo I; Bogotá 1972.-
- CARRARA, Francisco. "Programa del Curso de Derecho Criminal" Florencia, 1925.-
- ARRIETA GALLEGOS, Manuel, Lecciones de Derecho Penal, San Salvador 1972.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Buenos Aires 1970.-
- ODERIGO, Mario A. "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires 1973.
- TOMASINO, Humberto. "El juicio ejecutivo en la Legislación Salvadoreña". San Salvador 1967.-
- SARTRE, Jean Paul. El Ser y la nada, ensayo de una ontología - fenomenológica, Traducción castellana, Buenos Aires, 1948.-
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal Tomo II Buenos Aires, 1969.-
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires, 1952.-