

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIO 1993 (reformado)



**APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER
PERSONAL EN EL PROCESO PENAL SALVADOREÑO.**

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO
DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

YENI NUBIA ERAZO MENJIVAR
VICENTE ANTONIO MARTINEZ REYES
RENE EDUARDO PEREIRA ZAVALA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

LICENCIADO: FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, ABRIL 2012

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO

RECTOR

MSC. ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO

VICERRECTORA ACADÉMICA

LIC. SALVADOR CASTILLO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA

SECRETARÍA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA

VICEDECANO

LIC. ÓSCAR ANTONIO RIVERA MORALES

SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA

DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

DOCENTE DIRECTOR

AGRADECIMIENTOS

Le agradezco a Dios todo poderoso por permitirme llegar a esta nueva etapa de mi vida y alcanzar una de mis principales metas, la cual he podido lograr siempre de su mano y guía.

A mi madre Lorena Dinora por su apoyo incondicional, su incansable trabajo por brindarme lo necesario y estar ahí cuando la he necesitado, dándome sus consejos y regaños, gracias a los cuales he logrado este nuevo logro en mi vida.

A mi padre Ovidio Erazo, quien durante el transcurso de este proyecto, fue mi apoyo incondicional.

A mi abuela Paula, a mis hermanos: Julio, Carla y Yasmin; a mis tíos y primos, a Milton, a todos por el apoyo incondicional y confianza que siempre me han brindado.

A mis amigos y compañeros de tesis, que me han acompañado en los buenos y malos momentos, demostrándome que nunca estuve sola y que siempre pude contar con ellos.

Al licenciado Francisco Alberto Granados, nuestro asesor.

GRACIAS A TODOS.

YENI NUBIA ERAZO MENJIVAR

Mis agradecimientos están dirigidos a todas las personas que hicieron posibles lograr esta meta, principalmente:

A DIOS TODOPODEROSO: Por haberme dado la sabiduría y la fortaleza para alcanzar este triunfo, permitiéndome culminar esta carrera, que en los tiempos difíciles pero siempre estuvo conmigo.

A MI MADRE: Hilda Haydee Reyes, mi madre al mismo tiempo, me inculco el deseo de superación; por su cariño, su apoyo, y empeño por ayudarme a ser una persona mejor cada día.

A MI ESPOSA: Patricia Carolina Campos Recinos, por su apoyo y su paciencia a lo largo de toda la carrera.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS: Yeni Nubia Erazo Menjívar y Rene Eduardo Pereira, por todo el tiempo compartido a lo largo de la carrera, por su comprensión y paciencia para superar tantos momentos difíciles.

A MI ASESOR DE TESIS: al Lic. Francisco Granados, nuestro asesor

A TODOS MIS FAMILIARES Y AMIGOS: Quienes siempre estuvieron pendientes a lo largo de este proceso, brindadme su apoyo incondicional.

EN ESPECIAL DEDICO ESTA TESIS A MI HIJO: Axel Aldair Martínez Campos, porque el día que decidí comenzar esta carrera universitaria lo hice pensando en él; en él encontré la motivación y la fuerza necesaria para seguir adelante, para vencer todos los obstáculos que encontré en el camino. Gracias a todos.

VICENTE ANTONIO MARTINEZ REYES

La Gloria y la Honra a Dios Padre todo poderoso, que sin El no soy nadie y junto a El todo lo puedo y nada me detiene, en el nombre de Jesús agradezco este triunfo académico que culmina con años de esfuerzos y experiencias increíbles.

A mis padres Rene Eduardo Pereira y Gloria Azucena de Pereira cuyo esfuerzo y esmero en la vida hizo posible la realización de mi formación académica, espiritual y personal les agradezco las enseñanzas con las cuales edifique mi carácter que me permitió salir adelante y obviar las distracciones y tentaciones que en algún momento se presentaron en mi vida y que pudieron truncar el éxito que ahora obtengo; por su inteligencia, carácter, bondad, amor, sus conocimientos de la vida y de Dios que me motivaron a conseguir de la vida todo lo que me proponga, por ensañarme que lo primero en la vida es la familia.

A mis bellos abuelos que desde el cielo me han acompañado siempre, Pablo Rolando Zavala y Leonor Pereira Vidal (mamanoy) cuyo amor aunque por poco tiempo pude disfrutar marcaron mi vida para siempre y me hubiera encantado compartir estos momentos de mi vida junto a ellos, al menos en físico pues en mi corazón siempre están presentes.

Al resto de mi familia tíos, tías especialmente a mi abuela Bertha Emilia viuda de Zavala y Omar Zavala, pues todos en cada etapa de mi vida han aportado en el desarrollo de mi formación, tanto académica como personal.

A todos mis compañeros universitarios y catedráticos, en especial al licenciado: Francisco Alberto Granados, mi asesor de tesis, quien con su

excelente sabiduría guio por el sendero correcto este trabajo de investigación.

A mis compañeros de tesis, cuyo esfuerzo aportó para la realización de esta investigación.

Y finalmente pero no menos importante a mi novia Karla María Escobar Melgar, quien me motivó y me apoyó en las labores concernientes a este trabajo de investigación.

RENE EDUARDO PEREIRA ZAVALA

INDICE

INTRODUCCION.	I
CAPITULO I.-	1
1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.	1
1.1 GENERALIDADES.	1
1.1.1 Medidas Cautelares.	4
1.2 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.	7
1.2.1 Medidas Cautelares Personales.....	9
1.2.2 Medidas Cautelares Patrimoniales.	12
1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	13
1.4 MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.	17
1.4.1 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL DE 1973.	19
1.5 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	24
1.6 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	26
1.6.1 Principios que Informan la Adopción de las Medidas Cautelares.	27
1.6.2 Presupuestos de Adopción de Las Medidas Cautelares.	32
Presupuestos materiales o sustantivos.	32
Presupuestos formales.	34
1.7 LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL QUE ENUMERA NUESTRA LEGISLACION SALVADOREÑA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.	35
1.7.1 La Citación o Detención del Imputado.....	36
1.7.2 Caso Especial de la Detención Para Inquirir.	39
1.7.3 Detención en Flagrancia.	40
1.7.4 Por la Fiscalía General de La Republica.	42
1.7.5 Orden de Restricción.	42
1.7.6 Detención Por Orden Judicial.....	43
1.7.7 Otros Casos de Aprehensión u Aprensión sin Orden Judicial.	43
1.7.8 Detención por el Termino de Inquirir.	44
1.7.9 Detención Provisional.	45
1.7.10 Otros casos de Detención Provisional.....	46
1.8 PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.	47

1.9 APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.....	48
1.9.1 Internación provisional.	49
1.10 FORMA Y CONTENIDO DE LA DECISIÓN	50
CAPITULO II.	52
2. FUNDAMENTO DE LA EXISTENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.	52
2.1 MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD AMBULATORIA DE MANERA EXTREMA: DETENCIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA.	55
2.1.1 Detención:.....	55
2.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	63
2.2.3 Características:	64
2.3 LA PRISION PREVENTIVA Y SANCION PUNITIVA.....	66
2.4 LA PRESUNCION DE INOCENCIA.....	71
2.4.1 Derivación de la Presunción de Inocencia de la Dignidad de la Persona y de los márgenes de Libertad de esta.	72
2.4.2 Polémica Terminológica.	73
2.4.3 Naturaleza Jurídica.	73
2.4.4 Concepto del Derecho la Presunción de Inocencia.	74
2.4.5 Eficacia y Alcance de la Presunción de Inocencia.....	75
2.4.6 Presupuestos Formales y Materiales para destruir o Enervar la Presunción de Inocencia.....	77
CAPITULO III	81
3. LA CONSTITUCION Y LEYES SEGUNDARIAS EN LA REGULACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	81
3.1 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA.	82
3.1.1 Definición.	82
3.2 PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	83
3.2.1 Tutela Legal y Efectiva.....	86
3.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	87

3.4 PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD	88
3.4.1 Habeas Corpus.	88
3.5 PRINCIPIO PRESUNCION DE INOCENCIA.	90
3.6 DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SE DERIVAN LOS POSTULADOS SIGUIENTES:	92
3.7 LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	93
3.7.1 Detención por Inquirir.....	94
3.7.2 Prisión Preventiva.	95
3.8 NORMATIVA INTERNACIONAL.....	95
3.8.1 La Presunción de Inocencia regulada en los Tratados Internacionales.	95
3.8.2 Derechos y Garantías del imputado reconocido por el Derecho Internacional y Violentado al momento de decretar las Medidas Cautelares, específicamente la Detención Provisional en el Proceso Penal.	96
3.9 JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL SOBRE LA FALTA DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ONSTITUCIONAL.	98
3.10 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.....	99
3.10.1 Incidencias del Irrespeto a la Presunción de Inocencia.	105
3.10.1 Jurídicos.	106
3.10.2 Sociales.	106
3.10.3 Económicos.	108
3.11 ANÁLISIS FINAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA.	109
CAPITULO IV	112
4. LAS MEDIDAS CUATELARES DE CARÁCTER PERSONAL.....	112
4.1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.....	112
4.1.1 Cesación a la Libertad Ambulatoria y a la Presunción de Inocencia.	118
4.2 LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LA DETENSION PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR A IMPONER.....	120

4.3 LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA ESTRICTA PROTECCION DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO.	126
CAPITULO V.	135
5. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y ANEXOS DEL TRABAJO.	135
5.1. CONCLUSIONES.	135
5.2 RECOMENDACIONES.	138
BIBLIOGRAFIA	142
ANEXOS	146

INTRODUCCION.

El presente trabajo está referido al estudio de las medidas cautelares de carácter personal como una de las formas que más vulnera el derecho personal de la libertad ambulatoria del país. La figura de las medidas cautelares se ha aplicado en El Salvador como una forma de asegurar el resultado del proceso sin estar contempladas en el ordenamiento jurídico penal, siendo incorporadas recientemente y encontrándose el mismo cuerpo normativo que la institución encargada de solicitarlas es la Fiscalía General de la República y correspondiendo a los jueces su aplicación, quedando los criterios para su aplicación, a su libre albedrío. Con este trabajo de investigación se quiere aportar a la comunidad jurídica, para que puedan ampliar sus conocimientos acerca de las medidas cautelares como figura eminentemente procesal, y de la violación de derecho, que origina su aplicación.

Este tipo de medidas son impuesta sin tener la seguridad de la existencia del delito y de la persona que ha participado en él, por lo que afirmamos que no solo se violentan el principio de libertad ambulatoria, sino que van mas allá, pues concatenado a la violación de este derecho, se vulneran otros derechos y garantías, puesto que se afecta de manera desproporcional a las persona en su imagen.

Ya que hay otros principios que resultan lesionados tal como es el Honor de la personas, al ser puesto al escrutinio de la sociedad por medio de la medios de comunicación, que de manera arbitraria, en un momento en el cual debe prevalecer el principio de inocencia, encontrando en esta situación jurídica una visible colisión de verdaderos principios constitucionales, los cuales tiene el mismo valor entre si.

El profesional de derecho, no solo debe conocer los valores morales, sino más bien debe ser practicante de los mismos, razón por la cual debe orientar todo sus conocimientos para hacer prevalecer la justicia.

El **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA** puede sintetizarse de la siguiente manera:

Las medidas cautelares de carácter personal constituyen una figura jurídica procesal, que tiene como consecuencia, la restricción, limitación y hasta supresión de derechos fundamentales, tales como la libertad ambulatoria, de expresión y otros.

Dentro de las medidas cautelares de carácter personal que contiene la legislación salvadoreña podemos citar las siguientes:

La citación, la aprehensión, la detención, imposición de fianza patrimonial o de otra especie.

Se pretende con la implementación de las medidas antes mencionadas prevenir la consecución de un determinado fin, o impedir lo que pueda dificultarlo, en nuestro caso, lograr la restricción de la libertad ambulatoria, de expresión y de voluntad por lo cual es necesario preguntarse:

¿Violenta el derecho a la libertad ambulatoria o cualquier otro derecho fundamental consagrado en la constitución de la república, las medidas cautelares personales?

Con respecto a la interrogante anterior, es indiscutible que, al aplicar una medida cautelar de carácter personal, se coarta el derecho a la libertad

a un cuando el propósito ulterior no sea ese, si no el de servir al cumplimiento de los fines del proceso penal.

Por lo cual es importante determinar si esa limitación a la libertad es indispensable para poder asegurar que el imputado no interfiera con las reglas del debido proceso, o que la sentencia pronunciada al final del proceso en caso de ser condenatoria se vuelva una simple declaración que no pueda ejecutoriarse.

Ya que es de recordar que la libertad es un derecho inherente al ser humano, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, que en este caso entra en conflicto con una figura de carácter procesal que pertenece a la ley secundaria; lo que nos lleva a pensar que en la práctica prevalece una disposición procesal de orden penal sobre disposiciones constitucionales.

Con el propósito de esclarecer este dilema, hemos decidido iniciar este trabajo de graduación, ya que consideramos relevante encontrar el punto de equilibrio en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la superioridad del derecho a la libertad y la necesidad de establecer precauciones en el proceso penal que ayuden al desarrollo eficiente del mismo.

A sí mismo, con el propósito de determinar si la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal representan un agravio del derecho a la libertad, debemos estudiar cual fue el criterio de creación de la ley que los legisladores utilizaron para instaurar este tipo de medidas; cual es su razón teleológica de su creación, y sobre todo si no existe una alternativa con la cual el desarrollo del debido proceso pueda ser garantizado.

Ya que con la aplicación de las medidas cautelares de carácter personal indudablemente se vulnera el derecho a la libertad, y como consecuencia el principio de presunción de inocencia de toda persona, establecido en nuestra legislación y en la legislación internacional, es necesario revisar la legislación y que esta sea aplicada adecuadamente.

Puesto que a través de ella se mantiene en privación de libertad a los presuntos culpables, y dicha privación puede durar hasta un periodo de tiempo de dos años en nuestra legislación positiva, un lapso demasiado prolongado y cuyos efectos pueden deteriorar en su totalidad la dignidad del sujeto, su vida cotidiana, su familia, su ambiente laboral.

Ya que si a una persona se le mantiene en privación de libertad durante dos años sin haberse demostrado su culpabilidad, indudablemente sigue siendo inocente y con la posibilidad que al final del proceso no se logre comprobar su responsabilidad, sin embargo esos dos años de suspensión de sus actividades diarias, representan un agravio para su existencia, el gasto económico en concepto de representación legal, lo que dejo de producir por mantenerse sin actividad laboral, y el deterioro a su imagen en los ámbitos morales, familiares y laborales son imborrables e injustos.

Por lo cual es necesario determinar, cuál sería el periodo de tiempo considerable, para la imposición de una medida cautelar que vaya dirigida a la restricción del derecho a la libertad ambulatoria de una persona a quien se le imputa la comisión de un determinado delito.

Puesto que es necesario por una parte analizar el tiempo que el fiscal necesita para construir la culpabilidad del imputado, y por otra que ese tiempo de restricción a la libertad ambulatoria cause el mínimo daño a la

dignidad y la vida del imputado, de manera que dicho tiempo armonice con los dos escenarios y sea lo menos perjudicial para el estado y para el imputado.

Ya que los gastos que el estado debe subsumir durante el tiempo que el imputado pertenece en privación de libertad aumenta significativamente cuando el tiempo es demasiado prolongado y a su vez los gastos del proceso se ven incrementados, de la misma manera los gastos económicos por los cuales debe correr el imputado son bastante elevados, gastos por los cuales el Estado de El Salvador no responde y al final son subsidiados por el imputado.

El objeto de este trabajo de graduación gira en torno de aquellas personas que, son objeto de imputación y a las cuales se les aplica una medida cautelar de carácter personal, pero que al final del proceso mantienen su calidad de inocentes, consecuentemente la medida cautelar impuesta resulta injusta y la misma como una sentencia previa al proceso que resulto improcedente.

Con este trabajo se pretende dejar claro que el Estado es el responsable de la administración de Justicia por medio de los tribunales, a el le corresponde decidir si una persona es responsable de la comisión del delito basándose en las pruebas vertidas en juicio, y por lo tanto deberán buscar que el Estado en su afán por aplicar justicia, no hagan violaciones de derecho, sino mas bien que se siga un proceso justo.

En el cual las instituciones del Estado cumplan un papel profesional que las permita en corto tiempo determinar el grado de participación de una persona en un delito, evitando que estos sean privados de libertad y enviado

al culpable a prisión; lugar que esta reservado para aquellas personas que haya cometido una acción, típica, antijurídica y culpable, y no para aquellas que simplemente sea objeto de imputación, ya que dicha situación debe ser comprobable en la fase final de proceso penal, lo que lógicamente nos hace pensar que antes de este tiempo, privar de su libertad ambulatoria a una persona es una clara practica de violación de derechos por parte del Estado.

La sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia, en sus resoluciones ya se ha referido a la aplicación de este tipo de medidas, como una forma de restringir el derecho de libertad, lo que nos obliga a preguntarnos en estos casos quien es el sujeto pasivo y quien el sujeto activo? De que y mas grave aun cuando afirmamos que la consecución del Estado está dirigida a garantizar el goce de todos los derechos y al aseguramiento del mismo, siendo esto los que nos ha motivado a realiza este trabajo como una forma de ayudar a la sociedad, para que asimili y reaccione frente a este fenómeno tan preocupante.

El profesional del derecho se encuentra en la obligación de hacer cumplir la justicia, en forma íntegra, así que debe hacer un análisis integral del ordenamiento jurídico, por lo tanto debe salir de la normativa interna y apoyarse en los instrumentos jurídicos internacionales, los cuales son aplicables En el salvador.

Las Medidas Cautelares tienen su origen en un momento histórico el cual es traído a nuestra investigación, con el fin de conocer la concepción de esta figura procesal, su forma de aplicación en los diferentes proceso, así hacemos un análisis de las diferentes definiciones que nos regalan autores que tratan sobre el tema, los cuales nos ilustran de manera puntual y detallada la forma en la cual este fenómeno se ha venido desarrollando.

Las medidas cautelares no son propias del derecho Procesal penal, su origen lo encontramos en materia civil, pero es en el primero en donde se afectan derechos personales los cuales tiene mayor jerarquía de protección, las medidas cautelaras tienen su propia clasificación encontramos Medidas Cautelares Patrimoniales, y Medidas Cautelares personales, siendo estas últimas el objeto de nuestra investigación. Entre las medidas cautelares Personales estudiaremos La citación, Arresto Domiciliario, La privación de Libertad, detención en flagrancia, detención administrativa, detención por el termino de inquirir, y otras, en este estudio veremos que no todas estas figuras son medidas cautelares propiamente dichas, puesto que debemos de recordar que esta es una figura procesal, que tiene su momento durante el desarrollo del proceso, y excepcionalmente otras se aplican antes del inicio del proceso; así mismo presentamos un estudio superficial de las medidas cautelares patrimoniales, pues estas no son objetos de nuestra investigación.

Las medidas cautelares tiene sus propias características, entre ellas la Provisionalidad, que está referida a la vida limitada que esta tiene; la Instrumentalidad que se aplica para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

Aparte de su característica la figura de las medidas cautelares tiene un conjunto de principios que regulan su aplicación, puesto que La imposición de una medida cautelar está sujeta a principios de naturaleza restrictiva, de entre los cuales destacamos: Principio de Legalidad: la medida cautelar debe adoptarse con arreglo a la ley, tal y como lo prescribe el artículo 13 de nuestra constitución. En definitiva, los jueces que han de acordar las medidas, están generalmente sometidos a la ley, cuando desempeñan la labor jurisdiccional. Se desprende igualmente de los artículos 11 y 12 de la constitución Principio de idoneidad, supone que la medida cautelar, debe

ser apropiada para lograr el fin que con ella se persigue; y si el fin es proteger la realización del proceso la medida debe guardar una proporción con el mismo; Principio de intervención mínima: la medida cautelar en cuanto restrictiva de derechos individuales, debe durar lo imprescindible y debe tener un contenido limitado ajustado al solo efecto de su finalidad, para que no vengan a significar penas anticipadas, que incluso pudieran superar las penas luego impuestas.

La doctrina regula dos presupuestos materiales o sustantivos, a tomar en cuenta para la aplicación de las medidas; encontramos el “Famulus boni iuris”, este trata de la apariencia del buen derecho ejercitado, y “Periculum in mora”, consiste en un juicio de probabilidad por el que se verifica el alto riesgo que, durante el desarrollo del proceso, el imputado trate de evadir la justicia, ocultando elementos de prueba que puedan ser utilizados para comprobar su culpabilidad, o simplemente fugarse del país, por otra parte encontramos presupuestos formales entre estos tenemos que la medidas cautelares deben ser decretadas por Autoridad Judicial; y que requieren resolución motivada,

Esta investigación finaliza haciendo referencia al estudio que la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia ha hecho sobre la base del articulo 331 inc. 2 del código procesal penal, en el cual los recurrentes establecen que dicha disposición es una transcripción del articulo ahora derogado y que por la misma circunstancia este debió ser declarado inconstitucional ya que se contraponen a lo que son los artículos 11, 12, y 13 de nuestra carta magna, y es así como los encargados de velar porque se cumpla la constitución hacen el estudio necesario y determinan la inconstitucionalidad o no de dicho postulado. Siendo así como agregaremos dicha sentencia en la parte final de este trabajo.

ENUNCIADO DEL PROBLEMA.-

¿DEBEN RESTRINGIRSE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL, CON EL PROPÓSITOS DE TENER CONCORDANCIA ENTRE LOS FINES DEL PROCESO Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES?

DELIMITACION TEMPORAL Y TEORICO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACION.

DELIMITACION ESPACIAL.

La presente investigación se limitada al estudio de la aplicación de las medidas cautelares, dentro del territorio salvadoreño, únicamente será objeto de estudio el hacer judicial que se realiza en el Salvador.

DELIMITACION TEMPORAL

En cuanto el tiempo en el cual circunscribiremos la presente investigación, será dentro del periodo comprendido entre el uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil diez.

DELIMITACION TEORICO CONCEPTUAL

Los conceptos a difundir en el presente trabajo de investigación se enmarcan al derecho procesal y específicamente en la rama del derecho penal, puesto que es una investigación eminentemente procesal penal, consecuentemente las teorías, conceptos y criterios a utilizar serán propios del ámbito penal.

CAPITULO I.

1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.

1.1 GENERALIDADES.

En el proceso penal vigente, encontramos como novedad, las denominadas medidas cautelares, las cuales en un principio podemos decir que su fin es garantizar el desarrollo del proceso penal; de manera que la sentencia pueda ser ejecutoriada sin obstáculos ni irregularidades.

Este tipo de medidas son variadas y por tanto afectan o pueden afectar diferentes derechos a aquel al que se le aplican; pues se le puede limitar desde su libertad ambulatoria hasta los bienes que posee.

Estas limitantes, muchas veces resultan en la práctica como abusos por parte de los aplicadores de justicia, pues al detener a una persona, limitando su libertad ambulatoria, con el pretexto que este evada el proceso penal y la consecuente sanción del mismo; sin embargo, el costo de lograr el desarrollo del proceso sin interferencias de ningún tipo por parte del imputado es jurídicamente inaceptable.

Puesto que, pueden cometerse ilegalidades que perjudiquen al imputado; pues si el tiempo de investigación del hecho se prolonga de manera excesiva y mientras tanto el imputado permanece privado de su libertad, indiscutiblemente se está sometiendo a una sanción anticipada, la cual únicamente podría ser legal a través de una sentencia definitiva, dictada al finalizar el proceso, sin embargo como podemos apreciar en la aplicación de las medidas cautelares, estas se efectúan al inicio del proceso, e incluso en las etapas donde el proceso no a iniciado formalmente.

Esta es una realidad que actualmente se manifiesta en nuestro país; ya que es tan débil la base legal de la medida cautelar, que nuestra legislación establece que el tiempo de duración de una medida puede ser hasta el máximo de la pena que se pudiera aplicar por el delito que se le atribuye al imputado, de esta manera observamos que el legislador confunde medida cautelar - la cual es una figura procesal provisional que únicamente cumple con la función de evitar que el imputado se fugue o interfiera con el proceso - con sanción penal, que busca hacer que el imputado de cierta forma pague por su responsabilidad frente a la sociedad, es decir, que son dos figuras jurídicas totalmente diferentes, pues, la medida cautelar es aplicable a personas con calidad de inocentes y la sanción penal es para personas cuya culpabilidad ha sido demostrada; por lo cual el legislador no debió de complementar una con la otra en una misma disposición jurídica.

Este es un ejemplo de lo mal ubicadas que se encuentran las medidas cautelares en nuestra legislación, pues, tanto las de carácter personal como las patrimoniales, han sido puntualizadas sin detallar su naturaleza y la forma en la cual deben ser aplicadas.

En razón de los anterior, se puede establecer que no únicamente las medidas cautelares de carácter personal restringen derechos naturales establecidos en nuestra constitución de la república, ya que así como la libertad ambulatoria se ve restringida, también el patrimonio de los individuos se vulnera, con la finalidad de ser utilizados como medida de presión para lograr someter al imputado, y esto se manifiesta como un chantaje judicial, para desesperar al imputado, podría ser catalogada esta practica como una tortura moderna, lo que es jurídicamente reprochable, ya que de esta manera se vea restringido en las decisiones que pueda tomar en razón de la situación jurídica que pueda presentársele.

A diferencia de otras legislaciones que regulan las medidas cautelares de acuerdo a la naturaleza de los hechos tipificados en la ley, la nuestra las retoma en un solo título sin hacer diferenciación alguna; Lo cual genera la posibilidad de cometer injusticias al aplicar independiente del delito cometido cualquier medida cautelar; pues al aplicar la medida cautelar personal denominada : detención provisional, esta se equipara a una sanción penal; la cual consideramos no debería ser aplicada de manera indiscriminada a imputados cuya calidad de inocencia aun no ha sido desvirtuada; es decir, que debería de clasificarse tomando en consideración uno de sus principios rectores que es el de excepcionalidad o sea, únicamente para aquellos casos en que es indispensable su aplicación y de manera provisional.

Con el antecedente mencionado, es importante hacerles un orden de tal suerte que sea más comprensible su aplicación y naturaleza. Aunque este no es el fin de nuestro trabajo, se hará un intento de realizarlo.

Ahora bien, siendo la parte principal de esta investigación, el establecer si el tiempo que se da para que una persona permanezca en detención a causa de la aplicación de una medida cautelar es excesiva; es necesario en primer lugar, definir las medidas cautelares de carácter personal en el proceso.

Las medidas cautelares de carácter personal, representan una limitante al derecho natural e inherente de la libertad ambulatoria, puesto que los efectos de estas van dirigidos a privar de libertad a los individuos que son objeto de investigación; con el propósito de asegurar el desarrollo del proceso, y la ejecutoriedad de la consecuente sentencia. Pues de nada valdría iniciar un proceso si en su culminación al dictar sentencia esta únicamente surtiera efectos meramente declarativos sin posibilidad de consumarse.

Sin embargo, al ejecutar este tipo de acciones siempre existe la posibilidad de vulnerar ese derecho tan preciado de la libertad ambulatoria, ya que al detener de manera provisional a un individuo al que la ley le otorga la calidad de inocencia; la cual únicamente puede ser desvirtuada con una sentencia firme y definitiva, emitida por un juez competente; nos lleva a concluir que cualquier restricción de libertad ambulatoria, independientemente del tiempo que sea, representa para la persona una situación injusta, pues se sanciona a quien aun no se lo merece.

En el sentido apuntado, examinamos algunas definiciones doctrinarias, que nos ayudaran a entender la esencia de las medidas cautelares, como también su naturaleza, y establecer si en realidad existe una aplicación concordante a los propósitos y objetivos de estas.

1.1.1 MEDIDAS CAUTELARES.

La palabra medida cautelar, etimológicamente, significa prevención, precaución, disposición; a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo.

En el campo jurídico, se entiende como tales a, aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

Las medidas cautelares son aquellas resoluciones emanadas por el órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su calidad de imputado y, de otro, de su ocultación personal o patrimonial en

el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia.¹

También pueden ser definidas, “como aquellas diligencias procesales, ordenadas por el juez competente, con carácter provisional, que, incidiendo en la libertad o el patrimonio de los imputados, van destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio de los presuntos responsables y, en su caso, la ejecución de la sentencia”².

Según lo que establece Martínez Bosto en su obra titulada “Medidas Cautelares” son actos procesales que se adoptan antes de deducir la acción penal o después de ella, para resguardar bienes o situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella, con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva recaiga en el proceso.

Los tres autores anteriormente mencionados se refieren a las medidas cautelares como acciones preventivas a través de las cuales las autoridades competentes aseguran la efectividad del proceso y se adelantan a posibles hechos que pueden perturbar el sano desarrollo del debido proceso judicial que se emprende, y además lograr el cumplimiento de la responsabilidad penal, que puede derivar de una sentencia condenatoria que se pronuncia al final del proceso.

No obstante, los autores no han determinado de que manera la aplicación de dichas medidas cautelares afectan el contenido de la

¹ Derecho Procesal, Tomo II, Vicente Gimeno Sendra, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch. Pag 354-355.

² Derecho procesal Penal Salvadoreño, primera edición, Junio 2000, Edición Justicia de Paz, pag.784.

presunción de inocencia, puesto que la vida de una persona se está afectando para ser provisionalmente privada de libertad, sin que antes se haya destruido la calidad de inocente que desde el momento de su nacimiento ampara a todo ser humano.

A su vez al someter a prisión a una persona aún siendo de manera provisional, se le está vulnerando un derecho natural y superior como es la libertad en su forma ambulatoria, es decir, la capacidad de desplazarse libremente hacia donde la voluntad del individuo lo decida, sin más restricción que el respeto al derecho ajeno.

Por lo cual sería prudente, no únicamente señalar el propósito de existencia de una medida cautelar, sino también establecer de qué manera se lograra generar “una coexistencia” entre esta figura tan necesaria y el derecho constitucional sustantivo, que determina la libertad en su apartado de derecho fundamentales. De igual manera consideramos imprescindible señalar puntualmente en qué casos y bajo qué condiciones es necesario privar de libertad provisional a una persona, y cuáles son las medidas cautelares colaterales que puedan ser utilizadas para no perturbar el contenido del principio de inocencia del imputado.

Otro aspecto observado en las definiciones anteriores es que no establecen el tiempo durante el cual una detención se considera provisional y en que momento deja de serlo, para transformarse en detención definitiva. Analizando nuestra legislación penal, encontramos que el tiempo máximo por lo cual una persona puede pasar detenida por una medida cautelar es hasta dos años, lo cual, nos parece sumamente excesivo pues constituye una sanción penal que va dirigida a una persona que es objeto de una investigación, no obstante que la ley exige, requisitos mínimos para proceder

a este tipo de detención; como la existencia de suficiente evidencia de la participación en un hecho delictivo, lo cual no implica culpabilidad. Dos años de privación de libertad, definitivamente implican una sentencia adelantada de mayor dureza que la impuesta a un sujeto al que se le ha establecido la culpabilidad; pues en el primer caso, el efecto psicológico de estar detenido, tratado como culpable y considerado por la sociedad como tal, genera la total derrota de una persona promedio, a quien se le sustrae de su vida cotidiana y se le introduce en el mundo de las “evidencias” y “comprobaciones judiciales” con la única justificación de ser un “mal necesario” para poder hacer funcionar el sistema penal.

Y en el segundo caso resulta más fácil comprender que se cometió un delito el cual fue sometido a un proceso en el que se respetaron garantías y derechos mínimos de un debido proceso, y durante el cual el imputado a través de una investigación en la que poco a poco se desvirtuó su inocencia le genera la culminación de una sentencia.

1.2 TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares iniciaron como una figura propia del derecho civil, así pues, a manera de ejemplo: tenemos que en Roma se manejaba la figura del embargo para solventar el pago que le correspondía al acreedor, de tal manera que se sustraía una posesión del deudor que servía como pago de la deuda, realmente no era una medida preventiva, pues consideramos era más bien un castigo hacia el deudor.

En este sentido las medidas cautelares eran de carácter patrimonial pues recaían directamente en el patrimonio de los individuos como forma de

garantizar una determinada obligación, eran estrictamente un mecanismo para obtener el pago que se encontraba en mora, por lo cual no representaban cautela en contra del deudor si no mas bien una exigencia.

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

Con el paso del tiempo, a través de la evolución de las medidas cautelares, la cual no se explicara en este momento ya que subsiguientemente será objeto de desarrollo; únicamente es preciso señalar que se han generado dos tipos de medidas, de las cuales para objeto del presente trabajo nos interesan las de carácter personal, pues la motivación primordial de esta investigación es el respeto a la libertad ambulatoria.

En este orden de ideas es preciso mencionar que las medidas cautelares de carácter personal están orientadas a la restricción de la libertad ambulatoria, ya que su objeto es detener provisionalmente al imputado, prohibiéndole desplazarse libremente mientras se investiga su participación en un delito.

La legislación salvadoreña a entendido que únicamente es posible, el propósito legal arriba mencionado, es decir el desarrollo integral del proceso sin irregularidades mientras el imputado se encuentre privado de su libertad ambulatoria, con el propósito de que no interfiera en el desarrollo del proceso, ni evada la sentencia.

Es en ese sentido que siendo las medidas cautelares el instrumento por medio del cual se limita provisionalmente la libertad, y además la libre disposición de los bienes, para garantizar los efectos penales o civiles que provengan de una resolución judicial de carácter definitiva, estas fueron catalogadas y divididas en dos grupos, con los cuales se permitiese y exigiera, a su vez esta separación posibilitaba diferenciarlas y de esta manera aplicarlas según el caso lo exigiera de esa manera

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

1.2.1 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Las medidas cautelares personales son instrumentos utilizados por el juzgador, para asegurar la comparecencia del imputado en todas las etapas del proceso; así también para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

Este tipo de medidas cautelares son consideradas coactivas ya que pueden ejecutoriarse mediante la fuerza, que afectan o limitan los derechos que se encuentran garantizados constitucionalmente; dichas medidas deben ser aplicadas de manera excepcional, y reguladas categóricamente para evitar una mala aplicación;

Y no atentar así con el artículo 12 de la constitución que consagra el principio de inocencia de toda persona. Este principio que es concordante

con el artículo 6 del código procesal penal, en el cual se establece que la aplicación de las medidas cautelares es de carácter excepcional, debido a que el derecho que se restringe es la libertad del imputado,

Por lo tanto deberá ser proporcionada, sin exceder el tiempo señalado para la pena prevista. No obstante en la práctica actual de nuestro país, las medidas cautelares han dejado de ser excepcionales y se han convertido en una regla del proceso penal; puesto que su aplicación es de carácter obligatorio y siempre aparece en el inicio de una investigación.

Para lograr una mejor comprensión de las medidas cautelares, en razón de su aplicación, se debe analizar su aplicación de acuerdo al tipo de acción penal.

Tres son las formas de acción penal que nuestra legislación penal permite, y se encuentran establecidas en los artículos 17, 27, 28 y siguientes del código procesal penal, siendo estas:

- Acción Publica
- Acción Pública previa Instancia Particular y,
Acción Privada.

Al revisar la jurisprudencia de diferentes tribunales en materia penal, se puede observar que en ninguna de las sentencias emitidas en cuanto a delitos de acción pública se ha dejado de aplicar la detención provisional.

En cuanto a la acción pública previa instancia particular, existe una proporcionalidad en los casos que se aplica la detención provisional

Y finalmente la acción privada, en razón al tipo de delito, es nula la aplicación de las medidas cautelares, puesto que es raro que exista posibilidad de una condena privativa de libertad, consecuentemente en estos casos las medidas cautelares no se aplican.

Con respecto a lo anterior, puede llegarse a la conclusión que de manera discreta los aplicadores de justicia han adoptado un criterio de aplicación, respecto a las medidas cautelares personales únicamente para aquellos casos considerados como mas graves, lo cual seria tentativo al derecho de igualdad, ya que en todas las formas de acción penal y en todas las categorías de delito, los imputados objeto de atribución penal, son inocentes mientras se les compruebe lo contrario.

Y como ha sido explicado anteriormente la medida cautelar personal debe ser una alternativa de última ratio, previo examen de las características circundantes del imputado y la posibilidad de riesgo de fuga o alguna intervención con el propósito de desestabilizar el proceso o de tergiversarlo y así sacar provecho.

Las medidas cautelares personales inciden en la libertad de la persona. El derecho a la libertad es un derecho fundamental inseparable de la persona, de su dignidad humana, condición y presupuesto necesario para el ejercicio de las demás libertades públicas. No es, en consecuencia, un derecho concedido por el Estado, sino un derecho previo al mismo, reconocido luego por la constitución.

Por lo tanto, resulta elemental que el titular de este derecho sea la persona individual, sin distinción de ningún tipo; consecuentemente, el garante de este derecho es el Estado; así lo recoge la constitución en su

artículo 1 al señalar que: “en consecuencia, es obligación del estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad...”. De ahí la importancia de señalar la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Y los jueces, son quienes tienen la mayor obligación de preservar ese derecho, como principio de actuación, a la hora de la fase de instrucción.

1.2.2 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES.

Las medidas cautelares patrimoniales también son denominadas reales, las cuales están destinadas a asegurar el contenido preparatorio o resarcitorio de la sentencia, a fin de restablecer eficazmente, y en la medida de lo posible, el perjuicio irrogado a las víctimas del delito, tales medidas son: la fianza, cauciones, embargos, depósitos, precintos y otros; las que en su totalidad por la naturaleza del presente trabajo es irrelevante desarrollar, ya que el enfoque está dirigido a las medidas cautelares de carácter personal, sin embargo por razones de mejor entendimiento de la naturaleza de las medidas cautelares es apropiado explicar en qué consisten dichas medidas cuando se refieren al patrimonio de las personas.

Su función específica es la de conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas y valoradas en su justa medida y forma por el órgano judicial competente, para su conocimiento y fallo. Siendo así, no son verdaderas medidas cautelares, ya que tienen una tendencia a evitar el *periculum in mora*, y además, a posibilitar la ejecución de la sentencia sin demora, logrando así la aplicación de la justa y pronta justicia; si no que son simplemente medidas de aseguramiento y conservación de bienes y cosas que deberán ser apreciadas por el tribunal con posterioridad.³

³ Derecho Procesal, Tomo II, Vicente Gimeno Sendra, Tercera Edición, Tirant Lo Blanch. Pag 396

Muy importante, para efectos entender el propósito de este trabajo de investigación es hacer la diferencia de este tipo de medida cautelar con las de carácter personal, pues son totalmente diferentes, y además el presente trabajo de investigación se enfoca en el análisis de las segundas, en ese sentido es vital expresar que las medidas cautelares patrimoniales representan una cautela dirigida a preservar el estado físico de los bienes, con el propósito de presentar un panorama más amplio al tribunal, del origen de estos, para determinar a quién corresponde el dominio de los mismo, a diferencia de las segundas cuya existencia está motivada para prevenir posibles irregularidades en el proceso penal.

1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Los mecanismos procesales tendentes asegurar la eficacia de una resolución judicial, denominados hoy en día por la doctrina Como “Medidas Cautelares”, han pasado por un proceso evolutivo a lo largo de la historia.

Con el surgimiento de la doctrina moderna, a través de los aportes proporcionados por Ramírez, Bremberg y Kisch, quienes se inclinaron por establecer el objeto de estudio de estos mecanismos procesales (medidas Cautelares), concluyeron que su objeto es “Impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la Justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión Verbal.

Pero para poder dar un acabado significado a las medidas cautelares personales en el proceso penal, es necesario primeramente, definir las en el aspecto procesal civil, pues su definición partió en una primera instancia en éste ámbito, derivando posteriormente al ámbito penal.

Enrique Falcón sostiene que las medidas cautelares como tal empezaron a ser estudiadas en la doctrina alemana a fin del siglo XIX, considerándolas pertenecientes exclusivamente al proceso ejecutivo

Con el paso del tiempo, la Doctrina Italiana se configura la autonomía cautelar como una materia tratándose en un inicio los procedimientos como incidentes procesales de naturaleza extraordinaria y provisoria⁴

La Estabilidad de las Sociedades antiguas, se acomodaban relativamente bien a una larga duración del proceso, soportando de forma paciente la tramitación del mismo; sin embargo desde entonces han existido instituciones jurídicas tendentes a proteger el buen fin del proceso, las que han servido de fundamento para la creación de las Medidas Cautelares. Así podemos Señalar Dichas Instituciones tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Español Antiguo.

En cuanto a las medidas cautelares patrimoniales tenemos en el derecho Romano.

La pignoris capio: constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis acciones y consistían en la toma de un objeto realizado por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado.

En otras ocasiones, en las pignoris capio intervenía un magistrado, con la intención de aprovecharse de su poder de imperio y utilizaba el embargo como un castigo para quitarles bienes a quienes los desobedecían.

⁴ Falcón Enrique M. Derecho Procesal Civil, Comercial. Laboral Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. Edición 1978.p.355

Otras figuras primitivas que dieron vida a las medidas cautelares en el proceso civil actual fueron las siguientes:

Procedimiento Formulario, llamado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño en presencia y con la colaboración de las partes en el cual se materializaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda, era como un proceso primitivo, sintetizado que posibilitaba resarcir la deuda,

El secuestro de Bienes: la finalidad de esta es que se tomaba como documento ejecutivo, el procedimiento formulario con el objetivo de que el bien en litigio no pudiera ser enajenado, ni destruido, ni deteriorado, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención.

Del secuestro: en el derecho Español, se encuentran resabios en la ley de las Siete Partidas, que expresamente establecía: “en lo que respecta en materia procesal si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por esta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda”. De lo cabe la prevención que se le prohibía al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Es una gran similitud con el derecho romano.

Es hasta fines del siglo XVII, que la prisión fue considerada como un centro de custodia de detenidos cuya finalidad principal era garantizar la

comparecencia del imputado hasta que llegara la hora del juicio. En este punto se encuentra algo sumamente relevante y es que esta idea se apega al fin principal de las medidas cautelares en la actualidad. En esta etapa no se considera a la Cárcel como un centro de cumplimiento de PENA, “ la cárcel no es dada para escarmentar los yerros mas para guardar los presos tan solamente en ellas hasta que sean juzgados” todo esto inspirado en base a las doctrinas de grandes pensadores como Beccaria, Montesquieu y Rousseau, ellos desarrollaron que el derecho de castigar tiene su fundamento en el pacto social, es decir que el pueblo cede sus propios derechos fundamentales e inherentes a todo ser humano, para que el Estado sea el garante de protegerlos y sea el encargado de mantener el equilibrio y la armonía entre los miembros de la sociedad, con la obligación de garantizar la seguridad jurídica de los miembros que lo integran. Es solo en este punto en que si tiene sentido en hacer que el derecho positivo, sirva como instrumento para garantizar el debido proceso, respetando tanto los derechos de la victima como los del.

En el proceso penal de España también se encuentra la regulación de las medidas cautelares y los artículos que regulan su aplicación, aquí se detallan en forma breve a efecto de tener conocimiento de derechos comparados, ya que cada Estado es soberano en la forma en que desarrollen sus leyes, sin embargo, se advierte que son similares a las leyes nacionales ya que todas parten de los mismos principios, derechos criterios y características.

Afinales del siglo XIX y comienzo del Siglo XX existe la necesidad de reducir el tiempo en la tramitación del proceso y a la vez de asegurar el eficaz cumplimiento de las resoluciones judiciales, estableciendo en las distintas legislaciones como remedio procesal las denominadas “Medidas

cautelares” cuya finalidad es garantizar la efectividad de la sentencia puesta en peligro por la duración del proceso⁵.

1.4 MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo normas de procedimiento, por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, como consecuencia natural existe la posibilidad que realice actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse los actos que conforman el proceso.

En el año de 1942, los representantes de los pueblos comprendidos en la intendencia de El Salvador, y alcaldía mayor de Sonsonate, se reunieron en un congreso constituyente, acordaron y ordenaron la primera constitución. Llamándola “Constitución del Estado del Salvador” (vale aclarar que así fue llamada y no Constitución de El Estado de El Salvador) establecía una remota disposición constitucional acerca de la detención provisional la cual expresaba “ningún salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual debe ser castigado, y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordena la prisión”⁶

⁵ Órgano Judicial-FGR- ministerio de Justicia. Las Constituciones de la republica de El Salvador 1824-1962. Primera Parte. Tomo. IIA. Primera edición. 1993.p 43 y siguiente.

⁶ Constitución del Estado del Salvador, (Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia). Tomo II-A Primera Parte, Capitulo IX Del crimen Art. 62, pag.14

En el año de 1941, se redactó una nueva constitución que reformó a la anterior, en esa constitución se conservaron los derechos consagrados en las Constituciones Federales de 1824 y 1835. Pero en lo concerniente a la detención provisional, establecía lo siguiente “ningún salvadoreño puede ilegalmente ser detenido en prisión y todos tienen derecho a ser presentados ante un juez respectivo, quien en su caso, deberá dictar el auto de exhibición de las personas o habeas”⁷

Lo principal de estas disposiciones se mantuvieron en las constituciones que se redactaron en los años de 1864, 1871, 1872 y 1883

Con la síntesis histórica antes descrita es hasta el 10 de Diciembre de 1948 en que las Naciones Unidas culmina uno de los instrumentos más dignos de respeto, es decir, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la cual El Salvador es uno de los signatarios, en ella se plasman los derechos básicos inherentes a todos los hombres como lo son: derecho a la vida, la libertad y nacionalidad, libertad de pensamiento de conciencia de religión, al trabajo, la educación, a participar en el gobierno. Etc. Es por ello que El Salvador atravesando totalmente ese momento histórico, que en la constitución de 1950 desarrolla en gran medida los Derechos Fundamentales.

Ya que en la constitución de 1950, que se proclama el día 7 de septiembre de ese mismo año, y en la cual se mantenía el corte liberal de las anteriores, se presenta innovadora en algunos sentidos, por ejemplo se cambia la conceptualización de la medida cautelar, y la cual hasta ese entonces era llamada “arresto provisional,” haciendo un cambio en su

⁷ Constitución de 1821, (Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia). Tomo II-A Primera Parte, Título 16 Del crimen art. 83, pag. 38.

denominación con el termino por el cual hoy en día la conocemos “detención provisional”. Y así es llamada en el código de procedimientos penales en ese entonces vigente.

Después de esta constitución se redactó la de 1962 constitución que resultó ser una copia de la anterior, conservado aun la disposición relativa a la detención provisional de la constitución de 19508.

Es hasta la constitución de 1983 que El salvador hace un giro completo, en el proceso de Reforma judicial y Legal y es a finales de esta década, que el código procesal penal de 1973, de origen totalmente inquisitivo tuvo que ser cambiado, tanto en al área de imputados mayores de edad y como la de menores de edad; dicha legislación contenía elementos propios de la doctrina de seguridad nacional imperante en América Latina. El nuevo Proyecto contemplaba una legislación penal más humanista, inspirada en los elementos, principios y valores sobre derechos fundamentales que rigen la Constitución de la Republica.

1.4.1 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL DE 1973.

La Asamblea Legislativa decretó el Código Procesal Penal el 11 de octubre de 1973 y no entró en vigencia hasta el 15 de junio de 1974. Y estaba constituido por cuatro libros.

El primero de ellos determina los órganos que ejercen jurisdicción, y distingue entre lo que debe entenderse por jurisdicción y por competencia.

⁸ Constitución Política de El Estado del Salvador, (Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia). Titulo X, Régimen de Derechos Individuales. Art 166 Inc. 2, pág. 396.

En el libro segundo se comienza con los tres tipos de juicios que contiene el Código, es decir, ordinarios, sumarios y verbales. Luego regula minuciosamente la instrucción, con sus actos iniciales; lo que es la prueba del cuerpo del delito y de la delincuencia; la detención del imputado y su excarcelación.

El libro tercero trata de los recursos, sus trámites y de la ejecución de la sentencia; comprende, así, recursos ordinarios y extraordinarios, de las sentencias en segunda instancia y de las nulidades.

También establece la procedencia y regulación de la libertad condicional, y trata sobre la rehabilitación de los derechos políticos perdidos por sentencia. Finaliza con una breve explicación y establecimiento de los recursos de gracia: amnistía, indulto y conmutación.

El libro cuarto es estrictamente de materia penitenciaria, pues contiene las disposiciones relativas a la vigilancia de los centros penales y de readaptación.

El Código establece en el título preliminar las bases fundamentales del derecho, en ese sentido expresa los principios generales que lo inspiran.

Por su propia lectura estos son: a los que tratan sobre la naturaleza, objeto y clasificación del juicio penal y de los procedimientos especiales; b- el de legalidad procesal; c- el de singularidad del proceso penal; d- el de gratuidad de la justicia penal; e- el de igualdad ante la ley procesal penal; y f- el de aplicación en el tiempo de la ley procesal penal. No es del caso discernir en este momento si doctrinalmente, en realidad, tales enunciados son, o no son, principios procesales penales

Como se observa que en ningún lugar regulaba este código medidas cautelares alguna, estaban totalmente, marginadas por el ordenamiento jurídico penal, por lo cual concluimos que el proceso penal de 1973 no las contemplaba ni mucho menos las aplicaba en razón del tipo de proceso que se ejecutaba

Para algunos este proceso se desarrollaba dentro del marco del llamado proceso penal mixto, que en verdad, era de tipo inquisitivo atenuado por una etapa final que tenía el nombre de contradictoria, denominada plenario, pero que casi nadie utilizaba porque la prueba se recogía desde la etapa de instrucción, situación que generaba parcialidad judicial, y contaminación al criterio del juez, sobre quien recaían muchas atribuciones.

No obstante, el juicio ordinario finalizaba con una audiencia oral en la cual cinco personas legas, llamadas jurados, decidían sobre un veredicto de culpabilidad o de inculpabilidad, único momento del proceso en el cual se da la publicidad y oralidad del juicio.

Esta situación representaba estar en presencia de un proceso cuasi inquisitivo que desconocía las garantías del proceso acusatorio.

Dicho proceso se caracterizaba por la concentración de la jurisdicción en un solo órgano, en cuyo nombre se administraba justicia por delegación expresa del mismo órgano.

Esa delegación de funciones corría desde la cúpula hasta los tribunales inferiores, en los cuales el juez, como administrador, delegaba también en sus empleados y secretario la facultad de interrogar al imputado y testigos, aunque él no estuviera presente.

Además el juez estaba facultado para iniciar y concluir el proceso sin que otro órgano lo incitara a hacerlo; por su parte, el denunciante no estaba obligado a probar lo que afirmaba ni a sostener la acusación durante el juicio. Toda la importancia de este proceso radicaba sobre la instrucción.

Esta fase tenía una preponderancia superlativa: se "tragaba" el juicio y en ella queda decidida la suerte del imputado.

Sin lugar a dudas la reforma penal en El salvador nació de una necesidad política y tuvo forzosamente que evolucionar a una necesidad práctica ya que el sistema inquisitivo del código procesal penal del 1973, se volvía cada días más ineficaz, obsoleto pero sobre todo perjudicial para los imputados quienes eran castigados con disposiciones que permitían abusos judiciales, dejándolos en desventaja. Entre los factores que promovieron el cambio de un sistema inquisitivo a un sistema mixto se destacan:

- a) La necesidad de modernizar los procedimientos jurisdiccionales de la administración de justicia.
- b) La necesaria adecuación del proceso penal a la constitución y la normativa internacional.
- c) La población exigía el respeto a sus derechos fundamentales y garantías procesales.

El proceso de reforma tuvo como objetivo principal y redefinir la investigación del delito entre la policía y la fiscalía la cual tiene la dirección de la investigación, aunque siempre debe tenerse en cuenta que existe la posibilidad muy certera de contar con la intervención y control jurisdiccional

para garantizar el respeto a los derechos fundamentales de la víctima y del imputado, este último definitivamente salió más beneficiado ya que una serie de nuevas medidas con la suspensión de la persecución penal a prueba y conciliación vinieron a dotarlo de un escudo de protección contra sus acusadores.

Otro punto relevante es que incorporo una inmensa gama de derechos fundamentales con el objetivo de que la víctima y el imputado gozaran de una tutela efectiva dentro del proceso.

Entre 1991 y 1996 la constitución de la república fue reformada y esto genero un cambio estructural en el sistema procesal penal salvadoreño, ya que el proceso penal evoluciono de un sistema mixto, que había demostrado muchas falencias a uno del tipo “acusatorio adversativo” o al menos se pretendió alcanzar este tipo de progreso intentando instaurar este tipo de proceso, que surgía como una esperanza de cambio cualitativo, en donde tiene preeminencia el juicio oral. Se estableció una separación en los sujetos procesales y en las funciones que estos realizarían, sustrayendo funciones al juez para evitar contaminarlo en sus valoraciones para emitir los fallos

El fiscal es el encargado de dirigir la investigación funcional del delito con el objetivo de recopilar evidencia y promover la acción penal de los delitos.

El juez sería un tercero imparcial, únicamente vinculado a la constitución y a la ley.

Lo relevante de lo anterior es que con el nuevo código procesal penal de 1998, se pretendía que la decisión del juez se volviera desde todo punto

de vista imparcial y objetiva, haciendo uso de sus facultades regladas y la sana crítica, con lo cual se pretendía que su decisión fuese con total apego a la ley, para evitar que esta fuese viciada. Como se podrá notar, estos fueron los acontecimientos más relevantes que hicieron que el nuevo código procesal penal de El Salvador de 1998, introdujera una nueva forma de hacer derecho.

1.5 FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Asegurar el correcto desarrollo del procedimiento garantizando la presencia del imputado durante el juicio oral, de manera que al finalizar el proceso la sentencia definitiva ya sea condenatoria o absolutoria sea ejecutada de forma inmediata.

Esta finalidad de la medida cautelar personal es idónea, no obstante su aplicación en la práctica, conlleva a ciertas discrepancias, pues la realidad demuestra que esta finalidad es más bien un efecto colateral de una completa arbitrariedad en el debido proceso que da como resultado una detención ilegal; que surge a partir de suposiciones con las cuales se encarcela a una persona que se debe considerar inocente mientras se demuestra su culpabilidad, es decir, que sin ser oído y vencido en juicio como manda la Constitución de la República en su artículo 11, se aplica una condena de privación de libertad, sin la existencia de un proceso penal.

Para la Doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la Litis, pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva (Carnelutti).

Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su instrumentalidad o preordenación.

Para **Couture**, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

Todas estas definiciones están fundadas en argumentos lógicos, pero desnaturalizados y alejados de las garantías constitucionales que protegen a todos los seres humanos, con el afán de evitar abusos por parte de las autoridades encargadas de aplicar las leyes y todos los partícipes que hacen posible esa función, ya que dichas definiciones sostienen que las medidas cautelares son necesarias para garantizar el proceso, evitar riesgos económicos por parte del órgano judicial, garantizar la ejecución de la sentencia, sin embargo estos son resultados de el cometimiento de una arbitrariedad, puesto que en ninguno habla del derecho a la libertad ambulatoria que se le vulnera al imputado ni de la calidad de inocencia que reviste al mismo y la cual debe ser defendida, pareciera ser que tácitamente han optado por obviar estos derecho naturales del imputado con el propósito de obtener un proceso sin interrupciones ni obstáculos, es decir que ha sacrificado los derechos del imputado para lograr que la colectividad tenga la seguridad de que el sistema penal goza de un proceso que siempre culminara con una sentencia definitiva y aplicable.

Esta teoría no es completamente acertada, ya que tiene la tendencia de menospreciar la libertad ambulatoria, la presunción de inocencia entre otros derechos, con el único propósito de solventar vacíos de ley, que logren

diseñar el proceso penal perfecto y sin problemas de ningún tipo para emanar una sentencia definitiva, sin consecuencias para los administradores de justicia; ya que debe respetarse y defenderse el debido proceso, por lo cual se debe resguardar ante todo el principio de inocencia del imputado a lo largo de todo el proceso hasta llegar a la sentencia definitiva, procurando que este proceso se desarrolle bajo todos los estándares determinados por la ley.

Y de ser necesario aplicarlas para prevenir posibles fugas, que no sea con una medida que se equipare a la sentencia de privación de libertad a un sujeto; en la cual no solo se encarcela a este, si no que se le restringe cualquier tipo de actividad entre ellas: laborales, empresariales, familiares.

Cuando perfectamente podría buscarse alternativas, así como buscarse medidas opcionales, como enviar providencias a las terminales aéreas, terrestres y marítimas, evitando a toda costa que el imputado saliera del territorio o ejercer un control riguroso de las actividades cotidianas del imputado en sus entornos habituales sin llegar a alterarlas.

Con el propósito que este estuviera siempre al alcance de la autoridad correspondiente mientras dure el proceso. Medidas que no son nuevas, pues están instituidas y aplicadas en otros países, en los que la detención no es la regla sino la excepción, y si probablemente el problema del país son los recursos económicos, debería estarse trabajando la solución.

1.6 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Provisionalidad: significa que el contenido restrictivo de las medidas cautelares tiene una vida limitada, generalmente hasta que se dicte sentencia, en cuyo caso las medidas adoptadas se transforman en ejecutivas

si la sentencia es condenatoria, o en el caso de que sea absolutoria, las medidas simplemente se suspenden, al igual que si el proceso se sobresee anteriormente.

Puede afirmarse que las medidas cautelares persisten hasta la firmeza de la sentencia, en cuyo momento desaparecen indefectiblemente.

Instrumentalidad: las medidas cautelares no son nunca fin en si mismas, sino que están indefectiblemente pre ordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva, cuya fructuosidad practica aseguran preventivamente. La tutela cautelar es, respecto al derecho sustancial, una tutela mediata; mas que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.

1.6.1 PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La imposición de una medida cautelar está sujeta a principios de su naturaleza restrictiva, de entre los cuales destacamos:

Principio de Legalidad: la medida cautelar debe adoptarse con arreglo a la ley, tal y como lo prescribe el artículo 13 de nuestra constitución. En definitiva, los jueces que han de acordar las medidas, están generalmente sometidos a la ley, cuando desempeñan la labor jurisdiccional. Se desprende igualmente de los artículos 11 y 12 de la constitución nuestra. El principio de legalidad, en este ámbito procesal, viene a traducirse, al hablar de medidas cautelares, en el principio “ nulla coactio sine lege”, de tal forma que la ley procesal debe recoger taxativamente cuales son las medidas cautelares, su contenido y sus presupuestos.

Al aplicar medidas cautelares, estas deben ser acordes a una ley emanada con anticipación al hecho constitutivo de delito investigado, pues el imputado debe tener la seguridad jurídica que su situación está basada en una esfera del derecho previamente establecida y diseñada con todas las garantías procesales que lo protegerán a lo largo del proceso, y que su aplicación conlleva una finalidad de preponderancia de la justicia.

En ese sentido dicha regulación debe ser equitativa en cuanto a los derechos del imputado, y cumplir su naturaleza de salvaguardar el desarrollo del proceso penal sin que tenga ningún obstáculo que lo detenga o estropee, de igual manera el cumplimiento de la sentencia definitiva, pero sin vulnerar los derechos del imputado para lograr esos fines.

Las medidas cautelares son figuras procesales coactivas para las personas por restringir la libertad ambulatoria, un derecho natural e inherente al ser humano; por lo cual estas medidas son sumamente delicadas jurídicamente hablando; ya que al aplicarlas estamos cumpliendo la ley pero simultáneamente vulnerando la misma, por lo cual dichas medidas deben ser expresa y puntualmente establecidas en el ordenamiento jurídico positivo.

Para que estas medidas tengan mayor incidencia en las personas, deben ser desarrolladas en el derecho procesal penal con ese propósito, regulándolas suficientemente de tal suerte que se conviertan en material comprensivo y se le conceda la importancia tan relevante dentro del ordenamiento jurídico salvadoreño con el objetivo que el aplicador de justicia tenga una guía para poder aplicarlas.

Sin embargo el hecho de estar establecidas en la ley no las convierte en derecho, pues actualmente está determinado en la ley positiva que el

tiempo de duración de una medida cautelar es de dos años, y lógicamente esa disposición no es derecho, puesto que vulnera el derecho natural de la libertad ambulatoria, así que la regulación en la ley debe ser concordante con los principios universales del derecho.

Principio de idoneidad: La idoneidad es todo aquello que es apropiado o adecuado para algo, es de suponer que la medida cautelar, debe ser apropiada para lograr el fin que con ella se persigue; y si el fin es proteger la realización del proceso, la medida debe guardar una proporción con el mismo, y la forma idónea para lograr la proporcionalidad, se da en dos sentidos.

El primero es el cualitativo, el que establece la calidad de la medida que ha de aplicarse, lo que implica que no es al antojo o arbitrio del juzgador que se aplicara la medida cautelar, si no debe hacerse de acuerdo al hecho que se le presenta para su juzgamiento.

En otras palabras la clase o tipo de medida debe corresponder a factores como:

Gravedad del hecho, según el delito realizado y además la forma en la cual se realizo

Tipo de delito, la tipificación puntual; de la acción que se esta adecuando a un tipo penal

Conmoción social que produce, el impacto con el que la sociedad, recibe la noticia del tipo y la forma del delito realizado, pues de esta manera la noticia entra directamente en la mente de las personas.

No es posible por ejemplo que se aplique igual medida a un delito cuya gravedad al bien jurídico que se tutela es mayor que otro; lesiones y homicidios digamos para el caso.

El segundo sentido lo compone la extensión o derivación de la pena que trae consigo la discusión del hecho delictivo.

El juez está en la obligación de valorar este aspecto, previo a imponer la medida cautelar pues de ello depende en gran medida que no se cometan abusos, como los que se dan en algunos tribunales, que sin análisis como el propuesto, bastaría que el organismo encargado de la persecución penal le solicite el máximo de la pena para determinar la detención y poder así tomar esto como parámetro para otorgarla.

Nótese que de la valoración anterior puede comenzarse a comprender, que la aplicación de las medidas cautelares, producen en cierta forma violación a los derechos del imputado, pues se rompe con el debido proceso, he ahí el motivo del presente estudio, con el cual entre otras cosas pretende dejar sentado, el tiempo que debería durar una medida cautelar.

Principio de intervención mínima: la medida cautelar en cuanto restrictiva de derechos individuales, debe durar lo imprescindible y debe tener un contenido limitado ajustado al solo efecto de su finalidad, para que no vengan a significar penas anticipadas, que incluso pudieran superar las penas luego impuestas.

La intervención mínima en la medida cautelar, responde a una garantía del derecho a la libertad ambulatoria que ampara al imputado desde el momento de su concepción; derecho que únicamente puede ser sustraído

de las personas a través de una sentencia firme, y como para el caso esta sentencia aun estas lejos de pronunciarse, se debe tener muy presente que la detención del sujeto a quien se le atribuye el delito, únicamente es concebible si esta no altera la vida cotidiana del imputado.

Este principio se relaciona íntimamente con el principio de idoneidad, puesto que la medida aplicable además de ser la idónea según el delito investigado, también su duración debe ser el apropiado. Para no vulnerar el derecho a la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia del imputado; debe ser de carácter provisional, es decir que únicamente debe durar el tiempo necesario para una investigación eficiente.

La medida cautelar únicamente tiene razón de existir, si su aplicación se vuelve necesaria; y no debe entenderse como de obligatoria aplicación en todos los casos objeto de investigación penal, pues su intervención es excepcional en el proceso, y únicamente de cautela, mientras se concluye el rumbo que llevara la investigación.

Pues de existir indicios que la investigación durara mucho tiempo, la medida cautelar no tiene por qué prolongarse pues su naturaleza es cautelar y no restrictiva; ya que se estaría utilizando esta figura como una sentencia adelantada y de aplicación indefinida cuando realmente debe interferir en el proceso como ultima ratio.

Este en definitiva, se trata de un principio importante e inmutable de todo el enjuiciamiento penal, ya que viene a significar en el ámbito cautelar, que la medida debe quedar sujeta a una relación razonable entre la función que va a desempeñar y la menor incidencia posible de su efecto restrictivo en el derecho individual del encartado.

Para finalizar, este principio de intervención mínima presupone la ponderación combinada de dos factores: en primer lugar tenemos, el acierto en la elección del tipo de medida que corresponde al hecho y la finalidad buscada y, en segundo lugar la fijación, generalmente de forma sobrevenida, del tiempo de duración.

1.6.2 presupuestos de adopción de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares personales afectan el derecho a la libertad de los individuos, derecho fundamental recogido en nuestra constitución de forma sustancial en el artículo 4 y como condición en el artículo 5.

La libertad individual del ciudadano viene a proclamarse en el artículo 2, el cual dispone que; “toda persona tiene derecho a la libertad” y en los artículos 11 y 12, al establecer las garantías de sus limitaciones.

Las medidas cautelares con su carácter de asegurativas pueden afectar a derechos fundamentales de los arriba mencionados; por lo que su adopción precisa de varios requisitos o presupuestos que pueden clasificarse en materiales o sustantivos y formales.

Presupuestos materiales o sustantivos.

“Famus boni iuris”. Se trata de la apariencia del buen derecho ejercitado, de su buen fin. Naturalmente, tal juicio entraña un cálculo de posibilidades sobre el cual será contenido de la sentencia, ponderación que ha de conducir a que esta probablemente será condenatoria, lo cual implica un pronóstico ineludible sobre el numero de razones que así lo determinan y una valoración sobre la calidad incriminatoria de las mismas.

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

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

Son circunstancias que se vienen valorando dentro del periculum in mora, que están permitiendo su ensanchamiento conceptual cuando no su auténtica desnaturalización, entre otras las siguientes:

Las circunstancias de hecho que hubieren concurrido en la ejecución delictiva (posibles atenuantes)

Vicisitudes procesales (por ejemplo, la posible prescripción de la acción penal en virtud del mucho tiempo transcurrido).

El aseguramiento del éxito de la instrucción, eliminando la posibilidad de que el imputado interfiera en la misma tratando de ocultar pruebas o de cambiar su signo incriminatorio.

La alarma social causada por el hecho delictivo, es decir la incidencia del crimen en el sentir social cuando provoca un clamoroso rechazo.

Los antecedentes del imputado, no solo los de índole estrictamente penal referidos a la existencia de condenas anteriores, sino a la propia

actitud del imputado en el procedimiento, desoyendo citaciones o allanamientos judiciales y sustrayéndose a la disponibilidad judicial durante la tramitación de la causa.

Presupuestos formales.

Las medidas cautelares han de ser decretadas por Autoridad Judicial. Así se desprende del artículo 13 de la constitución de la Republica y del artículo 320 y siguientes, del código procesal penal. Con este requisito ha de remarcarse a su vez el carácter de oficialidad, en la adopción de las medidas en el ámbito meramente penal, esto con la finalidad de dar cumplimiento a uno de los fines básicos del proceso penal: la restauración del orden jurídico perturbado.

Tal carácter de oficialidad se justifica, además, en el ámbito penal por la necesidad de urgencia en la prevención y la ejecución de la medida, que es ciertamente consustancial a su propia finalidad.

Las medidas cautelares requieren resolución motivada; y ello por el contenido eminentemente restrictivo de derechos que comportan, tal como lo expresa el artículo 320 del código procesal penal. De este modo, la persona afectada podrá conocer las razones por las que sus derechos se ven disminuidos y los superiores fines que se pretenden.

A su vez, la motivación de aquella resolución permitirá al afectado fundamentar los posibles recursos contra la misma, pudiendo someter a contradicción las singulares razones de su imposición, que habrán de recoger un juicio de ponderación entre los intereses que preservar con las medidas por adoptar y los derechos fundamentales limitados o sacrificados.

1.7 LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL QUE ENUMERA NUESTRA LEGISLACION SALVADOREÑA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

Las medidas cautelares han sido reguladas en los artículos del 320 al 342, de tal manera que el órgano jurisdiccional pueda tener herramientas para lograr desarrollar las diferentes etapas del proceso, así pues, encontramos en el artículo 321 la citación, o detención del imputado, esta no es meramente una medida cautelar, pues no previene, nada más, ayuda al juez a que se solvete la necesidad de que el imputado rinda declaratoria, pues de no querer hacerlo por su propia voluntad apersonándose al tribunal, el juez lo puede hacer llegar por medio de la fuerza.

No obstante, son criterios de proporcionalidad que el legislador a utilizado para moderar la aplicación de las medidas cautelares, pues en atención al artículo 6 del código procesal penal, se establece que la aplicación de las medidas cautelares es excepcional, debido que el derecho que se restringe es la libertad del imputado, por lo tanto deberá ser proporcionada, sin exceder el tiempo señalado para la pena prevista.

A pesar de que el artículo pretende en cierta manera defender la libertad ambulatoria de los imputados al señalar la excepcionalidad de la aplicación de las medidas cautelares; este señalamiento se vuelve inservible, y la disposición ilógica, cuando establece después, que el tiempo de duración no debe exceder el tiempo señalado para la pena prevista.

De lo manifestado anteriormente, resulta inevitable hacer la siguiente crítica a la disposición: como es posible que se proclame la medida cautelar de carácter excepcional y proporcional y al mismo tiempo se determine el

lapso de duración de las medidas cautelares personales, manifestando que no debe exceder el tiempo señalado para la pena prevista; es decir que podría llegarse al absurdo, que si al imputado se le esta atribuyendo el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 128 del código penal, en el cual se establece una sanción cuya pena relativamente determinada es de diez a veinte años, el legislador ha dejado la posibilidad que el imputado permanezca 19 años en prisión preventiva, pues con ello no se sobre pasaría la pena prevista.

Esta premisa es inaceptable desde el punto de vista jurídico, pues es un tiempo extenso, y dicha interpretación es inverosímil dentro de una ley, pues toda legislación que regule las medidas cautelares sostiene su carácter de provisional, en el sentido que la duración debe ser lo más breve posible.

Y al utilizar el término “breve” esto se refiere a un tiempo categóricamente corto, el cual debe ser establecido por el ordenamiento jurídico vigente en razón a criterios de protección de los derechos del imputado, de la presunción de inocencia y de no alterar las actividades regulares del imputado hasta antes de atribuírsele un delito, pues es una persona que debe considerarse, pero sobre todo tratarse como inocente.

Luego del análisis anterior, pasamos a desarrollar las medidas cautelares de carácter personal establecidas en el código procesal penal:

1.7.1 LA CITACIÓN O DETENCIÓN DEL IMPUTADO.

Art. 321 C Pr. P: “Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye.

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

- Citación: la citación es una diligencia de investigación, y como diligencia de ofrecimiento de derechos al imputado, puesto que debe ser concurrido de todos los derechos que le asisten.

Al inicio del proceso se vuelve importante la declaración del imputado, y en caso de no estar detenido, la vía a través de la cual el juez obtiene dicha declaración es la citación, para poder recibir la declaración indagatoria, es decir, que para iniciar el proceso se vuelve fundamental que el imputado esté presente en el mismo, para hacer valer sus derechos y garantías como presunto inocente con la obligación del juez de hacerle saber de su situación.

En este sentido, se puede determinar que este tipo de medida cautelar de carácter personal, es de intervención mínima, pues si bien es cierto que no se detiene a las personas, se les coacciona de manera que acaten la orden del juez de presentarse al tribunal.

- Detención: “es una situación fáctica, consistente en que la persona se ve impedida y obstaculizada para auto determinarse o gobernarse”

El Tribunal Constitucional Español, en su sentencia Numero 98/ 1986, ha indicado que “...debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, por obra de su voluntad, una conducta lícita.

De suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura decisión fáctica sin que pueda encontrarse situaciones intermedias entre la libertad y la detención.

Muy importante es señalar que dentro esta definición se evidencia que la detención no es parte del proceso, ni el resultado de una investigación, sino una consecuencia del mismo, por motivos de encontrar la verdad de un hecho, reprimiendo a posibles culpables, incluso haciendo “mini condenas”, que no están suficientemente motivadas y que recaen en la ilegalidad.

Aunando a lo anterior la constitución salvadoreña recoge, en su art. 2 el derecho de todas las personas a la libertad. el artículo 11, establece que ninguna persona puede ser privada del derecho a la libertad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Por su parte el artículo 13, siempre del mismo ordenamiento jurídico expresa que ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas, es decir, que por mandato constitucional el imputado está protegido por una cadena de garantías y derechos naturales que no solo deben tomarse en cuenta a la hora de un proceso penal y de la aplicación de una medida cautelar, si no que deben respetarse y aplicarse

Puesto que las medidas cautelares personales recaen sobre las personas, y la esencia de este tipo de medida se configura con la detención provisional, para lo cual debe entenderse en su sentido estricto como la medida cautelar personal más grave y de mayor trascendencia de las varias previstas en el código procesal penal. Se vuelve necesario preguntarse ¿Es indispensable detener a un imputado para garantizar el cumplimiento de los fines del proceso?; Tomando en consideración que al hacerlo se esta

violentado un derecho fundamental como es el derecho a la libertad. Específicamente el de la libertad ambulatoria, que representa uno de los derechos más importantes para la vida de las personas, porque atiende a un estado natural del ser humano con el cual nace y es parte fundamental de su crecimiento natural.

1.7.2 CASO ESPECIAL DE LA DETENCIÓN PARA INQUIRIR.

Art. 322. C Pr P: - “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 cuando sea requerida su presencia, podrá disponer que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y 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.”

Este tipo de detención, se ha creado con el propósito de darle la oportunidad a la autoridad competente de individualizar a las personas que se encuentren en el lugar donde se cometió el delito que se investiga; De tal manera de determinar quien será objeto de la imputación penal, pues en casos de duda o confusión en cuanto a la determinación del delito, y es decir, cuando el presupuesto del “fumus boni iuris” o apariencia del buen derecho, para proceder contra un posible sospechoso es débil.

Para lo cual el legislador ha dado la oportunidad de restringir el derecho a la libertad ambulatoria, únicamente en casos de necesidad superior, con el fin de recopilar más indicios que llevan a una conclusión final, y aunque es una medida cautelar que expande los efectos de la

restricción a la libertad ambulatoria hasta las personas que nada tienen que ver con la comisión del delito ni serán objeto de investigación.

Es de resaltar que el legislador ha tratado de destacar el carácter de excepcionalidad de la medida cautelar analizada, al establecer que no puede durar más de setenta y dos horas, y además ha detallado en la ley el propósito de la aplicación de dicha medida cautelar, aunque se vuelve insuficiente este intento de respetar el principio de intervención mínima y proporcionalidad.

Ya que otra vez se ha equivocado, pues setenta y dos horas únicamente para tomar declaraciones, es irracional, es excesivo, como podría una persona pasar tres días brindando declaración de un hecho que posiblemente dure tan solo horas y de las cuales esta persona solo presencia minutos. esta situación genera la posibilidad a las autoridades competentes, de cometer arbitrariedades y de darse el lujo de tomarse su tiempo para retener a los detenidos por tres días, cuando lo que debió de hacer el legislador es presionar a las autoridades de obtener la información requerida en cuestión de horas, pues racionalmente ese es el tiempo pertinente para realizar una actividad como esta, evitando así ilegalidades en perjuicio de personas que están prestando su colaboración con la investigación.

1.7.3 DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.

Esta figura jurídica a pesar de estar regulada dentro del articulado de las medidas cautelares, no es una medida cautelar propiamente dicha, ya que su función no es la de cautela sino de lo que trata es, la de prevención, por razones de necesidad, por el momento inmediato de la comisión del delito.

La flagrancia representa una especie de detención que tiene como particularidad que recae en que cualquier persona, y no únicamente la autoridad, bajo la condición que el hecho constitutivo de delito este ocurriendo simultáneamente a la captura.

Art. 323. C pr P: - La policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o cuando se le persiga por las autoridades o particulares o dentro de las veinticuatro horas siguientes al hecho o cuando en este plazo sea sorprendido por la policía con objetos o elementos con los cuales se ha cometido el delito o sean producto del mismo.

Por flagrancia: una definición de coloquial es la siguiente: “algo que se está ejecutando actualmente” o modo adverbial “en el mismo momento de estarse cometiendo algún delito, sin que el autor haya podido huir” es decir mientras se esta intentando realizar el delito

Sin embargo en cuanto a la acción penal privada, este tipo de medida preventiva se vuelve impertinente y carente de lógica, pues, en el caso de la flagrancia es al interesado a quien le corresponde promover el proceso, es decir, que no tiene sentido detener al sujeto activo de este tipo de delito sin que el sujeto pasivo previamente haga la denuncia respectiva y se responsabilice de desarrollar el mismo.

1.7.4 POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Art. 324. C pr P: - “El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso, el fiscal deberá presentar requerimiento en un plazo no mayor de diez días. Una vez aprehendido el imputado, será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado.”

La ley concede a la Fiscalía “ciertos poderes coercitivos, con el propósito de realizar una investigación objetiva e imparcial dentro de los cuales se encuentra la facultad de ordenar detenciones administrativas, puesto que esta es la encargada de guiar la investigación, con el propósito de descubrir la verdad material del hecho investigado, para poder dirimir la situación en las instancias judiciales

Para proceder a ordenar la detención el fiscal debe tomar en consideración un requisito fundamental que justifique la misma, así como: Tener suficiente evidencia que vincule a la persona objeto de detención con el hecho constitutivo de delito investigado

1.7.5 ORDEN DE RESTRICCIÓN.

Art. 325. C Pr P: El fiscal podrá emitir una orden de restricción de salida del país en contra de un imputado. Una vez girada dicha orden, el fiscal en el plazo de setenta y dos horas, solicitará al juez competente la ratificación de la misma, tal petición será resuelta en el término de cuarenta y ocho horas.

La restricción migratoria ratificada por el juez tendrá una vigencia de diez días, sin perjuicio de su revisión en audiencia inicial.

1.7.6 DETENCIÓN POR ORDEN JUDICIAL.

Art. 326. C Pr P: - La Policía Nacional Civil ejecutará las órdenes de detención libradas por el juez o el fiscal asignado a la investigación, bastando con que las mismas consten fehacientemente en los archivos de las delegaciones policiales

Si el juez vienen a ser en ultimo termino, el receptor de cualquier persona detenida, ya que esta debe ser puesta a su disposición por ser el quien tienen que legalizar la situación, obviamente en caso de considerarlo necesario también puede y debe acordar directamente la detención en los casos precisos donde su presencia sea de vital importancia para aclarar asuntos relacionados a la situación jurídica del imputado⁹.

La razón fundamental por la cual el juez ordena la detención de un sujeto es en razón de considerar necesaria la presencia del imputado, para declaración indagatoria, practicar pruebas etc.

1.7.7 Otros Casos de Aprehensión u Aprensión sin Orden Judicial.

Art. 327. C Pr P: - Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes:

⁹ José Luis Anton Blanco, y Jose Manuel Marcos, Derecho Penal Salvadoreño, Primera edición, Editorial de la edición Justicia de la paz, junio 2000, pag. 800- 808.

1. Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención.
2. Cuando tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible o presentare huellas o señales que indiquen que ha participado en un hecho delictivo.
3. Cuando respecto de la persona exista difusión o circular roja de instituciones policiales internacionales.

La policía en los casos de los numerales 1) y 2) deberá presentar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o a la fiscalía. En el caso del numeral 3) aplicará las reglas previstas para la cooperación jurídica internacional. De la detención se dará aviso al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

En estos casos en concreto la legislación ha sido muy puntual y precisa, en cuanto a las razones que posibilitan la privación de libertad de una persona con el propósito de evitar hechos constitutivos de delito, o en el caso del primer literal evitar la evasión de la responsabilidad penal, es decir de pagar la condena previamente establecida y aplicada después de un proceso penal que culmine con una sentencia condenatoria

1.7.8 DETENCIÓN POR EL TERMINO DE INQUIRIR.

Art. 328. C Pr P: - Cuando a un juez le sea consignada o una persona a quien se le impute la comisión de delito, podrá ordenar su detención por el término de inquirir y remitirla al correspondiente centro de reclusión con aviso escrito al jefe del mismo.

Si en requerimiento el fiscal no solicita la imposición de medidas cautelares, el juez deberá ordenar la inmediata libertad y señalará la audiencia dentro del término de ley.

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.

El artículo 13 inciso segundo de la constitución, indica que el juez o tribunal correspondiente estará obligado a notificar en persona al detenido el motivo de su detención, recibir indagatoria y decretar su libertad o detención.

1.7.9 DETENCIÓN PROVISIONAL.

Art. 329. C Pr P: - Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1. Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.
2. Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, el juez considere necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

La detención provisional tiene como objeto fundamental la de asegurar la presencia del imputado en el proceso y la debida ejecución de la sentencia

que podría llegar a dictarse. Estrictamente hablando ninguna otra finalidad se puede desprender de la detención provisional puesto que al relacionarlo con el derecho inherente a la presunción de inocencia, todo aquel a quien se le atribuya la comisión de un delito debe considerarse inocente mientras no se la haya demostrado suficientemente su culpabilidad en un juicio público en el que se le hayan respetado todas las garantías.¹⁰

1.7.10 OTROS CASOS DE DETENCIÓN PROVISIONAL.

Art. 330. C Pr P: - Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

- 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario.
- 2) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentará evadir la acción de la justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliario, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso.
- 3) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal, o que inducirá a otros, u otros hechos análogos.

¹⁰ José Luis Antón Blanco y José Manuel Marco, Las Medidas Cautelares, Derecho Procesal Penal Salvadoreño, pag. 235, Primera Edición, Junio 2000, De La Edición de Justicia de Paz

- 4) Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles.
- 5) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.

En estos casos deberá concurrir además el requisito número uno que señala el artículo anterior.

1.8 PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

Art. 331. C Pr P: - No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, y aunque el delito tuviere señalada pena superior a tres años, cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, podrá decretarse una medida cautelar alterna.

No procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, desórdenes públicos, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activo, la razón por la cual el legislador a restringido la medida cautelar en este tipo de proceso es por la gravedad de los delitos y lo prolongada de la sentencia.

1.9 APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

Art. 332. C pr. P: - Cuando fuere procedente aplicar medidas alternativas a la detención provisional o sustituirla por otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o el tribunal competente, de oficio, o a petición de parte, podrá imponerle alguna de las medidas siguientes:

- 1) El arresto domiciliario en su propia residencia sin vigilancia alguna o en custodia de otra persona, o con el uso de medios tecnológicos apropiados.
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez.
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.
- 4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez.
- 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
- 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El juez podrá imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se impondrán o ejecutarán estas medidas desnaturalizando su finalidad, de tal manera que su cumplimiento sea imposible; en especial, no se impondrá una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado hagan imposible la prestación de la caución.

Se prescindirá también de toda medida cautelar, cuando el delito tuviere pena de prisión cuyo límite máximo sea igual o inferior a tres años y por las circunstancias del caso, el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento basta para garantizar su presencia, puesto que la pena que posiblemente se pueda aplicar es incluso conmutable, por lo cual no tiene sentido someter al imputado a una medida restrictiva de libertad.

1.9.1 INTERNACIÓN PROVISIONAL.

Art. 333. C pr P: - Se podrá ordenar la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando medien los siguientes requisitos:

- 1) Que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.
- 2) Comprobación, por dictamen de perito, de que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás; o existiera una presunción suficiente de que no obstaculizará un acto concreto de investigación.

1.10 FORMA Y CONTENIDO DE LA DECISIÓN.

Art. 334. C Pr P: - El auto que imponga la detención provisional o internación, o una medida sustitutiva o alternativa debe contener:

- 1) Los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo.
- 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal.
- 3) Los fundamentos, con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida.
- 4) La parte dispositiva con cita de las normas aplicables.

Las medidas cautelares detalladas anteriormente son aplicadas directamente a la persona en contra de su derecho a la libertad, razón por la cual se denominan de carácter personal, pues afectan directamente la libertad personal de los imputados, restringiendo la posibilidad de desplazarse según la voluntad de la persona lo decida

Sin embargo, la aplicación de esta medida cautelar de orden personal únicamente puede hacerse efectiva en cuanto a su aplicación, si existe la concurrencia de ciertos presupuestos obligatorios que permitan valorar la importancia de la aplicación de estas medidas, ya que no pueden ser aplicadas de manera arbitraria, estos presupuestos son los siguientes:

- Cuando el detenido se hubiere fugado de algún establecimiento penal o cualquier otro lugar de detención.

- Si mediare orden escrita del fiscal, solo en caso que se considere están presentes los presupuestos que justifiquen la detención.
- Al que resultare sorprendido infraganti.
- En supuestos que puede denominar de cuasi flagrancia, es decir cuando una persona tuviere en su poder objetos de cuya tenencia pueda inferirse que ha cometido un hecho punible, o no justificare dicha tenencia o presentare huellas o señales que indiquen que ha participado en un hecho delictivo.
- Cuando lo acordare autoridad judicial, por entenderse necesaria la presencia del imputado.
- Si el imputado se encontrare en situación de rebeldía por no haber comparecido a la citación en el plazo fijado o se ausente en del lugar asignado para su residencia.

En este sentido es posible establecer un intento por parte del legislador para regular la aplicación de las medidas cautelares, con el propósito que estas sean excepcionales y no de aplicación general, de igual forma existe la posibilidad que el legislador a dejado en detener a algunas personas sin la necesidad de la existencia de una orden judicial, esto responde a la urgencia de la detención y la evidente intención de evadir la responsabilidad legal por parte del imputado, como es el caso de la fuga de recinto penitenciario.

CAPITULO II

2. FUNDAMENTO DE LA EXISTENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL.

Fundamento de la Existencia de las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal.

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

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

Debe asegurarse el cumplimiento del proceso penal y garantizar la ejecutoriedad de la sentencia; ya que es una deuda con la sociedad que aspira a vivir en armonía y sobre todo se debe tomar en cuenta a la víctima de los delitos. Sin embargo, es de recordar que la ley esta sometida a ciertos

pilares de existencia entre ellos la igualdad; por tanto hay que entender que igual derecho tiene quien es víctima de un delito como el imputado que esta siendo sometido a un proceso judicial.

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

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

En ese sentido, la autoridad competente esta obligada a respetar la normativa constitucional y aplicar todas las garantías y derechos del imputado; quien ostenta la calidad de inocente, la cual debe prevalecer en todo momento del proceso desde su inicio hasta su culminación; puesto que de lo contrario de nada serviría iniciar un proceso en que se busque la

verdad material y real de cómo sucedió el delito y quien con certeza lo realizó; si no se respetaran hasta las mas mínimas garantías, como la asistencia del defensor, el derecho a contradicción y sobre todo la presunción de inocencia, el proceso penal sería improcedente.

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

El problema coyuntural con la medida cautelar analizado es que se ha desnaturalizado y no se aplica acorde a sus existencia doctrinal y legal, ya que se aplica de manera casi obligatoria en los delitos de acción pública; su duración no está reglada según principios psicológicos; y con respecto a la presunción de inocencia, muchos menos a la libertad ambulatoria. Tal parece que el comportamiento de los legisladores y de los aplicadores de justicia es el de enfrentar el delito con un delito aún más grande que el que se trata de investigar, tratando a los imputados como presuntos culpables del delito, a los cuales previo al desarrollo del proceso se impone la sentencia. Pareciera ser que la idea de las autoridades competentes que dirigen la investigación, es que en todos los casos la sentencia sea condenatoria, sin dejar ninguna posibilidad de culminar el proceso con la absolución del imputado.

En este orden de ideas, se corre el peligro de intercambiar los papeles, ya que sería el Estado el que estaría adecuando su conducta en la antijuricidad, y el imputado se transformaría en el sujeto pasivo de un delito, lo que generaría una dificultad jurídica, pues generaría que esa detención se transformara en una detención ilegal, ya que una detención que se transforme en prisión preventiva por más de 3 ó 5 días, deja de ser cautelar,

preventiva o provisional pues su duración puede ser considerada como una sanción penal, puesto que el imputado sea o no sea responsable, ya ha empezado a pagar una pena, por un delito cuya sentencia definitiva aún no se ha emitido, consecuentemente la responsabilidad no ha sido determinada, su inocencia no ha sido destruida ni su culpabilidad demostrada.

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

2.1 MEDIDA CAUTELAR DE CARÁCTER PERSONAL QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD AMBULATORIA DE MANERA EXTREMA: DETENCIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA.

2.1.1 Detención:

Salvador Enrique Anaya Berraza establece desde una perspectiva muy grafica un concepto descriptivo de la detención provisional y es el siguiente: “es una medida cautelar de coerción personal que, dispuesta por orden judicial, consiste en privación de libertad mediante ingreso en establecimiento penitenciario, que se impone al imputado en el transcurso de un proceso penal”¹¹.

¹¹ Ensayos numero 1, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, Jose Manuel Cruz Azucena y otros...pagina 301, imprenta criterio, 1999

Las características de la detención provisional son esencialmente transitorias y excepcionales a diferencia de la prisión preventiva, la cual después del plazo de detención, esta puede desaparecer, suspenderse, o agravarse, convirtiéndose en prisión preventiva con la emisión de auto de procesamiento.

Para poder determinar una detención la orden debe emanar de la autoridad competente, de funcionario público habilitado por ley. Esta orden debe ser entregada al individuo en forma legal, o, puede también detenerse provisionalmente a un imputado a través de la llamada detención en flagrancia, como ha sido analizado anteriormente esta no es una medida cautelar, pero luego de realizar dicha detención podría convertirse en una detención provisional. Únicamente es señalada para ejemplificar que no solamente a través de orden judicial es posible detener a una persona, sino que puede también ser ejecutada por cualquier persona siempre y cuando se enmarque a lo previamente establecido por la ley para sustentar su legalidad.

Instrumentalidad.

Esta característica se describe expresando que el proceso cautelar carece de autonomía funcional, ya que el tiene como objetivo inmediato garantizar el buen fin de un proceso distinto. El proceso cautelar se encuentra vinculado al proceso principal por un nexo de instrumentalidad o subsariedad.

La detención provisional, de conformidad a la normativa constitucional y a los tratados internacionales vigentes en el salvador, permite privar de la libertad personal, para conseguir el correcto desarrollo o eficacia de un proceso penal del cual depende.

Sumariedad.

Los procesos cautelares están caracterizados por una tramitación sencilla y rápida, ya que si obedecen a una necesidad de urgencia el tiempo no se pueden perder; sin embargo, esta peculiaridad no sería lo más destacable, sino como se aplica el principio de cognición en ellos.

Provisionalidad.

Es de carácter instrumental, los efectos de la resolución que recae en un proceso cautelar tienen, forzosamente, un día de vencimiento: aquel en que alcance grado de firmeza la resolución o sentencia que se dicte en el proceso principal. La eficacia de la resolución cautelar termina ipso iure ese día. Esta característica en su formulación genérica, se distingue de la temporalidad.

La otra manera de explicar la característica de la provisionalidad del proceso cautelar, que algunos autores analizan por separado y lo llaman mutabilidad, deriva de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* y consiste en manifestar que las medidas que se dicten en el, mantienen eficacia en tanto perdure la situación de hecho que las ha motivado.

Flexibilidad.

Esta característica está muy vinculada a la de mutabilidad, como uno de los sentidos que la doctrina adjudica a la nota de provisionalidad.

Los tipos de detención establecidos en nuestra legislación son; la detención administrativa y la detención por el término de inquirir. Cada una

con un tiempo de duración de setenta y dos horas, en donde el fiscal y el juez de paz tienen las atribuciones de ordenarlas.

En cuanto a estas detenciones, entre las dos tienen una duración de seis días, únicamente para que el proceso llegue a la audiencia inicial, en donde se determinará la posible puesta en libertad u ordenar la prisión preventiva durante la fase instructora.

Solo con eso seis días iniciales, puede determinarse un exceso en el carácter provisional y una desproporción de las medidas cautelares pues son seis días de encierro durante los cuales, ni siquiera se ha empezado a ventilarse en instancia judicial, lo que conlleva a gran deterioro en el imputado, quien llegará a presentarse frente al juez con una actitud probablemente desmoralizada, por la situación que está viviendo; donde ya ha sido sancionado con seis días de detención, resolviendo en la audiencia inicial que no hay delito que perseguir y no obstante, los seis días ya causaron efecto negativo en la vida del imputado, en su entorno laboral y familiar entre otros no menos importante; pues los efectos de estar seis días encarcelado son irreversibles; y sumamente dañinos.

Quiénes pueden realizar y ordenar la detención:

Al hablar de detención, se refiere a la medida cautelar de carácter personal por excelencia, pues es la que restringe en totalidad la libertad ambulatoria, de forma coercitiva y sin opción de explicación por parte del imputado.

Al detener provisionalmente a una persona, no se permite la opinión de esta persona, simplemente la acción se limita a privarlo de su libertad,

encerrarlo y esperar la resolución que posteriormente determinara la estancia dentro de la institución de reclusión en la que el imputado se encuentra.

Por lo cual al explicar esta figura de la detención, con mayor detalle tratando de desglosar su contenido, la razón de su existencia, el proceso de ejecución, es importante señalar los protagonistas de esta acción cautelar, es decir, los sujetos encargados de hacerla efectiva y los facultados para avalar dichas detenciones de manera previa a su realización o con posterioridad al haberla consumado.

Ya que anteriormente fue mencionado, cuando hablábamos de la detención en flagrancia se estableció que existe la posibilidad jurídica de detener a una persona ipso facto, es decir, de inmediato y sin previa autorización, la cual posteriormente se definirá su legalidad o ilegalidad; de igual forma la detención puede proceder con autorización fiscal o judicial, es decir mediante orden certera y puntual de su desarrollo.

En este sentido de manera puntual sin entrar en mayor detalle pues estos mismos personajes fueron examinados en el primer capítulo cuando se hablo de las clases de medida cautelar en nuestra legislación.

a) Detención por parte de la Fiscalía General de la República.

El fiscal puede ordenar la detención previo al requerimiento fiscal, sin concurren los requisitos establecidos por la ley y ya explicados en este trabajo anteriormente, en el primer capítulo al establecer que: “Para proceder a ordenar la detención el fiscal debe tomar en consideración un requisito fundamental que justifique la misma, así como: Tener suficiente evidencia que vincule a la persona detenida con el hecho constitutivo de delito.”

b) Detención decretada por orden judicial:

Para que proceda debe acreditarse que el hecho que reviste carácter de delito y que no se trate de un hecho que solo admite citación.

De igual manera esta forma de detener a un sujeto ya ha sido explicada en el capítulo primero; que es básicamente la regla general de las detenciones, sin embargo, en este apartado únicamente se trae a colación esta medida cautelar, para hacer énfasis en quienes son las personas que pueden hacer efectiva una detención.

En este caso la orden viene de la autoridad judicial y la hace efectiva la autoridad policial, puesto que es la fuerza materializada del estado para obligar al cumplimiento de una ley de forma coercitiva; la diferencia con la medida cautelar que se explicara inmediatamente es que en este caso existe un auto judicial, que ordena la detención, a través de cual puede sugerirse mayor fundamento y garantía legal del por qué se está deteniendo a una persona, y además es un indicio que el proceso esta empezando, y la facultad que se delega a la fuerza policial para detener, es por sospecha, a arbitrio de los policías.

c) Detención por parte de la policía.

Los elementos de la Policía Nacional Civil deberán detener a toda persona que sorprenda en la comisión de un delito, “flagrancia” o que se le encuentren objetos que se presume que han sido utilizado en la comisión de un hecho delictivo.

La policial al momento de la detención deberá usar los niveles de fuerza, utilizando en todo momento la proporcionalidad, respetando la

integridad física y moral de las personas con estricto apego a los derechos humanos.

Al momento de la detención deberá informarse de los motivos por los cuales se le detiene, acto mismo en el que se le leerán sus derechos, entre los cuales tenemos, el informe del delito que se le atribuye y la asistencia técnicas agotado

a) Detención por particular.

Cualquier persona puede detener a quien sorprendan cometiendo un delito, debiendo de forma inmediata ponerlo a disposición de la Policía Nacional Civil.

Esta es una potestad que la ley otorga a cualquier persona natural de participar en la detención de un sujeto sospechoso de una hecho constitutivo de delito, esta facultad se refiere únicamente a la captura y neutralización del sospechoso, para inmediatamente ponerlo a disposición de la policial.

Es decir, que los particulares pueden participar en el proceso de detención, en el sentido de facilitar a la policía nacional civil el acercamiento con el sospechoso, y no a tomar juicios de valor en cuanto a si deben o no mantenerlo tiempo innecesario detenido, cuestión lógica y aceptable, pues es una cautela momentánea y excepcional, para evitar fugas o evasiones por falta de autoridad competente en las cercanías de la zona del posible delito

Formalidades para el cumplimiento de la detención.

La regla general dicta que las órdenes de detención o prisión preventiva, debe realizarse luego de la existencia de un auto de detención o

prisión en forma legal. Esto quiere decir que la facultad para detener a una persona y sustraerle su derecho a la libertad ambulatoria debe por regla general a través de orden judicial previamente estudiada y fundamentada que motive dicha detención.

Esta es tan solo la regla general, por lo cual estas dos exigencias legales únicamente tienen sentido si la detención es por esta vía, pues existe la posibilidad que la detención se haga por medio de la flagrancia, en este caso los dos requisitos mencionados inmediatamente ya no son procedentes

a) El imputado debe ser informado de los derechos que posee.

Este es un formalismo del procedimiento policial, para garantizar que el imputado este conlleva de los derechos que le asisten. Es indispensable el cumplimiento de este mandato legal, pues permite que el imputado este preparado para decidir los pasos que optara para la defensa de su caso, y una forma en que el estado garantiza que el imputado tenga el derecho a la contradicción y a la defensa pública o privada

b) Luego el detenido deber ser conducido al lugar publico de detención

Generalmente se traslada al sospechoso a las bartolinas de la delegación policial mas cercana, mientras se notifica al fiscal y este decide; si darle paso al proceso a través de la acusación formal, o si no existen indicios que le permitan hacer una imputación formal del delito a la persona detenida

c) Si el detenido opone resistencia, se podrá hacer uso de la fuerza, con el solo objeto de asegurar la persona del detenido.

La detención es de carácter obligatoria y la encargada de ejecutarla es la Policía Nacional Civil, quien tiene la facultad de ejercer la fuerza para cumplir su mandamiento de detención proveniente de orden judicial.

2.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La prisión preventiva es una categoría que desnaturaliza la esencia de la medida cautelar, pues en esta figura se enmarca un tiempo sumamente prolongado de privación de libertad, en el cual el proceso se encuentra en etapa instructora y cuyo propósito es mantener aislado al imputado mientras se recopilan las pruebas que permitan terminar con su calidad de inocente.

Esta figura es eminentemente procesal, ya que es ordenada por un juez para el desarrollo del proceso, es una privación de libertad equiparable a una sanción penal, ya que se dicta el tiempo de duración de la misma, y esta puede irse prolongando hasta un techo de dos largos años, mientras se logra determinar si podía o no aperturar una vista pública, donde se pueda emitir una sentencia definitiva, ya sea absolutoria o condenatoria.

La diferencia entre detención cautelar y prisión preventiva es que la detención es la acción de capturar a una persona sospechosa de un delito y ponerla a la orden de la autoridad competente, es una cautela que puede ser extrajudicial o judicial según la existencia o no de un auto de detención, en cambio la prisión preventiva es la que concede el juez para darle la oportunidad al fiscal de recabar pruebas con las que puede comprobar la culpabilidad del imputado, pues es una sentencia previa que el imputado debe de soportar en razón de un criterio judicial y fiscal de la culpabilidad de este, como si el juez pretendiese que la sentencia solo corrobore la teoría previamente aplicada.

Víctor Moreno catena la conceptúa así: “consiste en la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal”.¹²

Este término es utilizado para determinar un estadio de la medida cautelar que ordena la privación de libertad. Sus efectos y características son iguales a la de una sanción de privación de libertad motivada por orden judicial, con la diferencia que en este caso no se ha terminado el proceso si no que está en pleno desarrollo, consecuentemente no se ha destruido la Inocencia del imputado.

Cuando han transcurrido los dos plazo de detención provisional, la detención administrativa y la del termino de inquirir, cuyo plazo es de tres días por cada detención, el juez durante la audiencia inicial decide seguir manteniendo al imputado bajo cautela personal, esta se trasforma en prisión preventiva.

Una particularidad es el hecho de ser privado de libertad en un centro penitenciario, a diferencia de las dos detenciones inicial las que son dentro de las instalaciones policiales.

2.2.3 Características:

Esta medida cautelar debe ser preventiva, porque la ley supone que asegura la persona del procesado, evita que éste pueda seguir causando daño y asegura el resultado de la investigación.

¹² (MORENO CATENA. *Derecho Procesal Penal*. p. 524, citado por LOPEZ MASLE, Julián, en *Derecho Procesal Penal Chileno*. Editorial Jurídica, 2002.)

Debe sin excepción ser emanada por una orden judicial, que ordene la prisión preventiva del imputado, mientras el fiscal recopila las evidencias necesarias para realizar la vista pública, el proceso entra a la fase instructora, donde el defensor tienen también la oportunidad de desarrollar la defensa.

La situación acá se vuelve sumamente grave, pues judicialmente se ordena la privación de libertad de un persona con calidad de inocente por tres meses o seis los cuales pueden prolongarse hasta dos año, lo que representa un agravio a la libertad ambulatoria, la cual sin un fundamento racional se ha restringido.

Además esta figura es una excusa para justificar la mediocridad por parte de la fiscalía el órgano jurisdiccional de resolver en un tiempo corto un caso en concreto. Esta justificación ha sido diseñada a través de una cortina de humo mal llamada medida cautelar personal.

Por lo cual esta figura procesal de la prisión preventiva no es concordante con los elementos objetivos y subjetivos de la medida cautelar, puesto que las medidas cautelares son provisionales, es decir momentánea, excepcional, es decir aplicable en casos concreto, y la prisión preventiva es una figura procesal que se aplica casi en todos los procesos judiciales, como una regla general.

Esta situación es inaceptable, en el sentido que a través de la figura de la prisión preventiva, se prorroga el principio de la pronta y cumplida justicia, que lo único que genera es que los fiscales se retrasen en hacer su trabajo, ya que dejan todos los casos para última hora, acumulando procesos y priorizando los más próximos a caducar y almacenando los que tienen más

tiempo para investigar, cuando cada caso debe ser tomado con urgencia, por tratarse de una persona cuya libertad está siendo vulnerada y a la espera de que se establezca su situación jurídica.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, establece como excepcional la aplicación de esta medida cautelar, Además, en cuanto a los presupuestos de aplicación, señala que procederá, sólo para el aseguramiento de la comparecencia del acusado.

Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, regula de manera similar lo dicho por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

2.3 LA PRISION PREVENTIVA Y SANCION PUNITIVA.

Por lo relacionado anteriormente, la figura procesal de la prisión preventiva, es prácticamente desde cierta perspectiva una sanción anticipada; pues básicamente es equiparable a la sanción de condena que se emite con la sentencia definitiva

No obstante existen diferentes teorías: unas que asimilan la prisión preventiva a la prisión punitiva, dejando de lado el principio de inocencia, y,

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 9, N° 1 *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad, personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su .libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta... 3 Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal, será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”*. Luego establece que su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en juicio o en otro momento de las diligencias procesales, y en su caso para la ejecución del fallo”

otras que las concibe como figuras distintas. Ambas dignas de estudiar con el propósito de determinar si existe alguna diferencia entre ellas.

Así, Manzini, se hace cargo de la primera teoría, diciendo: que el principio de inocencia, es un absurdo conceptual, por ser paradójico e irracional. Agrega: que en todo caso, no se especifica si se presume que el imputado no ha cometido el hecho material o si no es imputable moralmente, o ambas cosas y según este autor, de existir este principio se debe respetar; entonces se debe eliminar la prisión preventiva, pues esta actuaría contra este principio, ya que se considera a la prisión preventiva como una sanción anticipada¹⁴.

Ferrajoli, por su parte: afirma que el uso de la prisión preventiva, es radicalmente ilegítimo e idóneo para provocar el desvanecimiento de las garantías penales y procesales, para este autor, no existe ningún fin que legitime la prisión preventiva y coincide en su abolición.

Estos dos tratadistas tienen perspectivas diferentes, ambas dignas de analizar por separado, del primero, esta muy alejado de la legalidad en el sentido que este no le da el nivel de preponderancia al principio de inocencia, principio que motivo este trabajo de graduación, pues no es solamente un principio o un derecho, es una calidad inherente al ser humano con la cual se nace, por lo que pertenece al mundo de los derecho naturales.

Y a pesar de sonar radical la postura de Ferrajoli, esta es acertada jurídicamente hablando, pues a pesar que la detención y prisión provisional

¹⁴Universidad Católica de Temuco, tesis. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo código Procesal. Alumno, leila Y gitermann. Profesor. José Martínez Ríos....p. 41

cumplen un propósito dentro del proceso penal, estos se prestan a abusos ya que en la realidad se transforman en arbitrariedades judiciales, que van en contra de las garantías constitucionales; que tienen como propósito específicamente, evitar los abusos y conservar la seguridad jurídica.

Según López Masle, estas posturas extremas de carácter abolicionista, nos hacen pensar que en lugar de centrar la discusión en la existencia o no de la prisión preventiva, es más fructífero analizar los fines de esta institución, para determinar si la presunción de inocencia tiene un resguardo suficiente, en relación a estos fines, y por consiguiente, se pueda establecer una diferencia entre la prisión preventiva y punitiva.

Los fines de los que habla este autor, perfectamente pueden encontrar la seguridad deseada en medidas alternas, talvez un poco más costosas económicamente, pero que pueden llevar a adelantos como sociedad civilizada y respetuosa de las garantías y derechos de todos, esta situación aplicada y vista en los procesos judiciales sería un perfecto ejemplo.

En cuanto a las diferencias de fondo, el fundamento de prisión preventiva, es asegurar los fines del procedimiento, resguardando el principio de presunción de inocencia, y los fines de la pena. Pero, en doctrina, los fines de la prisión preventiva no siempre coinciden, alejándose a veces de fines procesales, al convertirse en un instrumento de prevención y defensa social, para evitar la reiteración delictiva. En suma, este autor señala que la solución para la contradicción entre la presunción de inocencia y prisión preventiva, está en directa relación con los grados de libertad individual que se reconocen en una determinada sociedad¹⁵.

¹⁵ Universidad Católica de Temuco, tesis. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo código Procesal. Alumno, leila Y gitermann. Profesor. José Martínez Ríos....p. 42-43.

La medida cautelar de carácter personal tiene como propósito restringir la libertad ambulatoria de las personas, consecuentemente se relaciona con la figura de **PRESUNCION DE INOCENCIA**, por lo cual se desarrolla la relación entre estas dos figuras, y la forma en la que una vulnera a la otra.

En todo Estado de Derecho, los derechos fundamentales de las personas, deben ser resguardados, estableciéndose principios, para su preservación y respeto a la paz social. En el sistema procesal penal, estos derechos no son excluyentes para los imputados, puesto que gozaran de las garantías procesales durante el juicio y estarán cubiertos por la presunción de inocencia, que otorga al afectado un status especial en que goza de todas las facultades que se establecen en el ordenamiento jurídico, mientras no se compruebe su culpabilidad y se dicte sentencia.

No obstante, las garantías del imputado deben ser resguardadas, es posible que algunas de ellas sean limitadas en el proceso, pero deben serlo de forma racional, y proporcional al delito cometido y además, con respeto a los derechos naturales que le asisten así como la calidad de inocencia, pues a partir de este principio fundamental, debe considerarse al imputado como una persona inocente a la cual se le esta atribuyendo un delito que puede o no puede terminar siendo condenado, y ante todo para mantener la justicia y la seguridad jurídica, se tiene que agilizar el proceso y utilizar medidas que permitan al imputado responsabilizarse frente al órgano jurisdiccional en el sentido de prestar la ayuda necesaria para la investigación y a su vez permitirle al imputado el pleno desarrollo de sus actividades diarias sin alterar su vida, por una simple posibilidad jurídica que esta siendo investigada, pues hay doctrinarios que discuten la existencia o no de la presunción de inocencia, en donde se encuentran posturas extremas e intermedias.

La escuela clásica del siglo XIX, considera que esta presunción tiene un carácter absoluto dentro del proceso. En este sentido Carmignani, señala que como es mas frecuente que los hombres se abstengan a delinquir, la ley consagra para todos los ciudadanos, la presunción de inocencia.¹⁶

Por su parte, los moderados, postulan que el principio in dubio pro reo, no debe ser demasiado ventajosos para los criminales, ya que fue escrito para los hombres de bien y no debe influir las resoluciones judiciales decretadas en la investigación, aunque sean coercitivas, pues son imprescindibles.

La corriente doctrinaria del positivismo criminológico estima a la presunción de inocencia como inexistente. En esta línea, Garófalo¹⁷ postula que la presunción más razonable es la de culpabilidad, puesto que generalmente existe una calificación anticipada por la opinión pública y el imputado tiene más probabilidades de ser condenado, exigiendo la prisión preventiva de manera generalizada, en los delitos más graves.

Dentro de esta misma corriente, la escuela Técnica-Jurídica, ataca el contenido fundamental del principio, basados en una concepción autoritaria de las relaciones entre Estado y el individuo.

En relación a esto, Perego señala que el Estado, contiene en su potestad el principio de la tutela social, o de la tutela del delincuente y entre estos el principio de la tutela esencial.¹⁸

¹⁶ Universidad Católica de Temuco, tesis. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo código Procesal. Alumno, leila Y gitermann. Profesor. José Martínez Ríos....p. 63.

¹⁷ Universidad Católica de Temuco, tesis. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo código Procesal. Alumno, leila Y gitermann. Profesor. José Martínez Ríos....p. 64-65.

Manzini, partidario de esta escuela, sostiene que el objeto del proceso es la comprobación del delito, por lo tanto es presumible la procedencia de la imputación y por ende, si presumimos la inocencia, no tendría sentido procesarlo, o someterlo a prisión preventiva.

Dentro de la legislación salvadoreña este principio ha estado presente desde los inicios de la regulación constitucional y legal, sin dudarse de su existencia. Sin embargo, en los hechos concretos, no dejaba de ser una mera declaración de principios, pues se enmarcaba en un sistema inquisitivo, e imparcial, en que el juez investigaba, acusaba y fallaba. Sólo con las reformas procesales penales, en que se establece un cambio de paradigma, este principio rector, pasa a tener una verdadera consagración, pues todas las instituciones que forman parte de este sistema procesal penal acusatorio, se reestructuran y funcionan condicionadas a este principio.

2.4 LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

La presunción de inocencia es una de las razones con la cuales esta investigación ha sido motivada, en el sentido de proteger y garantizarla, ya que mas que un derecho es una calidad con la cual se nace. Es una calidad natural en virtud de la cual el ser humano no esta sujeto a culpa. No obstante existen circunstancias externas que pueden amenazar dicha calidad y verse interrumpida.

Por esta razón es apropiado desarrollar un poco del contenido de la presunción de inocencia, y así comprender la relación que tiene con esta investigación, y porque se ha mantenido a lo largo de este trabajo que las medidas cautelares aplicadas por tiempos prolongados y dejando de lado su

característica de provisional y carácter de ultima ratio, vulnera totalmente esta calidad.

El artículo 12 inciso primero de la Constitución de la República, hace referencia al derecho que todo individuo tiene a la presunción de inocencia, en dicha disposición se plasma “toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio publico, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”

2.4.1 Derivación de la Presunción de Inocencia de la Dignidad de la Persona y de los márgenes de Libertad de esta.

Esta institución se deriva de la dignidad de la persona y de los márgenes de su libertad personal, una de cuyas consecuencias es que todo lo que no haya sido prohibido de conformidad a lo que la constitución legitima, no puede ser perseguido, juzgado ni sancionado. Por ello, es indispensable que el ordenamiento jurídico establezca, como dice Jorge E. Vasquez Rossi “ el catalogo de infracciones punibles, de índole taxativo y no susceptible de interpretaciones ampliatorias o analógicas”.

En consecuencia con lo anterior, la sanción solo puede imponerse cuando ocurre un conjunto de acciones, actos o comportamientos prohibidos. Como dice el autor antes citado: “es lo que se conoce como derecho penal de acto. Lo que el orden jurídico penal entiende como dis Fiscalía General de República valioso para la coexistencia y por ello prohíbe, es la realización de determinadas acciones u omisiones, que describe a través de los tipos pertinentes. Pero no se prohíbe una cierta forma de ser, se pena un comportamiento, no un modo o condición de vida”

Mientras no se pruebe, en la forma exigida por la constitución, que alguien ha realizado tales acciones o a incurrido en las referidas omisiones, se le debe presumir inocente

2.4.2 Polémica Terminológica.

Existe debate sobre la denominación correcta de esta institución. Quienes critican la tradicional- que es la usada por la Constitución de la Republica- que expresa que en este caso no se esta en la situación de inferir un hecho desconocido de otros u otros conocidos. Por eso prefieren hablar de “principio de inocencia”, ha sido la circunstancia que el imputado no esta obligado a probar su inocencia, sino quien lo acusa es el que debe probar la culpabilidad del primero, que se asemeja a lo que ocurre cuando a alguien le favorece una presunción legal, en la cual la carga de la prueba corresponde a quien niegue la verdad del hecho inferido con el auxilio de la misma¹⁹.

2.4.3 Naturaleza Jurídica.

La naturaleza jurídica de esta institución, ha sido generadora de polémica, es así como se hacen diversas consideraciones, la teoría tradicional consideró que era una presunción y todavía hay quienes- aun cuando son un sector minoritario- tratan de superar las críticas formuladas a dichas tesis.

Existen posiciones que le niegan la naturaleza de “presunción” a la institución, analizaremos los siguientes conceptos de J.L Vasquez Sotelo” no

¹⁹ Ensayos numero 1, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, pag. 100

se trata de una genuina o autentica presunción, ya que ni por su estructura ni por su funcionamiento puede ser equiparada a las presunciones, sino que se configura como una verdad interina o provisional que la norma fundamental establece a favor de todos los ciudadanos, la cual les protege en todo caso hasta que, eventualmente, se produzca la prueba y con ella la certeza jurídica de la culpabilidad.

Algunos autores sostienen que la llamada “presunción de inocencia” es un principio general del proceso. Francisco Rubio Llorente expresa que “constituye una directriz básica para la interpretación de la constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por alto, y cuyo carácter doctrinal, si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda de la constitución, cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social.

Otros autores destacan la incidencia metodológica que impone la “presunción de inocencia”. Usualmente se trata de aquellos que la entienden como un principio. Del mismo dimanar las reglas orientadoras para el conocimiento; las cuales obligan al juzgador a que en el punto de partida, debe estimar que el imputado no es el sujeto culpable; de igual manera como el juez debe considerar, en principio que toda ley es constitucional, como punto de arranque de un análisis crítico sobre el acomodo de la misma, a la ley suprema. Si en el punto de partida el juez se dejó influenciar por la creencia que el imputado es culpable, este método estaría viciado.

2.4.4 Concepto del Derecho la Presunción de Inocencia.

Al fundamentar en la proclamación de la “presunción de inocencia” como un derecho, sería aceptable el siguiente concepto de la misma: “un

derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que esta investida toda persona física acusada de un delito, y consiste en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación, viniendo obligado el juez o el tribunal a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar.

2.4.5 Eficacia y Alcance de la Presunción de Inocencia.

Además de contar con un concepto de la presunción de inocencia, es conveniente determinar con precisión su eficacia y alcances, para garantizar el ejercicio adecuado de este derecho y, entre otras cosas, evitar un vicio bastante generalizado en la práctica, tanto nacional como de otros países, de intentar analizar determinados supuestos en el ámbito de este derecho, cuando el mismo nada tiene que ver con la presunción de inocencia, o, en sentido contrario, negar vigencia del derecho, en materias donde si la tiene.

En relación a la eficacia y alcances de la presunción de inocencia, continuación se desarrolla una síntesis de los postulados más significativos que ayudaran a comprender y asimilar de una manera más sencilla su contenido:

El principio de la presunción de inocencia, debe valorarse y respetarse para emitir un juicio de valor respecto quien debe probar y de qué manera debe hacerlo. Al respecto el tribunal supremo español ha dicho que “ no debe tomarse el termino en sentido normativo sino factico, en el sentido anglosajón de prueba de la producción del hecho y de la intervención en el del procesado”. Además a reiterado la siguiente precisión: “ la inocencia... ha de entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación del procesado”.

Ernesto L. Chiesa Aponte manifiesta que el precepto constitucional que garantiza la presunción de inocencia exige que toda convicción siempre este sostenida por prueba que establezca mas allá de duda razonable todos los elementos del delito y la conexión del acusado con los mismos.

En consecuencia la jurisprudencia y la doctrina, han llegado a precisar que la presunción de inocencia no se proyecta,- por no tratarse de elementos del delito,- la presunción de inocencia no se comprueba, ya que es una calidad propia del imputado que a lo largo del proceso debe prevalecer y únicamente a través de una sentencia firma condenatoria donde se construya jurídicamente la culpabilidad puede ser desvirtuada.

En cambio los órganos acusadores si están obligados a probar que en un caso concreto existen circunstancias que agravan la responsabilidad penal. En este sentido la suprema corte de Los Estados Unidos de América ha expresado que “la preocupación constitucional no es solo en relación con la determinación abstracta de culpabilidad o inocencia, sino también con el grado de culpabilidad criminal”²⁰.

Ernesto L. Chiesa se refiere a este punto manifestando que al referirse a la presunción de inocencia, hacia hincapié en que este concepto o termino, alertaba a los jurados a sacar de sus mentes toda sospecha que genera el arresto, acusación y enjuiciamiento de una persona, para tratar de emitir el veredicto solo a base de la prueba desfilada en el juicio. `

La presunción de inocencia tiene como ámbito propio y específico el proceso, particularmente en el campo de la valoración de la prueba, debe

²⁰ Ensayos nº 1, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, pag de 121 a 124.

tenerse en cuenta que se trata de un derecho consagrado en la constitución. El inc. 1° del art. 12 cn. Constituye un criterio normativo de aplicación inmediata. Es una norma preceptiva u operativa que los magistrados y jueces deben aplicar sin que sea preciso para ello ningún desarrollo legislativo ordinario. Además, las formulaciones de la ley secundaria sobre este derecho fundamental, deberán interpretarse conforme a la constitución.

Al gozar de la posición de preeminencia y de privilegio que es propia de los derechos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, no solo la jurisdicción esta obligada a respetar la presunción de inocencia, sino que también lo esta el órgano legislativo, por lo cual en la elaboración de leyes no debe contradecir o vulnerar ese derecho, estableciendo por ejemplo presunciones legales de culpabilidad.

2.4.6 Presupuestos Formales y Materiales para destruir o Enervar la Presunción de Inocencia.

La doctrina española, con fundamento en la jurisprudencia de su tribunal constitucional, ha venido a establecer cinco presupuestos, algunos de naturaleza formal y otros de naturaleza material, los cuales deben ser cumplidos para que la presunción de inocencia pueda ser válidamente desvirtuada o enervada. A continuación formulamos una síntesis de tales presupuestos:

- Que se haya producido prueba. Ha de tratarse de pruebas, no de impresiones o apariencias no contrastadas en juicio. Se requiere a lo largo del proceso realizar la actividad probatoria necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada y, en cuanto tal, destructora de la inicial presunción de inocencia. Puede tratarse de

una sola prueba, aunque lo deseable es que se desarrolle una actividad probatoria mas amplia que pueda llevar al juzgador a la certeza sobre la culpabilidad del imputado, sin perjuicio, se repite, de aquellos supuestos en que una única prueba pueda llevarle con la misma certeza a dicha conclusión.

- Dicha prueba debe ser producida con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria y con todas las garantías inherentes a un proceso público.
- Es preciso que esa prueba de alguna forma pueda entenderse de cargo.
- De la que pueda desprenderse, por tanto, la culpabilidad del imputado.
- Que se haya producido en la vista pública, pues así lo demandan los principios de oralidad, inmediación y contradicción, ello sin perjuicio de aquellos supuestos de excepción, previstos legalmente; por ejemplo los de prueba anticipada y de aquellos otros que han sido revestidos de un carácter pericial o técnico.

Cuando empieza y cuando termina el periodo de ejercicio del derecho a la presunción de inocencia, es una pregunta recurrente en esta investigación, pues su respuesta difiere en la teoría con la practica

En el último presupuesto se establece que la prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia debe producirse, salvo las excepciones que ahí se establecieron, en vista publica. Por lo cual para mejor comprensión se ha utilizado la denominación que el código procesal penal adjudica a tal audiencia.

La exigencia que la prueba que desvanece la presunción de inocencia debe realizarse en la etapa del proceso que estamos aludiendo y que la declaratoria de culpabilidad que la enerva, solo puede hacerse en la sentencia definitiva, es uniformemente reclamada tanto por los precedentes históricos aludidos, por la doctrina, como por la jurisprudencia comparadas.

Por lo cual, es comprensible que en la jurisprudencia que se ha sintetizado, se haya sostenido constantemente que toda persona acusada de un delito se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada en la sentencia definitiva firme, pues la ausencia de tal presupuesto desnaturalizaría absolutamente el derecho a la presunción de inocencia.

Mientras la culpabilidad no ha sido declarada judicialmente, no puede sostenerse válidamente que ha sido probada. Ello es una noción básica del derecho procesal que no amerita ninguna justificación adicional. La exigencia que tal declaratoria debe formularse en la sentencia definitiva firme, la cual merecerá comentarios adicionales.

Lo importante es lograr determinar y responder la siguiente interrogante ¿Cuándo empieza y cuando termina el ejercicio del derecho a la presunción de inocencia que la constitución reconoce a todo imputado en el inc.1° del art. 12 Cn.?

La respuesta es simple. El imputado tiene garantizado el ejercicio de ese derecho desde que tiene la calidad de tal, hasta el momento en que esa condición termina en el proceso. Esa terminación puede ocurrir, normalmente, cuando en sentencia definitiva firme se declare que es culpable

Hasta entonces, la protección que en el ejercicio de tal derecho fundamental comentado le brindaba ya no tiene razón de ser, pues en tal circunstancia, el órgano acusador no puede seguir ejerciendo la pretensión punitiva y la liberación de la carga de la prueba de su inocencia a favor del antes imputado, carece de sentido. Igual ocurre con las otras formas de terminación del proceso, diferentes de la sentencia definitiva firme.

La Constitución de la Republica, expresa en el inc.1° del art. 12, que: “toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio publico, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.”

Como antes mencionamos, esta redacción replica casi íntegramente el contenido del art.11.1, de la declaración universal de derechos humanos, por lo cual la jurisprudencia y doctrina referentes a tal disposición de este instrumento internacional, que ha sido utilizado profundamente en España para determinar el contenido esencial de este derecho, es de gran utilidad para la interpretación de la disposición constitucional.

CAPITULO III

3. LA CONSTITUCION Y LEYES SEGUNDARIAS EN LA REGULACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

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

La constitución de la República es la norma primaria, todas las demás normas jurídicas están subordinadas a esta.

Los tratados Internacionales son normas que nacen por acuerdos, pactos, de carácter internacional celebrados generalmente entre Estados; puesto que puede celebrarse por sujetos de derecho internacional regidos por los mismos Estados parte y destinado a producir efectos jurídicos.

Una vez que el Estado de El Salvador Celebra un tratado internacional, y este es ratificado por el órgano legislativo, se constituye en ley de la república; al entrar en vigencia éste pasa a ser norma interna y por lo tanto los sujetos puede ampararse en este derecho objetivo.

Los tratados internacionales están por encima de las leyes, según se dice en el artículo 144 Cn. Inciso segundo, de la constitución el cual prescribe “en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado”.

Lo acordado en un tratado no puede contradecir los preceptos constitucionales, en caso de darse lo contrario, cualquier ciudadano puede pedir la declaración de inconstitucionalidad, conforme al art. 183 Cn. Siguiendo el mismo proceso para la inaplicabilidad de tratados, leyes y reglamentos.

La ley encuentra su fundamento y proceso de creación en la Constitución de la República en el art. 133 y Siguientes.

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

3.1 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA.

3.1.1 Definición.

El termino constitución es usado en lenguaje jurídico con multiplicidad de significados. No es pertinente para el presente trabajo hacer un inventario completo de las diferentes acepciones; más si será necesario distinguir al menos cinco de ellas, con el fin de ubicar la jerarquía normativa.

En una primera acepción “Constitución” denota todo el ordenamiento político de tipo liberal, (liberal-Garantista; la constitución es concebida aquí como limite al poder político).

En una segunda acepción “Constitución” indica un cierto conjunto de normas jurídicas: a grosso modo aquel conjunto de normas en algún sentido fundamental que caracteriza e identifican todo el ordenamiento jurídico sistematizado de un determinado país.

En una tercera acepción “Constitución” denota simplemente, un documento normativo que tiene ese nombre. Es decir el simple concepto cuya definición encontramos en la misma ley, ya que Constitución es un término utilizado generalmente por todos los ordenamientos jurídicos

En una cuarta acepción “constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales” de un particular régimen jurídico²¹

Una quinta acepción: es la Ley suprema contenida en uno o mas documentos escritos, que se caracterizan por su preeminencia, jurídicamente relevantes respecto de todas las normas de un ordenamiento jurídico y que adquiere relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación, en relación a la que se exige para leyes ordinarias²²

3.2 PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

La constitución como norma ocupa el máximo rango en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, a ella se encuentra, subordinada todas las demás normas jurídicas; por lo que es necesario que esta sea producto de un proceso de decisión democrática, el cual ha de permitir la participación de todos los sectores políticos que represente los demás componentes e intereses sociales, exige tener en cuenta los intereses de todos los sectores, incluso los minoritarios.

²¹ Fundamento del derecho constitucional tomado de revista de derecho constitucional mexicano, documentos elaborado por Área del Derecho constitucional y derecho humanos de la escuela de capacitación judicial del consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador. “200. Pág. 1

²² Héctor Fix Zamudio “La constitución y su Defensa (ponencia general en la constitución y su Defensa UNAM, México, 1984, P.14.

El principio de la Supremacía constitucional, inicia su regulación en el preámbulo de la constitución. La asamblea convocada para hacer la constitución, afirma tal calidad y por consiguiente, le confiere a su obra supremacía Legal, lo que se confirma posteriormente en el art. 246 Cn. Que Prescribe que los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta constitución no pueden ser alterados por leyes que regulen su ejercicio y que prevalece sobre leyes y reglamentos.

El artículo 235 Cn. Por otra parte ordena que todo funcionario al tomar posesión de un cargo proteste ser fiel a la República y hacer cumplir la constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que sean sus leyes, decretos ordenes o resoluciones que la contraríen.

En Concordancia con este principio se encuentran los art. 144 Cns, el cual prescribe: Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Art. 145.- No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República, el art. 244 ordena que se sancione la violación o alteración de la constitución.

La violación a la constitución la cual es la norma primaria y considerada como la ley suprema, es totalmente inaceptable, consecuentemente carece de valor y produce nulidad, puesto que ninguna ley ni tratado puede contradecir el contenido de la Constitución

Además la constitución establece medios de control para asegurar que las normas secundarias del Estado sean conformes con ella. A tal efecto ha establecido los procesos de inconstitucionalidad, de amparo, habeas corpus, incluso consagra el derecho a la insurrección con el solo objetivo de establecer el orden constitucional, estas disposiciones demuestran claramente la importancia del principio de supremacía constitucional.

El principio de supremacía suele vincularse con la fundamentalidad de la constitución; cualidad que hace que esta se califique como la ley fundamental del Estado; Ignacio Burgoa sostiene que la Constitución es “la fuente de Validez formal de todas las normas secundarias que compone el derecho positivo²³, es el ordenamiento básico de toda la estructura jurídica estatal: es decir el cimiento sobre el que se asienta el sistema normativo de derecho en su integridad. Consiguientemente, el concepto de fundamentalidad equivale al de primacía de la constitución, o sea, que la constitución es la ley fundamental y al mismo tiempo es la ley primaria, configurándose así el principio de supremacía.

La constitución es el orden fundamental, quiere decir aquí que la constitución es la base en que descansa el restante ordenamiento jurídico²⁴ y de esta manera como goza de verdadera supremacía, y goza de todo el

²³ Ignacio Burgoa. Derecho Constitucional Mexicano. Porrúa, Mexico, 1973, p.412

²⁴ Transcrito por segundo V. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo III, Cit. pp. 303, 304

respeto del conglomerado aceptando que el contenido de las leyes, de los tratados, de los reglamentos, de las ordenanzas, de las sentencias y actos administrativos sea conforme a los parámetros de la constitución que no es otra cosa que la supremacía de esta

3.2.1 Tutela Legal y Efectiva.

La protección jurisdiccional, como actividad humana, tiene como fin último el cumplimiento de la justicia, este es el fin primordial cuya responsabilidad recae en el órgano judicial

La frustración en la forma de acceso a la Justicia, y en la falta de actuación oportuna de los órganos jurisdiccionales, a su vez, va generando una situación de desconfianza, por la lentitud y poca eficacia de los procesos judiciales. Efectivamente, hoy se acusa la lentitud de la justicia a través de la mora judicial, y la carencia de mecanismos idóneos para proteger los derechos de los ciudadanos.

En razón de lo anterior, cobra vigencia la importancia y valor del principio constitucional llamado: Tutela judicial Efectiva, y que está contenido especialmente en la constitución de la república de nuestro país y como ordenamiento supremo regulada este principio jurídico.

La Corte Suprema de Justicia tiene como atribución “Vigilar porque se administre pronta y cumplida justicia, para lo cual adoptara las medidas que estime necesario” principio consagrado como de “Tutela Legal y Efectiva” que en sentido amplio significa garantizar el debido proceso a las partes en litigio, a través de la aplicación de los mecanismos procesales que impliquen un rápido y eficaz cumplimiento de las providencias judiciales.

Es por ello que el legislador tuvo la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico vigente, determinados instrumentos procesales conocidos por la doctrina contemporánea como medida cautelar, permitiendo al juzgador hacer ejecutar lo juzgado art. 182 Ord. 5º y 172 inc. 1º Cn.

La garantía de pronta y cumplida justicia, sostiene que la persona debe ser juzgada en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas.²⁵

Lo anterior significa, que el legislador está en el deber de crear los mecanismos procesales que faciliten y garanticen el acceso a la justicia, y sobre todo que haya una protección rápida de los derechos y libertades fundamentales. Justamente, uno de esos instrumentos jurídicos de gran actualidad son las medidas cautelares. La existencia de las medidas cautelares es necesaria, pero no así en la durabilidad pues se contradice con el principio de inocencia, la aplicación de estas representa una sanción jurídica anticipada.

3.3 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

Se pueden entender como ideas básicas y generales que ayudan a entender la interpretación sobre la que se articulan las instituciones que integran el ordenamiento jurídico, las cuales son aplicables en todas las áreas del derecho, como principios universales

El artículo 2 de la Constitución de la Republica prescribe: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la

²⁵ Jurisprudencia. Sala, proceso de habeas corpus, numero 54-2003, pronunciada en fecha 20-X- 2003,

conservación y defensa de los mismos”. Se observa, que después de enunciar los derechos fundamentales, entre los que figuran: la vida, la integridad física y moral, la Libertad y la Seguridad, la Constitución impone al Estado la obligación de protección, conservación y defensa de estos.

El principio mas importante es el de la Libertad ambulatoria, el cual es un derecho natural, adherente a la persona humana, que se tiene desde el momento de la existencia por el simple hecho de ser persona.

Cuando una persona se ha sido señalada por la comisión de un hecho constitutivo de delictivo, el ordenamiento jurídico constitucional debe garantizarle la libertad ambulatoria por medio de otro principio constitucional de igual jerarquía.

3.4 PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD.

3.4.1 Habeas Corpus.

El derecho a la libertad es un derecho reconocido y tutelado por la Constitución de la república, el cual también es un derecho natural de la persona. La constitución regula para si mismo mecanismo de defensa, entre los cuales se encuentran el de exhibición personal, que es exclusivo para tutelar el derecho a la libertad ambulatoria.

Este es un mecanismo procesal que protege a la persona contra las detenciones ilegales cometidas especialmente por las autoridades civiles y administrativas. Se entiende que existe detención ilegal cuando esta se decreta sin las formalidades legales o por autoridad competente o fuera de los casos previstos por la ley o sin el necesario fundamento de esta.

El habeas corpus tiene su fundamento constitucional en el art. 11 que prescribe “La persona tiene derecho al habeas Corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad, pero además también procederá cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas; la misma constitución regula este tipo de mecanismo, el cual ha sido creado exclusivamente para proteger el derecho a la libertad ambulatoria.

Esto indica el grado de importancia que el sistema constitucional otorga a la Libertad personal, buscando en todo momento que una persona no sea privada de libertad, sin los fundamentos legales y sin que exista una convicción clara que indique que existe la posibilidad de que este haya participado, en la comisión de un delito, lo cual solo puede ser determinado mediante un juicio donde se determine mediante sentencia, que es culpable rompiendo así con el principio de Inocencia.

Esto indica el valor constitucional que tiene el derecho a la libertad personal, y por lo tanto la aplicación de una medida cautelar que perdure en el tiempo, esta afecta los derechos de los imputados, pues estos se tutelan en el derecho subjetivo del “Principio de Inocencia”.

Y si la Constitución como ley suprema ha establecido la importancia del derecho a la libertad ambulatoria, tanto que ha diseñado un proceso especial, con el cual el estado pueda garantizar que este derecho no sea restringido salvo en casos necesarios y previamente establecidos en la ley.

Es evidente que la ley secundaria no tomo en consideración la voluntad emanada de la Constitución de la Republica, al establecer la figura de las medidas cautelares, pues la esencia de esta figura procesal esta

orientada específicamente a restringir la libertad ambulatoria de los imputados cuya culpabilidad no ha sido construida consecuentemente su situación jurídica, es la de inocente, es decir que para la ley y para los aplicadores de justicia el imputado posiblemente ha participado en el delito que se le imputa.

Bajo esta perspectiva las actuaciones judiciales deberían de ir orientadas a beneficiar al imputado dándole un trato de inocencia, buscando los mecanismos que permitan las investigaciones pertinentes, pero que con estas no perjudiquen la vida del imputado ni vulnere los derechos que le corresponden.

De esta manera existiera un equilibrio entre la ley suprema y la aplicación de la ley procesal penal, ya que se armonizaría el contenido de la segunda que tiene como objeto principal aplicar el ius puniendi del estado con la primera cuyo propósito es definir los principios y garantías aplicables en todas las áreas del derecho incluyendo el derecho penal.

3.5 PRINCIPIO PRESUNCION DE INOCENCIA.

La presunción de inocencia es una de las garantías procesales establecidas en la ley primaria cuyo respeto es imprescindible para no afectar los derechos de una persona.

El derecho a la presunción de inocencia está establecido en el: Art. 12 de la Constitución, que determina que toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

Para Alberto Binder la “inocencia” es un concepto referencial, que toma sentido cuando existen posibilidades de que la persona pueda ser culpable, es decir, cuando ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales²⁶.

Es por ello que su estructura toda norma jurídica es lógica: en el supuesto normativo, se presume la inocencia mientras no exista prueba de culpabilidad de conformidad a la ley en un proceso público. Es decir, cuando ante la jurisdicción existen elementos probatorios de culpabilidad, la presunción de inocencia inevitablemente se confronta con aquellos, sin embargo, la persona imputada ante las evidencias debe ser tratada “como si fuere inocente”.

Asimismo, hasta esa declaratoria, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable o brindar información sobre ella en ese sentido. Sólo se podrá informar objetivamente sobre la sospecha que pende sobre el acusado a partir del auto de apertura a juicio público. No obstante, el tribunal podrá regular la participación de los medios de comunicación cuando la difusión masiva pueda perjudicar el normal desarrollo del juicio.

El derecho a la presunción de inocencia implica fundamentalmente que la persona conserve su situación básica de libertad y ésta debe garantizársele mientras no sea declarada culpable en una sentencia condenatoria ejecutoriada. Este derecho encuentra apoyo en el Art. 11 de la Constitución donde se establece que ninguna persona puede ser privada del derecho a la libertad sin previamente ser oída y vencida en juicio.

²⁶ Tomado de Ensayos n° 1, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, pags 231 a 234.

El imputado es una persona que se somete a proceso para que pueda defenderse, llega libre al proceso y durante el mismo debe respetársele su derecho a la libertad.

La restricción de la libertad del imputado durante el procedimiento sólo será admisible si existe peligro cierto de fuga, o cuando este en peligro un acto concreto de la investigación, mientras dichos peligros subsistan.

3.6 DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SE DERIVAN LOS POSTULADOS SIGUIENTES:

- 1) Solo la sentencia condenatoria tiene la virtualidad de destruir el derecho a la libertad, por lo tanto el imputado conserva a lo largo de todo el proceso su condición de ciudadano libre.
- 2) La culpabilidad debe ser jurídicamente construida, el proceso penal ciertamente se inicia por la sospecha de la participación delictual del imputado, y es probable que en el transcurso del proceso se aporte prueba de cargo de manera que la sospecha respecto al imputado aumente. El grado menor o mayor de sospecha es irrelevante para preservar incólume la presunción de inocencia mientras la culpabilidad no se declare en la sentencia.
- 3) Solamente el acto judicial de la sentencia puede construir la culpabilidad y destruir la condición básica de libertad.
- 4) La construcción de la culpabilidad requiere certeza. Construir con certeza la culpabilidad equivale a destruir sin lugar a dudas la creencia de la inocencia del imputado y por tanto hacerlo sujeto de

consecuencias penales que entraña la sentencia condenatoria, principalmente la privación de libertad que acarrea la pena.

- 5) Según el IN DUBIO PRO REO, si no existe un grado de certeza que elimine todo margen razonable de duda, prevalece la libertad del indiciado, esto es una limitación a la actividad punitiva del Estado.
- 6) El imputado no debe ser tratado como culpable, esto implica que además de respetársele su derecho a la libertad también debe garantizársele el derecho al honor.
- 7) Aunque una persona sea acusada de los delitos más graves, puede acogerse a la presunción de inocencia, la que parece una ventaja para el transgresor, sin embargo, el principio de igualdad en la aplicación de la ley obliga a dar a todos los ciudadanos las mismas garantías y sobre todo el mismo trato en las diferentes situaciones jurídicas en las que se puedan encontrar, sobretodo en situaciones de imputación.

3.7 LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

Las medidas cautelares son eminentemente de carácter procesal, ordenadas por el juez competente, por lo que se hace necesario mencionar que el proceso penal en la acción pública y previa instancia particular, tiene características especiales en su desarrollo

En ese sentido la persecución penal esta conferida exclusivamente a la Fiscalía General de la República, iniciando con la presentación del requerimiento fiscal ante el juez de paz, dentro de los dos tipos de acción

penal, mencionados anteriormente, caso contrario en la acción privada la persecución penal esta conferida al interesado particular, e inicia mediante acusación ante el tribunal de sentencia, razón por la cual es un proceso sintetizado que difícilmente termina con una sanción privativa de libertad

En los tres tipos de acción es legalmente aplicable una medida cautelar, sin embargo en la practica estas se aplican generalmente a los tipos de acción mencionados primero, y fundamentalmente al de acción publica y de manera casi nula en los procesos de acción privada.

El fundamento jurídico de la aplicación de este tipo de medidas se encuentra en el art. 13 inc 2º de la cn. “La detención por el termino de inquirir no pasara de 72 horas, y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria, y a decretar su libertad o detención provisional, en termino” .

El artículo anterior esta referido a la detención por el termino de Inquirir y a la Prisión Preventiva; estas decisiones judiciales son tomadas en el desarrollo del proceso; por lo que son verdaderas medidas cautelares.

3.7.1 Detención por Inquirir.

La detención por el término de inquirir, constituye una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado, con el objeto esencial de resolver sobre la misma, restableciendo dicho derecho o adoptando una medida cautelar menor interina²⁷

²⁷ Jurisprudencia, Habeas Corpus numero 56-2003, de fecha 20-10-2003.

3.7.2 Prisión Preventiva.

En el lenguaje procesal penal salvadoreño, la prisión preventiva es conocida como "detención provisional". También la detención preventiva en El Salvador se convierte en la fuente del fenómeno del preso sin condena y en la forma de relegar el principio constitucional de la presunción de inocencia a una simple declaración teórica sin aplicaciones prácticas. Por eso, sin temor se puede afirmar: que la detención provisional opera en el medio en franca oposición a las garantías constitucionales, y ha llegado a convertirse, como en otros países, en una pena anticipada. Los jueces la utilizan indiscriminada y represivamente en todos los delitos, lo que provoca un fuerte desequilibrio e inestabilidad en el sistema penal.

3.8 NORMATIVA INTERNACIONAL.

3.8.1 La Presunción de Inocencia regulada en los Tratados Internacionales.

La Declaración Universal de Derecho Humanos, en su artículo 11.1, señala que toda persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2, N° 2 manda que toda persona acusada de un delito, tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Luego, en su artículo 14.3, se enumeran las garantías mínimas de los sistemas procesales penales de los Estados partes, a favor de todo sujeto que sea acusado de la perpetración de un delito.

La Convención Americana Sobre derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica, que dispone en su artículo 8.2 *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”*

3.8.2 Derechos y Garantías del imputado reconocido por el Derecho Internacional y Violentado al momento de decretar las Medidas Cautelares, específicamente la Detención Provisional en el Proceso Penal.

Los derechos que los pactos Internacionales reconocen deben ser establecidos en el derecho interno por las personas sujetas a la jurisdicción del Estado al que ese derecho interno pertenece, lo que deriva a proponer, que cuando los Instrumentos jurídicos internacionales ingresan al derecho interno convierten a las mismas personas en sujetos activos de los derechos reconocidos en sus normas internacionales, más allá de que éstas sean operativas o programáticas; cuestión que esta plantea problemas diferentes al de la titularidad de dichos derechos, esto debido a que la Constitución, que es la ley primaria en el ordenamiento Jurídico Salvadoreño, así lo establece, por lo cual su contenido debe ser respetado y preponderado sobre el resto de leyes de la republica.

Las personas por fuente de los tratados internacionales, son titulares de los derechos que éstos les reconocen para que dispongan de esa investidura en el propio derecho interno. Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen operativamente el derecho a la libertad y a la seguridad personal en forma conjunta, la cual representa una herramienta muy importante para la protección de los derechos fundamentales de todo ser humano.

Al enfocarse la libertad física o corporal, y entonces se puede hacer una doble reflexión: por un lado que está bien hablar de un "derecho a la libertad" porque al hablar de "derecho" se orienta a la libertad como libertad jurídica, por otro lado, que si se trata de la libertad física como derecho personal, también está bien asociarla a la seguridad con la cual se garantiza el derecho a la libertad como bien eminentemente protegido.

La seguridad jurídica no es un derecho que sólo se anude de modo expuesto a la libertad corporal, porque se proyecta a otros campos distintos de ella. Y en tal irradiación, la seguridad jurídica se adosa, aunque no se la mencione, a muchos derechos, libertades y garantías que los Pactos reconocen (así, a los de los Artículos 4, 5, 6, 8, 9, 22, 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a los Artículos 6, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

También los dos tratados Internacionales siendo estos el Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, art. 9 y La Convención Americana de Derechos Humanos art. 7, coinciden en asegurar que nadie puede ser privado de su libertad (mediante detención, prisión o encarcelamiento) en forma arbitraria, lo que en realidad equivale a que, exigiendo que la privación de la libertad responda a causas y formas legales, estas disposiciones sirven como parámetro de interpretación.

Además los pactos antes mencionados consagran el derecho de toda persona acusada o inculpada de delito a que se presuma su inocencia mientras no sea condenada legalmente como culpable. Y la Constitución consagra en el inciso primero del Art. 12 el derecho a la presunción de inocencia: "Toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio

público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

3.9 JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL SOBRE LA FALTA DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL.

Tal como se demuestra en Sentencia de Hábeas Corpus pronunciada por la Sala de lo Constitucional del expediente HS019R96.96 determinó la falta de aplicación de la Normativa Internacional de los Tratados Internacionales al momento de decretar la medida cautelar de la detención provisional, en virtud de ello la Sala hace las consideraciones siguientes: “las normas constitucionales debido a su carácter fundamental deben de ser respetadas por el Juez correspondiente en este caso tomar en cuenta el Art. 144 cn., lo cual dicho funcionario no hizo y como consecuencia de ello, tampoco aplicó las regulaciones internacionales.

Los tratados son expresión de la conciencia jurídica de la comunidad internacional, que al ser ratificados por El Salvador, hace suyos esos preceptos, principios y valores universales, que no deben de ser desconocidos en los procedimientos penales. Al no ser tomado en cuenta en el auto que decreta la detención provisional, toda la normativa jurídica aplicable al caso, se tiene que señalar en esta resolución que la detención decretada a la fecha es ilegal.

En base a estos criterios se ha observado que el juez como aplicador de la ley, constantemente lesiona uno de los derechos fundamentales como lo es el derecho a la libertad personal al no aplicar las disposiciones contenidas en los tratados, ya sea por la poca importancia o desconocimiento de la legislación internacional.

A pesar de ello no puede decirse que la aplicación de la normativa internacional es nula en El Salvador, ya que se puede asegurar que ha habido uso de los Tratados internacionales como instrumentos de integración o complementación de las normas legales secundarias, en aplicación del Art. 144 cn., por la Sala de lo Constitucional que reconoce como de obligatoria observancia y de aplicación directa, las disposiciones de los tratados Internacionales cuando aquellas se refieren a garantías procesales básicas, es decir a los derechos que mantienen los imputados; dando un avance importante en la evolución de la aplicación del Derecho internacional.

Más adelante dentro de esta investigación se explicara de manera puntual haciendo una clasificación en las áreas mas importantes, las formas en las cuales se vulneran los derechos y garantías del imputado con la aplicación de las medidas cautelares, dentro del título: **“INCIDENCIAS DEL IRRESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”**.

3.10 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL CODIGO PROCESAL PENAL.

Las medidas son consideradas coactivas ya que afectan o limitan los derechos del individuo garantizados constitucionalmente, por lo que deben ser excepcionales y reguladas taxativamente. El artículo 12 de la Constitución consagra el principio de inocencia de toda persona mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a la ley y en juicio oral y público. Este principio constitucional es concordante con el **artículo 6 del Código Procesal Penal** en el cual se establece que la aplicación de las medidas cautelares es excepcional debido a que el derecho que se restringe es la libertad del imputado, por lo tanto deberá ser proporcionada, sin exceder el tiempo señalado para la pena prevista.

Análisis.

Para que la **detención provisional** no contraría el principio constitucional de la presunción de inocencia, Art. 12 Cn., ni la garantía del Juicio Previo Art. 11 cn.; es necesario observar que tal medida no debe ser la regla general sino que debe ser una medida de carácter excepcional²⁸,

De la forma que lo establece el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Los tratados de conformidad al Art. 144 Cn. Constituyen leyes de la República y además, en caso de conflicto entre el Estado y una ley, debe prevalecer el tratado

Los Jueces en diversas ocasiones en la tramitación de procesos penales, únicamente toman en cuenta las disposiciones de la ley procesal, sin detenerse a interpretar el derecho de forma integral, es decir que decretan la medida cautelar en forma automática, como una regla general en todos los procesos, basándose en el cumplimiento de los supuestos establecidos en el Art. 247 Pr.Pn. derogado, ignorando completamente la Constitución y los Tratados Internacionales.

El problema de la aplicación de la detención provisional y otras medidas cautelares consiste en regular, aplicar e interpretar la forma más acorde con los derechos fundamentales como la libertad personal y la

²⁸ En cuanto a que la detención provisional no es la regla general sino la excepción. Consta en el proceso penal que la jueza de paz de la ciudad de Chinameca, departamento de San Miguel, en la resolución por la que decreto la detención provisional del procesado, emitida a las catorce horas del veintiocho de Mayo de mil novecientos noventa y nueve, motivada en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político

seguridad personal establecidos en los diversos tratados internacionales para darle una mejor garantía a la persona a quien se le atribuye un hecho punible.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “La prisión preventiva de personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general” considerándose que la detención preventiva no es una pena, ni puede dársele ese carácter; simplemente es una medida cautelar de tipo personal y provisional adoptada por el Juez en base a criterios establecidos por la ley, esto complementa lo establecido por la Constitución en cuanto al Principio de Inocencia plasmado en el Art. 12 que se relaciona con los tratados

A lo dispuesto por los Tratados Internacionales que contienen los derechos fundamentales de la persona. La detención provisional consiste en la privación de libertad del imputado ingresándolo a un Centro Penitenciario durante el proceso penal en el que debe de comprobarse la comisión de un hecho delictivo y la participación delincuenciales en el mismo, actualmente esta medida se considera necesaria por algunos, por ser de carácter asegurativa, ya que ayuda a la eficacia del proceso penal.

Pero esa, es tan solo una abstracción de la realidad, una respuesta cómoda que no resuelve el problema de la delincuencia del país, pues es una situación que vulnera derechos, lo cual inevitablemente genera inconformidad y disgustos con el proceso penal, que en muchas ocasiones concluye en rebeldía por parte del imputado y el resto de la sociedad.

Además la idea que el imputado puede ser encerrado todo el tiempo que el fiscal necesite para investigar el delito es procedente, representa un

claro mensaje de incompetencia por parte de los administradores de justicia que han optado por obviar su responsabilidad de la pronta y cumplida justicia, pero la practica demuestra que no este un propósito de los administradores de justicia.

Puesto que han decidido alargar los procesos y encerrar a los imputados mientras ellos encuentran el tiempo que necesitan para desarrollar las investigaciones y determinar la verdad material del delito para dictar una sentencia definitiva, que aclare la situación del imputado, que finalmente terminaría con la ilegalidad que representa encerrar al imputado indefinidamente y sin fundamento legal.

Por regla general la detención provisional se ha aplicado en el país de manera indiscriminada, lo que ha generado una problemática compleja y un descontento generalizado entre las personas que de una u otra forma se ven afectadas por esta.

Dada la naturaleza de esta medida cautelar, ésta debe reunir los requisitos como la instrumentalidad, provisionalidad, necesidad, urgencia y la apariencia de la existencia de un derecho.

Al no ser tomado en cuenta en el auto que decreta la detención provisional los presupuestos que establece la normativa internacional como lo son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, el juez comete una omisión grave; teniendo como efecto que la detención decretada fuese ilegal

En el Código procesal derogado la detención provisional se encuentra contemplada en el Art. 247, el cual establece que, para que ésta sea decretada, deben cumplirse dos circunstancias:

Que conste suficientemente probada la existencia del delito, y Que haya elementos de juicio suficiente para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo

Sin embargo, para los delitos de homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, hurto, robo, estafa, extorsión y actos de terrorismo, únicamente se necesita que la segunda circunstancia sea cumplida, para que el Juez de la causa pueda decretar detención provisional.

El Código Procesal Penal vigente que entró en vigencia el tres de enero de 2011, introduce ciertas variaciones en el tema de la detención provisional especialmente en cuanto a los requisitos para decretar dicha medida cautelar la cual tiene carácter de ser excepcional, las medidas que la sustituyen y su cesación.

Según los Arts. 329, 330, 331 y 332; La detención provisional procede al cumplirse los requisitos siguientes:

1) que existan elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente la existencia de un delito y la probabilidad de participación del imputado.

2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aún cuando la pena sea inferior, el Juez considere necesaria la detención provisional atendiendo a las circunstancias de hecho, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

El Art. 330 establece otros casos en los que procederá la detención provisional:

Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario.

Cuando por el comportamiento de imputado durante el procedimiento o las circunstancias del caso se infiera que intentara evadir la acción de la justicia o no sea posible acreditar sus arraigos domiciliario, familiar, laboral o cualquier otra circunstancia que indique su voluntad de someterse al proceso.

Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificara, ocultara, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o que inducirá a otros a realizar conductas que conlleven a la comisión u omisión de otros hechos.

En los dos últimos casos deberá concurrir además el requisito número uno que se señala el artículo anterior.

A pesar de que el código establece en su articulado que la detención provisional es la excepción, estos criterios además de ser subjetivos porque toda apreciación sobre el futuro es, en última instancia, indemostrable, al final es el juez quien aplica este tipo de medidas y es el quien determinara al si mantiene la costumbre judicial de aplicar las medidas cautelares, lo cual implican la utilización de la prisión preventiva como una medida de seguridad pre delictual, esto implica una grave distorsión del régimen legal.

Con la nueva legislación se espera que se asegure el cumplimiento de las garantías constitucionales de manera más efectiva, y respetando el

contenido constitucional respecto a las garantías que amparan al imputado lo cual permitirá que el imputado se encamine a un proceso de resocialización lejos del ambiente nocivo de los Centros Penales.

3.10.1 Incidencias del Irrespeto a la Presunción de Inocencia.

La detención provisional en El Salvador conlleva la violación de los derechos fundamentales del detenido a quien se le restringe indefinidamente el derecho a la libertad en los llamados Centros Penales y de Readaptación.

Así por ejemplo para 1981 El Salvador se distinguió por ser el país después de Paraguay y Bolivia en mantener más presos sin condena, pues de 3,402 reclusos, solo a 593 (17.43%) se les resolvió su causa, en tanto el resto, 2,809 (82.57%) no había sido sometido a juicio.

Desde 1983 hasta 1990 El Salvador acumuló un total de población, resulta que asciende a 28.707 de los cuales se sometieron a juzgamiento 3,013 (4.6%) mientras el sobrante 27.391 (95.4%) continuaba pendiente de resolución.

En la Penitenciaría Central La Esperanza en el año de 1989 alcanzó una población reclusa de 2.058, a 200 (9.8%) se les dictó sentencia y 1858 (90.2%) esperando reclusión; en 1990 de 2,580 únicamente a 129 (5%) se le había dictado sentencia y remanente 2,469 (95%) estaba pendiente de resolución.

La Asamblea Legislativa emitió el Decreto No. 769 que contiene la Ley de Emergencia para Resolver el Problema de los Presos sin Condena 29 de mayo de 1996.

La medida cautelar privativa de libertad genera efectos que trascienden del plano jurídico a lo social y económico, los cuales son de gran relevancia para el arrestado; los efectos que pueden observarse en todos los Centros Penales del país y entre los que tenemos:

3.10.1 Jurídicos.

Los principales efectos jurídicos de la aplicación de las medidas cautelares, pueden ser entendidos si se clasifican en dos categorías que no siendo las únicas, son las que consideramos generan mayor agravio en perjuicio del imputado

a) Violar los derechos humanos del detenido principalmente el derecho a la libertad, pues se le priva de ésta sin ser antes oído y vencido en juicio.

b) el derecho al honor, cuando se permite la exhibición del detenido como culpable ante los medios de comunicación social lo que se coadyuva a la violación del derecho a la presunción de inocencia, debido a que a partir de ese momento se les considera culpable, y es señalado como tal por parte de los medios de comunicación.

3.10.2 Sociales.

La estigmatización que acarrea el rechazo social hacia el individuo que ha sufrido prisión, quien pese a ser sobreseído o declarado inocente tiene tratos despectivos, y es visto como una persona cuya reputación y credibilidad ha sido estropeada, pues siempre es señalada como el autor de un delito que no cometido.

Propicia la desintegración familiar (y en el caso de las mujeres esta situación se agrava) se desvincula en gran cantidad de casos totalmente al reo de su familia, la que por razones económicas no lo visitan a menudo.

Este tipo de consecuencia suele recaer específicamente con los imputados de escasos recursos económicos, los cuales por carencias de dinero se ven imposibilitados de muchas cosas al estar detenidos, entre las cuales es posible mencionar; no poder pagar una defensa técnica que pueda ejercer su defensa de manera apropiada, el desgaste económico de estar encerrado y no producir dinero para mantener a su familia y consecuente a esto último se le suma el alejamiento q su familia que por las mismas razones económicas se ven imposibilitados de poder visitarlos en los recintos en los que los imputados se encuentran detenidos

Por otro lado existe contagio criminal en la persona que ingresa a un reclusorio, a raíz de la convivencia con sujetos que son delincuentes que habitualmente cometen hechos constitutivos de delitos cuya inocencia ya ha sido desvirtuada, por lo cual los imputados que nunca han sido objeto de imputación se ven obligados a alternar y convivir con sujetos que han hecho del delito un modo de vida.

En este sentido inevitablemente esta demostrado que el ser humano es mas voluble a lo malo que a lo bueno, y si a esta cualidad humana se agrega que por razones de supervivencia el imputado tiene que seguir los comportamientos conductuales de los reos, pues en muchas ocasiones de eso depende su integridad física y hasta su vida, por lo cual el cambio de conducta y pensamiento del imputado que nunca había estado en un recinto penitenciario se refleja durante y después del proceso, sea que este culmine con una sentencia o absolución.

Lo que quiere decir que el contagio social por el cual el imputado pasa puede ocasionar que posterior al proceso si este resulta absuelto, cabe la posibilidad que imite el comportamiento delictivo que percibió y aprendió dentro del recinto carcelario, lo que significa que, no siempre la privación de libertad en un recinto penitenciario es la mejor opción, pues, la absorción de comportamiento delictivo es una consecuencia de esta situación.

El Internamiento es un factor criminógeno importante adaptado al modo de vida de éste, y desadaptado a las normas de conducta que la sociedad ha calificado como adecuadas al individuo que vive dentro de ella. El rechazo del ex presidiario al sistema normativo, debido al injusto sufrimiento al que se encuentra sometido a causa de “la ley” genera sentimientos de rebeldía, convirtiéndose en un delincuente potencial.

3.10.3 Económicos.

Los efectos económicos de la detención provisional se reflejan directamente en su núcleo familiar, en muchísimos casos el imputado tiene a su cargo el sostén de sus parientes, la prisión no le ofrece trabajo y el que existe no es suficiente para ocupar el potencial de mano de obra que dentro de ellos se encuentra, y, con una remuneración insignificante.

Los efectos mencionados se derivan del irrespeto al derecho a la presunción de inocencia en nuestro país. Cuando se encarcela provisionalmente a una persona es porque existe la probabilidad de que esta persona haya participado en la comisión de un delito.

No obstante su calidad es la de presuntamente inocente, la apariencia del buen derecho, en este caso sugiere que el imputado es inocente hasta

que se demuestre lo contrario, en ese sentido deben de garantizarse los derechos que a este la ley le confiere, entre ellos la de una vida digna.

La que se manifiesta con la posibilidad de mejorar su calidad de vida a través de aumentar su capacidad adquisitiva y esta meta se logra a través del trabajo cotidiano que el imputado desarrolla, utilizando la libertad ambulatoria como medio de desplazamiento de un lugar a otro dentro de una vida laboralmente productiva.

Esto quiere decir que al estar detenido el imputado se ve restringido de poder generar ingresos que le permitan ayudarse a si mismo y a su familia, esto representa un deterioro a su patrimonio y a las posibilidades de aumentar la productividad de su trabajo.

Esta mezcla de factores negativos en la vida del imputado, representan un agravio a los derechos humanos del mismo, pues al aplicarse como una cautela de un delito que no ha sido ni siquiera investigado, sus efectos generan un deterioro psicológico cuantioso.

Estos no son todos lo aspectos que se ven vulnerados con la violación de la presunción de inocencia dentro de la aplicación de una detención provisional, pero son los que consideramos más impactantes en la vida del imputado.

3.11 ANÁLISIS FINAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Este principio rector del sistema, comprende un aspecto formal o regla de juicio, que libera al imputado de la carga de prueba, correspondiéndole al

fiscal demostrar lo contrario, y un aspecto material o regla de tratamiento que implica que el imputado gozará de todas las garantías y derechos.

Como reflexión final, es posible dentro de la idea de amparar bajo la presunción de inocencia a imputados, que cumplen las condiciones necesarias de procedencia para que sean sujetos a la medida de prisión preventiva, no sería descabellado pensar que este principio no cumpliría su función, al ser ilusoria la convicción de inocente, es decir que es posible encontrar casos cuya culpabilidad este tan solidificada en elementos de prueba sumamente contundentes, dentro una etapa del proceso, aunque recién se encuentre en la formalización de la investigación, por lo cual el fiscal que solicita la medida, debe demostrar que sus investigaciones se basan en cargos serios, suficientes para permitir la cabida a un juicio oral.

Así, el fiscal, debe probar que existen presupuestos materiales, y una necesidad de cautela, en razón de existir elementos que permitan pensar que el imputado intentara evadir la justicia o alterar el orden normal del proceso, en este caso procede una medida cautelar racionalmente corta

El primer punto, dice relación con que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigara y que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

Sin embargo durante las diligencias previas del proceso es imposible poder prever si el fiscal podrá o no comprobar los elementos subjetivos y objetivos que justificarían la detención del imputado, por lo cual todas las posibilidades no son más que suposiciones, que sin un solido indicio de verdad material de poco le sirve al fiscal para avalar sus pretensiones.

Puesto existe un principio jurídico, que expone que en caso de duda la ley penal tiene un principio rector que se conceptualiza como indubio pro reo, es decir, lo que mas favorezca al reo, en este sentido al no existir convicción real de culpabilidad el imputado durante todo el proceso debe ser considerado como presuntamente inocente.

La vulneración a este derecho, altera el curso del proceso, ya que las perspectivas cambian, tanto por parte del fiscal como de los administradores de justicia, ya que la decisión de condenar ya fue tomada desde el momento que se encarcelo al imputado por seis meses o incluso dos años, el proceso cambia de dirección, en lugar de buscar la verdad material, busca justificar las actuaciones de los jueces y fiscales.

Ya que al ser condenado el imputado, el hecho de haber pasado uno o dos años en prisión preventiva deja de tener importancia ya que este tiempo se le disminuye de la pena, sin embargo la problemática surge en el momento que la sentencia es absoluta.

En los casos mencionados en el párrafo anterior, el tiempo de detención se vuelve una arbitrariedad y un delito por el cual hasta el momento la ley no determina de qué manera se recompensara al imputado, de qué manera su honor, su patrimonio entre otros derechos serán reestructurados

Finalmente la presunción de inocencia no es tan solo un derechos jurídico, si no que dentro del proceso penal específicamente es un principio rector que debe regir y guiar las actuaciones de jueces y fiscales, para poder desarrollar un proceso libre de vicio y cuyo propósito sea exclusivamente determinar la verdad material en cada caso.

CAPITULO IV

4. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL.

4.1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Las medidas cautelares, forman parte del ordenamiento jurídico nacional dentro del código procesal penal, cuerpo normativo que materializa las medidas cautelares de carácter personal, las cuales han sido objeto de nuestra investigación, y en donde se encuentra de manera puntual y poco descriptivas.

Después de analizar esta figura o institución procesal, se puede concluir varias situaciones, tanto del contenido teórico procesal como de la forma en la cual se aplican las medidas cautelares personales, en ese sentido debe entenderse principalmente, que hay un factor denominador en la esfera de conocimiento de las medidas cautelares y este es el factor humano.

Pues desde los pioneros de esta figura procesal, hasta los legisladores nacionales que dieron vida a esta institución o figura en la legislación, como los aplicadores directos, (jueces y fiscales) y los ejecutores (policía e incluso personal civil), todos estos actores entienden de manera diferente la naturaleza y la consecuente razón de existencia de las medidas cautelares; Más los conocedores técnicos y miembros activos del sistema operativo sancionador o aplicador de la ley penal sustantiva y procesal, deben tener claro, cual es el mundo del deber ser, y cuál es su mundo del ser, ello con el fin, de que podamos ser garantes de su aplicación y ejecución plena con visión constitucional y legal, pues si no fuese así, se perdería el objetivo principal y primordial del conocimiento preciso de este trabajo de investigación.

Así pues, dentro de la historia de las medidas cautelares se encuentra que en sus inicios, esta era una figura de castigo que poco a poco fue evolucionando hasta convertirse en una medida de prevención con características especiales, así como la excepcionalidad, cautelar etc.

En ese sentido las medidas cautelares surgieron con un propósito ulterior de asegurar el cumplimiento de los fines del proceso, la sentencia y evitar fugas para evadir responsabilidades, nació como una herramienta para que el órgano judicial y ministerio público fiscal, focalizaran sus esfuerzos en descubrir la verdad material, la verdad real y objetiva, sin que el imputado pudiera intentar manipular dicha investigación, pero claro, ello cumpliendo a cabalidad con el estricto cumplimiento de las reglas del debido proceso, tanto a favor del proceso como sujeto pasivo de la medida cautelar referida, e igualmente para la supuesta víctima acreditada al proceso penal de indagación.

Pero dicha herramienta de carácter cautelar, debe ser aplicada en forma procesal y de manera excepcional, únicamente para casos necesarios, sin embargo la realidad demuestra que simultáneamente al cumplir con la finalidad que fiscales y jueces pretender realizar, es decir, “asegurar que el imputado no se fugue y evada el proceso”, inevitablemente se está vulnerando el derecho natural e inherente de la libertad ambulatoria, y es acá donde aparece el primer vacío de ley el cual consiste en la inexistencia jurídica de esos “casos necesarios”

Es de tomar en cuenta, que ni la ley procesal penal, ni cualquier otra por especial o excepcional que sea, hacen referencia de manera específica ni precisa en qué casos debe de aplicarse una medida cautelar, para poder realizar el proceso, no define de que manera esta restricción ayuda a la

aplicación de la ley, ni especifica de que manera se justifica la vulneración al derecho de la libertad ambulatoria, tampoco establece bajo qué criterios se detendrá a un individuo, sobre que hechos delictivos, en qué clase de personas ni las circunstancias a valorar, para efectuar dicha detención, mucho menos las garantías constitucionales de las cuales goza este individuo; no define o colige de manera específica, la forma de resarcir los daños, económico, familiares, emocionales, laborales entre otros, que pueda ocasionársele a una persona quien sea objeto de detención provisional y que nada tenga que ver con el delito que se le atribuye, y que aun siendo el sujeto activo del delito mientras no exista una sentencia firme y ejecutoriada de condena, este sigue manteniendo su calidad de inocente, por lo cual no puede tener el mismo trato que una persona a la que en virtud de un juicio público se le haya construido su culpabilidad.

Todo lo antes mencionado, es contrario con los derechos y garantías constitucionales reglados por la ley primaria y ratificados por los tratados internacionales, pues la Constitución, regula una cadena de estos derechos, que de manera irregular son vulnerados al aplicar la Detención Provisional de manera cautelar, esto se da, porque las medidas cautelares no han sido diseñadas en armonía con el principio de libertad ambulatoria, principio de inocencia, ni con la norma constitucional.

Al contrario, lo que ha hecho el legislador es una herramienta, para facilitar el trabajo judicial sobre la administración de justicia y el trabajo fiscal de la investigación, pues pasando por encima de los derechos naturales del imputado ha impuesto un proceso sumamente dilatado, que responde a factores externos a la ley, como el exceso trabajo de los fiscales, el poco recurso humano, técnico profesional, en entre otros que dificultan que los fiscales y jueces cumplan con su obligación de la pronta y cumplida justicia.

Se ha ignorado totalmente el contenido de los derechos fundamentales, tales como la dignidad, la libertad, el honor entre otros, en busca de una forma de garantizar que el trabajo que se realiza en un proceso judicial, el cual se prolonga por tiempos muy dilatados, al final de tanto deterioro concluya de manera útil y efectiva, lo que para fiscales y jueces muchas veces significa el deseo de condenar al imputado para justificar el tiempo que ha estado detenido en cautela, eso es lo que altera la aplicación normal del ordenamiento jurídico, pero ello, solo es la consecuencia, de la deliberada forma y el desconocimiento de los fines y objetivos, con los que se crean las leyes en el país.

Como consecuencia de todo lo anterior, al introducir la Detención Provisional como una medida cautelar personal, el proceso penal como ordenamiento jurídico se convirtió una acción antijurídica contrapuestamente legislada, ya que se permite pasar por encima de la calidad natural de inocencia y se legaliza la privación de libertad, con el escudo de ser una herramienta que al final contribuye con el orden social y con los fines del derecho procesal, al asegurar que toda la actividad judicial no sea un desperdicio, al momento de pronunciar sentencia y que esta no se convierta en una simple acta con efectos declarativos he imposibles de ejecutar.

Las medidas cautelares permiten que los imputados estén a la orden del juez y el fiscal al momento de dictar sentencia sea esta absolutorio o condenatoria, es por ello, que se puede afirmar con certeza, que las medidas cautelares en cierto sentido, hacen que el juez y fiscal se apropien de la vida de un individuo con el propósito de darle sentido a sus trabajos, en ellos recae la potestad de decidir sobre la libertad de un sujeto con la simple justificación de la posible existencia de culpabilidad del mismo, ello realmente desde el punto de vista del deber ser de la norma, es Inconstitucional, pues

se atropellan derechos primarios y fundamentales como la libertad ambulatoria, el trabajo, la estabilidad económica, la estabilidad familiar etc. Con el único fin de indagar a la persona sobre un impreciso o absurdo señalamiento imputativo, del cual al final hasta resulta ser absuelto en la mayoría de casos, pero cuando esto sucede, al sujeto pasivo de la detención provisional, al pasar detenido durante tanto tiempo, mientras se le investiga si su señalamiento era o no cierto, ya se le ha dejado, sin trabajo, sin familia, sin dignidad, lo cual es un claro atentado en contra de sus derechos.

Esas injusticias, y arbitrariedades, son las que hacen débil el sistema penal, ya que ese poder comparado, inconstitucional, es el que vuelve ineptos a fiscales y jueces que no saben administrar bien esa facultad, ya que la utilizan para prorrogar el trabajo, por ejemplo, los fiscales piden seis meses de fase de instrucción, para archivar el caso y trabajar en los que están más próximos a vencerse en cuanto a términos procesales, los jueces ordenan la prisión preventiva y se olvidan del nombre del imputado durante tres o seis meses, y dan paso a otro proceso que únicamente representa para ellos una referencia y un expediente más, con lo cual ellos pretenden demostrar que están trabajando.

Este factor humano de desinterés en los imputados, en sus vidas, en sus familias, es lo que hace que las medidas cautelares tengan tiempos exageradamente prolongados y que afecten las vidas de los imputados, lo cual no debería de ser así, pues como ya dijimos, esto vulnera sus derechos y garantías fundamentales, y los operadores del sistema como los mencionados, se acomodan al sistema y llegan al grado de ver normal su aplicación y no advierten la vulneración de principios y derechos, dentro de un sistema penal que desde hace muchos años ya está colapsado, por el desinterés que ha sido demostrado hacia la figura del imputado

Ante los yerros o falencias referidas de los operadores del sistema, debe procurarse de alguna manera, con trabajos como el presente, o con acciones practicas y objetivas, hacerles ver, o demostrarles jueces, legisladores, operadores de justicia, esa condición humanista con la cual deben aplicarse las medidas cautelares, se debe involucrar a los fiscales y jueces en la vida personal de los imputados y que no representen un expediente más, el trabajo judicial debe ir encaminado en obtener la verdad material, la verdad real y objetiva, sea esta para lograr una sentencia de condena o de absolución, es de hacerles ver a los operadores del sistema, que con ambos tipos de sentencia se hace justicia, o sea tienen ellos que entender, que en ambas conclusiones se cumple eficientemente el trabajo y se cumple con la ley.

Lo anterior, tiene su fundamente es aspectos de institucionalidad consuetudinaria, como por ejemplo, la exaltación que se hace con los agentes auxiliares del fiscal general de la República, al ser reconocidos como excelentes fiscales por la cantidad de casos en los que logran una sentencia condenatoria, ya que esta errónea concepción de justicia es perjudicial para los fiscales que en cada caso se esmeran por lograr una condena, en lugar de iniciar una investigación legal, objetiva, en la cual logren recabar elementos objetivos claros y concisos que los ayuden obtener la verdad material del caso que están investigando, y quienes son los autores del delito y quienes no, aun cuando eso represente que a la persona que sentaron en el banquillo de los acusados nada tuviera que ver con el delito atribuido.

Si se lograra, modificar la aplicación de las medidas cautelares consiguiendo que su aplicación sea únicamente para casos necesarios y excepcionales, pero especialmente estableciendo una legislación que detallara la forma de aplicación, tiempos prudenciales dependiendo de cada

caso en concreto, de esa manera las medidas cautelares, pasarían a ser un verdadero instrumento procesal de utilidad, y cumplirían su objetivo de prevención y excepcionalidad, porque existiera una verdadera razón por la cual se aplicaría, si se hiciera como ultima ratio y no como una solución al trabajo.

La capacitación de jueces y fiscales en el sentido humanizarlos y hacerles entender que su trabajo es el de encontrar la verdad absoluta de las cosas, que la labor judicial y fiscal gira entorno de la sociedad, que su trabajo debe elaborarse con el propósito de hacer cumplir la ley y no con la idea errónea de satisfacer el requerimiento de las ordenes de sus superiores jerárquicos, eso evitaría que las medidas cautelares causen más perjuicio que beneficio.

De manera específica, se expondrá, que la desmesurada aplicación de la medida cautelar de la Detención Provisional, de manera genérica y sin control legal y constitucional, atenta de manera clara en contra de derechos y garantías constitucionales como las que infra referiremos:

4.1.1 Cesación a la Libertad Ambulatoria y a la Presunción de Inocencia.

La mera existencia de las medidas cautelares personales, representan un agravio contra la libertad personal y la presunción de inocencia, la dignidad, el honor, la familia entre otros, pues su ejecución conlleva inevitablemente a romper con el ambiente natural de una persona, pues al privarle de su libertad ambulatoria, se le imposibilita desarrollar sus actividades regulares, y el solo hecho de estar en prisión preventiva, lo categoriza como delincuente frente a la sociedad, lo anterior es lo que vulnera el principio de inocencia, el honor y la dignidad de la persona, pues

estos derechos por más que sea absuelto en la sentencia definitiva, no le reponen de ninguna manera el atropello del cual fue objeto durante el tiempo que estuvo detenido por el falso o incierto señalamiento, pues la sociedad civil no entiende los conceptos de imputado, atribución de un delito, proceso, entre otros, y únicamente logra tener un acercamiento con estos conceptos a través de las mal informadas noticias que los medios de comunicación amarillistas del país realizan, donde hacen ver a los imputados como delincuentes peligrosos.

Es de colegir, que la libertad ambulatoria se ve afectada de manera plena, cuando se detiene a una persona, el alcance que esta tiene no puede ser cuantificable, pues no es posible generalizar todos los casos por igual, ya que tendríamos que examinar cuantas actividades desarrollaba el imputado, familiares, laborales, religiosas, en qué medida su familia dependía de él, que tan necesaria es su presencia en su hogar, en su colonia, estos y muchos otros factores son los que podrían determinar el efecto negativo que causa una detención o prisión provisional en un sujeto, y la verdad hacerlo sería imposible ya que cada caso es totalmente diferente, y de manera definitiva, sabemos de la negligencia operativa de los órganos o instituciones del Estado, a quienes de ninguna manera les interesa saber estos caracteres o parámetros de individualización de cada una de las personas que son detenidas por la supuesta comisión de cualquier tipo de delito.

De lo que no queda duda, es que en todos los casos los efectos son malos o devastadores, en ninguno de los casos podría ser bonancible estar encerrado ni siquiera un día, y la legislación permite desde un día hasta dos años y en algunos casos hasta mas tiempo, y no es para menos si el derecho restringido es ni mas ni menos que la Libertad Ambulatoria, un derecho natural, inherente y reconocido por la humanidad como un derecho

fundamental, el cual históricamente ha sido defendido en todo el mundo, millones de personas han muerto defendiendo su libertad y la de su pueblo, y eso es un indicador de la importancia que la libertad tiene en la vida de las personas y en la vida misma de cada ser humano.

Hablar de libertad requeriría un trabajo o muchos trabajos de investigación por el contenido tan relevante, por la inspiración que esto trae a la vida, por el sueño de tener una vida plena y libre, los seres humanos nacieron para estar libres y no en cautiverio, eso ha sido entendido desde hace mucho tiempo, de tal suerte que la libertad misma se a desmembrado en diferentes sub clasificaciones, todas complementarias y relevantes, pero diferentes, así como la libertad de decisión, de pensamiento, de religión entre otras, y todas y cada una de ellas se suspende cuando se encierra a una persona y se le priva de este tan preciado bien o garantía jurídica, ya quere el imputado se encuentra en una situación de vulnerabilidad, donde su opinión, su pensamiento, su decisión, la forma en la que el quiera vivir, en eso momento no cuenta, estando detenido, es poco lo que el puede hacer para salir de esa situación, en este sentido, más que restringir la libertad ambulatoria, se restringe LA LIBERTAD en toda la extensión de la palabra, el imputado no tiene mas alternativa que someterse a una voluntad ajena y exterior a el que dicta las reglas de su vida,

4.2 LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LA DETENSION PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR A IMPONER

El tema de la presunción de inocencia, también es sumamente delicado, se puede empezar diciendo que este se ve ligado al del honor y la dignidad del sujeto, ya que su reputación y su imagen frente a sus círculos cercanos y la sociedad en general se ve profundamente deteriorada, pues

que como anteriormente se menciono, es difícil separar los conceptos de culpable con el de imputado, pues el primero se asocia con el segundo en muchas ocasiones se le considera sinónimo, y esto apenas lo saben los técnicos en derecho, que saben que a pesar de las falencias del sistema penal, el procesado puede de manera real ser inocente de lo que se le imputa, pero independiente de ello, la calidad o carácter de inocente, es un derecho con el que nacen todos los seres humanos, la inocencia no se prueba porque es un hecho materialmente dogmático y que no se transforma, por lo cual en un proceso lo que se comprueba es la culpabilidad, y que conste, que esta culpabilidad inclusive puede ser establecida de manera irregular o viciada, pero a pesar de ello, esta se construye poco a poco reuniendo elementos objetivos y subjetivos con los cuales se pueda desvirtuar la calidad de inocencia, y esto es únicamente posible a través de un juicio público y con todas las garantías legales existentes, es por ello, que antes de procurar porque el procesado sea declarado culpable, es preciso cumplirle durante todo su proceso de indagación las reglas del debido proceso que han sido estatuidas en su beneficio.

Pues es de tomar en cuenta, que este proceso de indagación del cual el detenido esta siendo sujeto, el mismo no se puede realizar inmediatamente se comete un delito, debe seguirse un proceso que determinara si es necesario o no el juicio, el cautiverio del imputado mientras dure este proceso es inaceptable, más cuando no se han agotado otras posibilidades y ni siquiera se han considerado en su favor otras alternativas más que su detención, es de colegir o valorar circunstancias como, las verdaderas posibilidades económicas que tiene el imputado para salir del país, pues sería ilógico tratar de evitar una fuga cuando los ingresos del imputado no superan el salario mínimo por ejemplo, la preparación académica del imputado podría ser un factor que determine si es posible que

pueda alterar o no el desarrollo de una investigación entre otros muchos factores, además se encuentran las medidas cautelares que no atenten contra su dignidad como el caso de una detención provisional, como mantenerlo en su casa con las medidas de prevención de que no saldrá a ninguna parte, reteniéndole sus documentos, supervisando sus movimientos de dinero etc. O sea, es de determinar realmente, si lo procedente o idóneo como último recurso es su detención de manera provisional, y no hacer uso de la misma de manera genérica, arbitraria o caprichosa.

En cuanto a este tema en estudio, existen tantos factores que caen en el área de lo especulativo, porque simplemente se están obviando, se ha optado por el camino más sencillo, el de los pasivos, el de la comodidad de encerrar al posible culpable el tiempo que sea necesario, Cuando en su lugar se podrían estar trabajando en estudiar factores psicológicos, sociales y culturales de nuestro país, habría que fincar esperanzas y así establecerlas, que el origen del problema no está en que el procesado este o no en libertad, es de procurar realizar sendos trabajos de investigación, en aras de determinar, en qué casos es necesario aplicar una medida cautelar y después analizar las alternativas para evitar aplicar una medida cautelar de carácter personal, que necesariamente y de manera errónea emita un mensaje de culpabilidad hacia el imputado.

Debe pensarse de manera concreta y operativa, que es necesario capacitar a todo el personal del ministerio público, ya sea este fiscal o las procuradurías, e incluso a los jueces, del contenido de la presunción de inocencia, es necesario concientizarles y definirles con precisión la importancia de ello, para que su trabajo gire en torno a este principio tan fundamental, ya que ellos son los encargados de conocer de los casos más delicados jurídicamente hablando y los que conllevan el peligro de una

sanción privativa de libertad, por lo cual en todo momento deben tener presente que los imputados son inocentes hasta que se les compruebe lo contrario.

Una persona cuya calidad de inocente se mantiene intacta, no puede tener un trato equiparable con el de las personas a las que se les construye la culpabilidad, porque no son iguales ante la ley, los primeros no tienen por qué ser sancionados y los segundos necesariamente tienen que serlo, los imputados están en una situación jurídica de investigación en la cual obligatoriamente deben colaborar para poder hacer funcional el proceso penal, pero esa colaboración debe ser retribuida con respeto, tratando que la vida personal del imputado se vea lo menos posible afectada, garantizando que no perderán su trabajo sea cual sea el lugar donde laboren, que su familia no pasara pobrezas innecesarias en caso que él sea el sostén de la familia, pues como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, es una persona que mientras no se compruebe su culpabilidad ni tienen absolutamente ninguna responsabilidad que pagar frente a la sociedad sigue siendo inocente, y por ende, tiene que respetársele sus derechos y garantías constitucionales como a cualquier persona natural, pues el simple hecho de estar detenido de manera provisional, y en vías de investigación, no menoscaba que él y su familia sean tratados y protegidos como parte del Estado, pues son y serán mientras tanto el origen y el fin de este.

Cuando se habla de una verdadera fundamentación judicial en cuanto a resoluciones se refiere, es de tomar en cuenta, que esta valoración y motivación en una decisión de esta naturaleza, representa aplicar una medida cautelar personal restrictiva de derechos primarios como la libertad y los que consecuentemente se afectan con la aplicación de esta, se tiene que empezar haciendo énfasis en la calidad o carácter de inocente que aún tiene

la persona procesada o mal llamado imputado, el ente aplicador de la medida, tiene que motivar de manera razonada la resolución de imposición,.

Tiene que fundamentar el porqué se vuelve necesario aplicar tal medida y no otras sustitutivas, dejando muy claro, que la imposición de dicha medida cautelar no representa sanción y que el tiempo de duración es racionalmente corto y además la forma en la cual se compensara el daño causado, pues esa es realmente la función del órgano jurisdiccional, velar porque las reglas del debido proceso se cumplan, no siempre acceder a las pretensiones inquisitivas del Ministerio Público Fiscal, pues si así fuera se estaría automatizando la aplicación de esta institución procesal como lo es la Detención Provisional.

En este tipo de resoluciones, al hablar de conceptos primarios como la dignidad, la moral y el honor de un procesado, al que se le atribuye un delito y de alterar el orden preestablecido en la sociedad, deben ponderarse de manera objetiva legal y justa esos conceptos o valores inherentes al procesado como ser humano, pues con la imposición de la medida cautelar en su contra inmediatamente se convierte a esta persona en objeto de críticas, que siempre llevan a una condena previa por parte de la sociedad.

Pues los miembros de esta, no entienden el carácter de procesado del inculcado, sino que estos se estigmatizan, y el ver detenida a alguna persona ya determinan o lo califican como un delincuente, sin tomar en cuenta, que este apenas es objeto de un proceso sujeto a la comprobación posterior de su imputación o posible culpabilidad.

Todo lo anterior, responde a los índices de violencia de la coyuntura actual y a la necesidad de justicia por parte del pueblo, esto por

circunstancias políticas, económicas, sociales etc. Con esto lo que se hace cuando presentan aun imputado esposado y a quien lo mantienen en cautiverio privándolo de su libertad, es darle un nombre y apellido al odio de la gente que lo ve como culpable y que pide “justicia”, esto solo es consecuencia de la sinopia de victimización de la cual nuestra sociedad es objeto, pues para ellos, el simple hecho de vinculación, de captura, ya es sinónimo de culpabilidad, siendo así lo consecuente o el siguiente paso a dar es encerrarlo definitivamente, y cuando se absuelve considera la población que se dio un caso de impunidad.

Todo esto, va en detrimento de los derechos y garantías constitucionales del procesado, pues, es por ello, que el juzgador al momento de determinar la aplicabilidad de la Detención Provisional como medida cautelar, debe considerar que esta es la excepción ante todas las demás, pues es de colegir, que esta es lo extremo en cuanto a ello se refiere, esta solo es posible de adoptar, cuando se han reunido en el proceso, serios elementos de juicio que generen en el juzgador la convicción suficiente sobre la existencia del delito y la correlativa posible participación del inculpado en ese delito que se ha cometido, aunado a ello, debe colegir el juzgador, que si el sujeto procesado advierte gran peligro o riesgo de sustraerse del proceso o juicio, o que puede de alguna forma evitara la recolección de pruebas, o entorpecer los medios o formas de obtención de las mismas durante la etapa de instrucción que se avecina, si se cumplen todos estos requisitos, entonces resultaría un poco mas procedente y legal, colegir la posibilidad de la imputación de esta medida de carácter extremo, pero todo ello como consecuencia del examen anteriormente aludido.

Además de lo anterior, es de tomar en cuenta, que el solo hecho de que una persona sea detenida, ya sea en supuesta flagrancia, o de forma

administrativa por el ente fiscal, esto genera que la dignidad del sujeto sea desprestigiada, su moral para luchar y mantenerse solido frente a una acusación y procurar que esta se desvanezca, ya que el mismo se siente perdido y él cree, que si ya está “preso” pues así se mantendrá, considerando que ya lo juzgaron y condenaron. Consecuentemente su honor desaparece todo esto en una sola acción, esta acción, la de privar de su libertad a alguien sin la existencia de una sentencia que determine su culpabilidad, en muchos casos sin que ni siquiera el proceso haya iniciado.

Es increíble que inicien en las diligencias previas del proceso, todo ello mutila mental o psicológicamente al procesado, es ahí donde, los antes protectores de sus derechos tienen que velar porque este no sea atropellado en cuanto a su presunción de inocencia, más aún si este evidentemente tiene posibilidades certeras de probar que él no tiene nada que ver en la comisión del delito que se le está imputando.

4.3 LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA ESTRICTA PROTECCION DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESADO.

La legislación constitucional y procesal, ya están determinados los procedimientos concretos que establecen, de qué manera, o cuáles son los criterios que determinaran si hay que aplicar o no una medida cautelar, así que, no queda al arbitrio de los jueces y fiscales hacerlo o decretarla de manera antojadiza o a ultranza de su voluntad.

La afirmación anterior discrepa o contraviene lo que el legislador establece en el dispositivo procesal penal 331 inciso segundo, pues, en ese artículo, se a fincado como paradigma o como regla general, que en el

catalogo de delitos ahí mencionados, no puede aplicarse una medida cautelar diferente a la Detención Provisional, esta disposición de carácter procesal hasta parece arbitraria, pues desde todo punto de vista garantista y constitucional, más aún si pregonamos que nuestro proceso penal esta fincado en las reglas de aplicación de un proceso de tipo Mixto Acusatorio, entonces no se puede manejar o permitir que así se haga, que se aplique de manera automática el inciso segundo del artículo 331 del código procesal penal;

El fundamento de esa posibilidad, es precisamente el Principio de Excepcionalidad sobre el que está encausada la aplicación de la Detención Provisional, ello tiene asidero legal en El artículo 11 de la Constitución cuando expone:

Entre otras cosas, “Que ninguna persona puede ser privada al derecho de la libertad sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”, ello significa, que la detención provisional a imponer tiene que cumplir con las reglas del debido proceso, esto implica que debe atenerse a los principios constitucionales y a la ley toda que rige en el país, a manera de ejemplo es de tomar en cuenta, que además de disposiciones constitucionales como las anteriormente referidas, también existen artículos o leyes de carácter internacional así como las siguientes:

Los dispositivos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 7.2 y 7.5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, estos expresan con claridad, que podría restringirse el derecho a la libertad subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del mismo. La referencia que a la ley prescribe el artículo 11 de la Constitución, no supone una remisión plena e ilimitada y absoluta a

la legislación secundaria, *pues a pesar de que el principio de legalidad rige la actividad estatal, tal principio no hace referencia solo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad; es decir, la legalidad supone respecto al orden jurídico en su totalidad.*²⁷ (Sentencia de las 11:30 del 31/07/01, Cámara de la Tercera Sección de Occidente), ello significa, que aplicando las reglas del debido proceso, se tendrían que aplicar las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales antes que cualquier ley secundaria, o ambas pero en beneficio del procesado, nunca en detrimento de sus garantías y derechos fundamentales²⁹.-

El Principio de generalidad de aplicación de la Detención provisional referido en el dispositivo mencionado supra (artículo 331 inciso segundo del código procesal penal), en definitiva violenta el principio constitucional de excepcionalidad de imposición de la detención provisional como medida cautelar, por ende, no se puede manejar genéricamente que este es de carácter de obligatoria imposición, por muy grave que sea el delito por el cual se está juzgando al supuesto inculpado.

Es por ello, que es equivoco o inconstitucional manejar la hipótesis, que en los delitos graves no sea posible imponer otra medida que no sea la detención provisional en caso de ser procedente. Ello operaría para esta clase de delitos como regla general en cuanto a la impositividad de la detención provisional, contrariando la Constitución y los Tratados Internacionales anteriormente mencionados, que han afirmado desde hace mucho tiempo, que esta debe ser la excepción, no con ello se quiere decir

²⁹ Julio Enrique Acosta, René Fortín Magaña, Revista de Derecho Constitucional, n° 49, tomo II, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2003, PAG. 741 a 745.

que la gravedad no pueda ser una circunstancia en algunos casos suficiente para adoptar la medida como la ultima ratio o como la medida extrema, pero ello previo cumplimiento de los mencionados requisitos, pues en caso contrario la imposición de la misma resultaría ilegal o atentatoria en contra de los derechos y garantía constitucionales del sujeto pasivo de la medida cautelar a imponer.

El artículo 246 de la Constitución expresa: “Los principios, derechos y obligaciones establecidas por esta Constitución no pueden ser alteradas por las leyes que regulen su ejercicio” y el artículo 144 estatuye que la ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un Tratado vigente para El Salvador; en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalecerá el Tratado.

Según la doctrina procesal y jurisprudencia constitucional salvadoreña e internacional, los dos únicos supuestos de peligro procesal que autorizan la imposición del encierro preventivo han sido expresamente incorporados en el Código Procesal Penal, y estos son cuando existen razones para presumir que si se le dejare en libertad el imputado se sustraería a la acción de la justicia u obstaculizaría la marcha de la investigación, o sea, que aunque hayan suficientes indicios de criminalidad, pero está segura la presencia del imputado y la no afectación del desarrollo del proceso, puede decretarse medida cautelar sustitutiva ello sin importar la gravedad del delito que haya cometido.

Esto dentro del haber judicial, no es ninguna novedad, pues de todos es conocido, que en El Salvador, si el imputado es una persona que advierte tener dinero, si es una persona reconocida en los altos estratos sociales, no importa el delito que haya cometido, ni a cuantas personas haya dañado con

su comisión, este siempre es puesto en libertad, ya sea sustituyéndole la detención provisional con un arresto domiciliario, o se le impone un a fianza hipotecaria o en efectivo, o cualquier otra medida sustitutiva de las reguladas en el artículo 332 de nuestro código procesal penal, pues se toma en cuenta, para el caso de este tipo de imputados, que además de que estos son personas reconocidas tienen arraigo laboral y familiar y por ende no advierten riesgo alguno de poder sustraerse de la persecución penal que a sido iniciada en su contra, pero esta no es la generalidad de los casos, pues hay excepciones, y realmente también dependerá del criterio del juez que conozca del caso, o del momento político y social que este viviendo la persona procesada para que le sean aplicables este tipo de privilegios, que aunque no son legales pero si son conocidos en nuestro medio.

No obstante todo lo anterior, las razones anteriormente referidas, que no pueden manejarse como regla genérica de aplicación de la cautelaridad de la Detención provisional, obligan al juzgador que la impone, a fundamentar el carácter excepcional o específico por el cual está aplicando la Detención sin importar el tipo de delito por el cual la esté imponiendo.

La detención provisional no puede fundarse en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que en la evaluación de la conducta futura del inculcado no pueden privilegiarse criterios que miren solo el interés de la sociedad y, que el encarcelamiento debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad.

Según (Sentencia de las 10:00 del 06/07/01, Cámara de la Tercera Sección de Occidente); Es por ello que su imposición debe fundamentarse

de manera específica e individual para cada caso, es por ello, que deben sustentarse en lo que doctrinariamente se conoce como PELIGRO DE FUGA o PERICULUM IN MORA.

Que no es otra cosa, que la sospecha evidente del peligro de fuga del inculpado, de que este no se someterá voluntariamente al proceso, y ante el riesgo de que este va a huir, o que se va a sustraer a la justicia entonces resulta objetivo y legal decretarle la Detención provisional; Pero esta no puede justificarse solo en ello, pero si es un requisito sine quomodo para decretar la prisión provisional para asegurar los resultados del proceso.

Basado en lo anterior, dicho peligro no solo se incrementa o disminuye en razón de la gravedad del delito, sino también en el de la naturaleza del hecho punible y de las condiciones de arraigo del imputado. Es importante recalcar que sin un fundado peligro de fuga del inculpado no puede justificarse aplicación de la Detención Provisional, pues, su finalidad esencialmente consiste, como anteriormente se apuntó, en garantizar su presencia en el juicio oral.

Sobre este presupuesto de la detención provisional, es de vital importancia aclarar; para un mejor entendimiento del presente trabajo, que si bien la normativa procesal penal señala que para poder adoptar o aplicar este tipo de medida cautelar, la posible pena a imponer debe sobrepasar los tres años; así el artículo 329 Pr. Pn.; Confiere la potestad al juzgador de limitar la potestad del procesado aun cuando la referida pena sea menor a los tres años.

En ese sentido, la doctrina sostiene que aunque el hecho ilícito tenga señalada pena de prisión menos o inferior a la anteriormente referida, es de

que, el juez considere necesaria la prisión provisional, deberá tomar como fundamento los elementos especiales que comprenden su adopción, verbigracia, los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con que se cometan hechos análogos o similares.

Tomando en cuenta también, que hay que evitar la reiteración delictiva del imputado, y que se cause alarma social con la comisión de delitos de la misma naturaleza en determinada circunscripción territorial, por lo que su procedencia debe ser fincada en factores como todos estos, partiendo del hecho, de que si esta no es debidamente fundada, entonces la misma puede ser tachada de arbitraria e ilegal, razones mismas que de manera sucesiva generarían su revocación.

Es importante destacar que la medida cautelar es de naturaleza procesal, ya que su propósito entre otras cosas es el de asegurar el proceso, sin embargo, en el existe la detención provisional administrativa, que es la ordenada por el fiscal, este luego de que es detenida la persona, tiene tres días para poner a la orden del juez el caso, no solo es inaceptable, si no una ofensa a la libertad y al mismo ordenamiento jurídico en general.

Pues las setenta y dos horas son demasiadas cuando el fiscal es quien ha mandado a detener administrativamente al inculpado, tendría que ponerlo ante el juez inmediatamente haya sido detenido con la orden girada por él, de esta manera el imputado no tendría que estar encarcelado en una situación en la que ni siquiera un juez está conociendo, además le daríamos sentido a la naturaleza procesal de la figura, porque sería el juez el que decidiera si amerita o no una detención provisional, al menos eso sería respetado.

En la aplicación actual de las medidas cautelares, nos enfrentamos a otra situación incongruente a la naturaleza de las medidas cautelares, ya que una característica de estas es que son momentáneas, y dos años que es el tiempo máximo que puede durar una medida cautelar, superan incluso algunas sanciones privativas de libertad que establecen una duración de la sentencia de un año.

Esto viene a afirmar la teoría de que los fiscales y jueces utilizan la medida cautelar como una herramienta para prolongar el tiempo en el que tienen que cumplir su trabajo, dando prorrogas para contar con más tiempo, pues no existe una bitácora de las cosas que el fiscal hace y que demuestren que efectivamente se tardó seis meses en realizar una investigación, ya que la acumulación de trabajo no puede ser una excusa, ya que en esto nada tiene que ver el imputado el tiene derecho a la pronta y cumplida justicia en su caso.

El tema de las medidas cautelares personales en el proceso penal salvadoreño tiene mucha importancia esto debido a que si bien es cierto son figuras procesales necesarias estas vulneran derechos fundamentales reconocidos tanto por nuestra legislación nacional como por la legislación Internacional siendo así como diversos cuerpos normativos sean estos tratados internacionales, acuerdos políticos, pactos entre otros, protegen estos derechos, estos cuerpos normativos han sido creados con la finalidad de hacer que estas garantías se cumplan a cabalidad y a la vez son estos los que se manifiestan aclarando que estas garantías pueden ser vulneradas excepcionalmente.

Es por ello que, nosotros en este trabajo pretendemos dejar claro al lector, que las medidas cautelares de carácter personal en nuestro país se

limitan únicamente a la detención provisional, lo que es una sentencia previa disfrazada de medida cautelar, ya que no representa cautela alguna, simplemente coacciona los derechos naturales como la vida y la libertad, con la cual se vulnera el derecho a la libertad ambulatoria del sujeto al que se le atribuye la comisión de un delito.

En la práctica son prisión anticipada, y es así como lo dice la sala de lo penal de la corte suprema de justicia de nuestro país, en la cual se declara inconstitucional el artículo 294 inc. 2° del código procesal penal derogado, en la cual se fundamenta el porque esta decisión y es que el legislador en esta sentencia que a al final de nuestro trabajo agregaremos menciona que si bien es cierto la detención provisional, también llamada prisión preventiva es necesaria para que la victima tenga certeza de que su daño no quedara impune.

Se Finaliza el presente trabajo haciendo referencia al estudio que la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia ha hecho sobre la base del articulo 331 inc. 2 del código procesal penal, en el cual los recurrentes establecen que dicha disposición es una transcripción del articulo ahora derogado y que por la misma circunstancia este debió ser declarado inconstitucional.

Ya que se contrapone a lo que son los artículos 11, 12, y 13 de nuestra carta magna, y es así como los encargados de velar porque se cumpla la constitución hacen el estudio necesario y determinan la inconstitucionalidad o no de dicho postulado. Siendo así que con el objeto de ilustrar de mejor manera hemos optado por agregar dicha sentencia en la parte final de este trabajo, para que sea analizada de mejor manera.

CAPITULO V

5. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y ANEXOS DEL TRABAJO.

5.1. CONCLUSIONES.

- Las medidas cautelares de carácter personal, representa un grave atentado a muchos derechos fundamentales, los cuales están reconocidos por innumerables instrumentos jurídicos nacionales e Internacionales, así como por la Constitución de la República, entre estos derecho es posible mencionar los siguientes, porque son los más importantes, EL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA, LA PRESUNCION DE INOCENCIA, EL HONOR, LA DIGNIDAD, entre otros.

Estos derechos vulnerados por la figura procesal de las medidas cautelares, se presentan como una necesidad para la existencia de la misma, pues no pueden existir medidas cautelares personales, y de ningún tipo sin la inevitable restricción de alguno de los derechos arriba mencionados, consecuentemente la medida cautelar representa una herramienta del juzgador y del ente fiscal para el desarrollo de la investigación, y al mismo tiempo violenta derechos fundamentales inherentes al ser humano.

Este desequilibrio en la balanza de la justicia, indiscutiblemente genera irregularidades al proceso, pues el proceso judicial en materia penal debe ante todo guardar ciertos principios y atender a reglas claras, entre ellas la presunción de inocencia, pues cuando se rompe dicha calidad el proceso deja de ser funcional, ya que la esencia del proceso es encontrar la verdad material de las cosas bajo un criterio importante y ese es mantener al imputado como inocente hasta que se le demuestre lo contrario.

La forma de aplicar las medidas cautelares son desnaturalizadas, ya que no son concordantes con la naturaleza de excepcionalidad de las mismas, ya que como se examino en este trabajo de investigación sobre la mayoría de delitos, sobre todo aquellos de acción pública, y acción pública previa instancia partícular, son aplicadas las medidas cautelares como una fase más del proceso.

En relación a lo anterior, pareciere que son requisito del requerimiento fiscal el requerimiento para decretar la detención provisional se establece como clausula pétrea, ya que el fiscal siempre busca que los casos se prorroguen en el tiempo y el espacio para poder abarcar todos los casos que se les asigna.

Siguiendo este orden de ideas podemos señalar que un motivo por el cual los fiscales utilizan las medidas cautelares como herramienta fundamental en sus procesos, es para obtener más tiempo y desahogar un poco la carga de trabajo que se les acumula, y no porque estas sean necesarias en todos y cada uno de los procesos que se les asignan, caso similar ocurre en los tribunales, pues la carga laboral es extensa.

Una razón muy importante de señalar es que El Salvador es un país con índices de violencia muy altos, por lo cual los delitos que se comenten y que después se concretizan en procesos penales son muchos y día a día aumentan.

Por lo cual el trabajo aumenta pero el tiempo es el mismo, y eso genera estrés en los fiscales y jueces para poder cumplir su trabajo a tiempo, sin perjuicio de lograr hacerlo en el cumplimiento del principio de la pronta y cumplida justicia.

los jueces y fiscales no toman en cuenta el derecho a la libertad ambulatoria y el principio a la presunción de inocencia, obvian totalmente estos derechos y no entran en un análisis jurídico de la importancia de estos derechos que están en lo más alto de la jerarquía jurídica del país, mas pareciera que el refrán popular de “el fin justifica los medios” es el único criterio utilizado para aplicar las medidas cautelares.

Pues con la única función y justificación, de cumplir los fines del proceso, evitar irregularidades en el proceso así como evitar posibles fugas por parte de los imputados, es más que suficiente para los jueces y fiscales, para quitarle a una persona dos años de su vida, y lo que esto representa, detenerlos y encarcelarlos mientras la investigación logra arrojar indicios de culpabilidad.

Para aplicar una medida cautelar se ha establecido el tiempo en virtud del cual una persona puede encontrarse detenida, desde tres días de detención provisional administrativa, hasta dos años de duración de la privación preventiva, pero lo que el legislador no valoro al momento de establecer estas medidas fue, los efectos inmediatos y futuros que representa para estas personas que se encuentran en esta situación.

Pues al privar de libertad a alguien se involucran todos los ámbitos de la vida de estas, desde el plano familiar hasta el plano laboral, ya que este cautiverio imposibilita a los imputados a actuar frente a las innumerables situaciones que se presentan en la vida misma.

Las medidas cautelares representas más desventajas para el crecimiento democrático y jurídico de nuestra civilización que ventajas, pues si es cierto que el proceso penal es importantísimo y evidentemente la

culminación de este con la sentencia definitiva la cual debe inmediatamente ser ejecutoriada, sin embargo los medios para asegurar esto son los incorrectos, ya que lo mas valioso en la vida de una persona y en la vida misma de la humanidad es LA LIBERTAD, y la calidad de PRESUNCION DE INOCENCIA, eso genera confianza, armonía en la sociedad, seguridad en el día a día da cada persona, y si dichos principios son pisoteados por la misma ley, pues evidentemente lo serán por las personas comunes también, ya nadie cree en la inocencia de las personas.

Por esa razón las personas exigen el encierro de un imputado como sinónimo de justicia sin detenerse a pensar que el imputado aun no se le ha demostrado nada, y aunque a lo largo de nuestra investigación reiteramos esta situación día incansablemente es porque desde un examen meramente jurídico los imputados están vestidos como personas inocentes y libres, porque la libertad nace con la humanidad y ya se pago la cuota correspondiente a lo largo de la historia para poder mantenerla y defenderla.

5.2 RECOMENDACIONES.

Los Jueces y Fiscales deben de tratar individualizar caso por caso cada proceso, ya que únicamente de esta manera es posible poder determinar si se amerita o no una medida cautelar, si es procedente o innecesaria, cosa que no se hace, ya que cada proceso es manejado con posturas generales que se aplican a todos los procesos, y los delitos son los mismo pero las circunstancias objetivas y subjetivas varían, y el examinarlas podría ayudar a cumplir con el principio de la pronta y cumplida justicia.

Siguiendo con el tema del cautiverio de una persona en razón de la cual esta persona puede pasar hasta dos años bajo prisión preventiva sin

haber sido oído en juicio, siendo una persona inocente con responsabilidades diarias, podría superarse, pues, con seguridad al examinar uno a uno los casos podríamos clasificar a cuales debe de aplicarse una medida cautelar y a cuales no, además a los casos a los que se les aplique podría determinarse con mas propiedad el tiempo de duración racional y lógico que se necesita para hacer las investigaciones inmediatas y eficientes, que logran confirmar la inocencia del imputado o construir la culpabilidad.

Debe examinarse la legislación correspondiente a las medidas cautelares, haciendo un examen jurídico primero de la naturaleza de las mismas, ya que es una figura de carácter procesal, porque se aplica la detención provisional por orden administrativa. Esta es una de las ambigüedades que deben de superarse, además la clasificación correcta de las medidas cautelares separadas de las medidas de seguridad.

Además de un análisis jurídico deben de apoyarse en un estudio psicológico, social, espiritual y económico, de las consecuencias negativas de mantener en cautiverio a una persona sin una base suficientemente sostenida, ya que no existe una sentencia firme que respalde la detención.

El articulado de las medidas cautelares debe ser mas detallista en cuanto a la necesidad de las medidas cautelares, la utilidad, y con argumentación jurídica suficiente de la juricidad de esta figura, que sirve a fiscales como herramienta de trabajo, pero a la ciudadanía la retrasa.

Ya que representa un retroceso histórico, hacia la libertad de las personas, ya que una restricción a la libertad de cualquier persona en cualquier parte del mundo afecta a la comunidad del globo terráqueo en general, y no se puede tolerar la vulneración de esta sagrado derecho bajo

ninguna circunstancia sin importar el objetivo ulterior de esa restricción deben de establecerse medidas alternas a la de detención y prisiones preventivas.

Los Jueces y Fiscales deben de estar en constante capacitación respecto a la correcta aplicación de las medidas cautelares en función del beneficio de la sociedad en general, atendiendo siempre al derecho a la libertad ambulatoria y en todos sus aspectos, así como la presunción de inocencia, honor y a la dignidad entre otros.

De manera exclusiva con este método será posible que se aplique las medidas cautelares de manera excepcional y momentáneo, tomando a consideración la existencia del imputado y su opinión debe ser considerada ya que como persona inocente y libre de culpa hasta que se demuestre lo contrario, tiene derecho de ser considerado como inocente y siempre tomarse en cuenta esta calidad para las decisiones que lo afecten.

Deben buscarse medidas alternativas de imposición de medidas cautelares personales que no impliquen la detención ni la prisión preventiva, sería formidable abolir totalmente estas forma de medida cautelar personal, pero si no es posible en un futuro inmediato al menos debe de establecerse las bases y los cimientos para lograrlo en un futuro que estas arbitrariedades dejen de cometerse.

Una forma de hacerlo es dejar la detención y la prisión preventiva como una forma de asegurar el proceso pero de manera sumamente excepcional y por tiempo sumamente cortos, pero solo para aquellos casos que el delito, las circunstancias personales del sujeto, los elementos objetivos entre otros aspectos

Caso contrario deben de aplicarse medidas cautelares personales alternativas, y la mejor forma de establecer cuáles serían las más idóneas y tomándose el trabajo seriamente, con los más altos profesionales del país que aporten sus conocimientos y talentos en descifrar el código jurídico que permita aplicar medidas cautelares personales totalmente jurídicas y que no vulneren ningún derecho reconocido en nuestro ordenamiento jurídico superior, como la Constitución de la República, y cualquier otro instrumento jurídico tanto nacional como internacional.

Debe prestarse especial atención a la carga laboral de los tribunales y del ministerio público, porque las ineficiencia en muchos casos son resultado de trabajo mal elaborado en razón de la prisa y la poca atención que se pone en los procesos, con tal de darle la vuelta a la página y pasar al siguiente caso, con la esperanza de terminar algún día o amenos minimizar la carga laboral de sus lugares de trabajo, entiéndase tribunales y fiscalías de la república.

Por lo cual es de notar que no se pretende en esta investigación únicamente encuadrar la razón de la ineficiencia en los empleados o autoridades encargadas de la administración de justicia, pues el exceso de trabajo en muchos casos genera desesperación, aunque es de aclarar q no es una justificación si es una causa que no podemos ignorar y a la cual debemos prestarle especial atención con el propósito de emitir una solución.

De esta manera los jueces y fiscales y demás personas involucradas con este tema que nos compete, dejarían de utilizar las medidas cautelares como un mecanismo de prolongar los procesos, cuando deberían de buscar los mecanismo de para que los procesos se desarrollaran lo más pronto posible.

BIBLIOGRAFIA

ANTON BLANCO, José Luis y MARCOS, José Manuel, Derecho Penal Salvadoreño, 1ra edición, editorial Justicia de Paz.

AZULA CAMACHO, libro Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General Del Proceso, Editorial Temis 2000 Séptima edición.

BURGOA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México 2001.

BARONA VILAR, S.; “Las medidas cautelares” Texto manuscrito, Valencia.

BERGMAN, P.; La defensa en Juicio. Editorial Abeledo-Perrot Argentina 1989.

CRUZ AZUCENA, José Manuel, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, 1ra edición, San Salvador.

CARRILLO SALCEDO, J.A. (2001). Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

FALCON, Enrique M. derecho procesal civil, comercial, laboral cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1ra Edición, Buenos Aires 1978.

GIMENO SENDRA, Vicente, derecho procesal, 2da. Edición, Tirant lo Blanch. 1999.

LOPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Chileno, 1ra edición, Buenos Aires 2002.

LINARES QUINTANA, Segundo V, Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado: parte especial: libertad constitucional, Buenos Aires: Alfa, 1956.

LOPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo 1, Principios, sujetos procesales, Medidas cautelares, Etapa de investigación, Editorial Juridica de Chile, 2002.

VICENTE GIMENO, Sendra, Derecho Procesal, Tomo II, Tercera Edicion, Tirant Lo Blanch.

ZAMUDIO, Héctor Fix, "La constitución y su Defensa (ponencia general en la constitución y su Defensa UNAM, México, Editorial Porrúa. México, 2004.

TESIS

Alumno, leila Y gitermann. Profesor. José Martínez Ríos, Universidad Católica de Temuco, tesis. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo código Procesal.

Alumnos, Carolina Emilia Castaneda Villalobos y Federico Ernesto Flores Alvarenga, Tesis Ensayos numero 1, tres temas fundamentales sobre la fase inicial del proceso penal, San Salvador.1999.632.

LEGISLACION UTILIZADA.

Constitución de la República de El Salvador de 1950. Decreto Constituyente Número 14, 7 de septiembre de 1950.

Constitución de la República de El Salvador de 1962. Decreto Constituyente Número 6, de fecha 8 de enero de 1962.

Constitución de la República de El Salvador, Decreto Constituyente Número 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo 281 1983, de fecha 16 de diciembre de 1983.

Código Penal de 1997. Decreto Legislativo Número 1030, del 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial Número 105, Tomo 335, de fecha 10 de junio de 1997.

Código Procesal Penal de 1997. Decreto Legislativo Número 904, del 4 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial Número 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997.

Código Procesal Penal 2009, Decreto Legislativo Número 733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial Número 20, Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Ley Penal Juvenil, Decreto Legislativo Número 863, de fecha 27 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial Número 106, Tomo 323, de fecha 08 de junio de 1994.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

JURISPRUDENCIA. Sala, proceso de habeas corpus, numero 54-2003, pronunciada en fecha 20-X- 2003.

REVISTAS.

ACOSTA, Julio Enrique, Revista de Derecho Constitucional, nº 49, tomo II, Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2003.

DR. ACOSTA BAIRES, Julio Enrique, Revista de Derecho Constitucional N. 52, Tomo 1, Julio- Septiembre, 2004.

ANEXOS

ANEXO 1: 37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007 Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas diez minutos del día catorce de septiembre de dos mil once.

Los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados fueron iniciados de conformidad con el artículo 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante: "L.Pr.Cn."), mediante los siguientes oficios: (a) el n° 285-03-07, de 16-III-2007, con el cual se remite la certificación de la decisión pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Acajutla en la misma fecha; (b) el n°131-1 (165-2006-1), de 30-III-2007, con el cual se remite la certificación de la resolución pronunciada el 8-III-2007 por el Juzgado Segundo de Instrucción de Santa Tecla; (c) el n° 571, de 18-IV-2007, con el cual se remite la certificación de la decisión pronunciada por el Juez de Primera Instancia de Izalco en la misma fecha; (d) el n° 1958, de 18-IV-2007, con el cual se remite la certificación de la decisión pronunciada el 12-IV-2007 por el Juzgado Tercero de Instrucción de San Salvador; (e) el n° 0931, de 26-VI-2007, con el cual se remite la certificación de la decisión pronunciada el mismo día por el Juzgado Segundo de Instrucción de Cojutepeque; y (f) el n° 940, de 12-IV-2007, con el cual se remitió certificación de la decisión emitida el 11-IV-2007 por el Juez Décimo Tercero de Paz de San Salvador. En todos esos pronunciamientos judiciales se declaró inaplicable el art. 294 inc. 2° del Código Procesal Penal derogado (en adelante "C.Pr.Pn.D."), por considerarlo contrario a los arts. 2 inc. 1°, 11, 13, 172 inc. 3° de la Constitución (en adelante "Cn."), así como de los arts. 7.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH") y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP"), en relación al art. 144 Cn.

La disposición inaplicada prescribía:

Sustitución de la detención provisional

Art. 294. (...) No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, desordenes públicos agravados, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

Han intervenido en los presentes procesos acumulados, además de los tribunales requirentes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En su oportunidad, los intervinientes expusieron:

1. A. La Juez de Primera Instancia de Acajutla sostuvo que, en la disposición inaplicada, el legislador ha enumerado una serie de delitos sobre los cuales no es posible adoptar medidas sustitutivas a la detención provisional, de manera que el encarcelamiento preventivo adquiere el carácter de regla general.

A lo dicho agregó que ello violenta los principios constitucionales de independencia e imparcialidad judicial, particularmente en el análisis de casos concretos donde debe ser establecida la conveniencia de la referida medida con respecto a los fines del proceso.

Por otra parte –agregó–, tal disposición desconoce la naturaleza de las medidas cautelares y los principios que la inspiran, tales como su duración limitada y el *rebus sic stantibus*, que impone su modificación al cambiar sustancialmente los hechos que dieron lugar a su imposición. De igual forma, se incumple lo estipulado en los tratados internacionales de Derechos Humanos en relación con la excepcionalidad de la detención provisional.

B. Por su parte, la Juez suplente del Juzgado Segundo de Instrucción de Santa Tecla expresó que la disposición inaplicada lesiona los “principios” de jurisdiccionalidad, libertad ambulatoria y presunción de inocencia, contemplados en la Constitución.

En relación con el primero de ellos sostuvo que resulta quebrantado por limitarse la potestad del juzgador para valorar en cada caso la procedencia o no de adoptar una medida cautelar, lo que resta independencia a la función jurisdiccional. En cuanto a la libertad ambulatoria afirmó que se ve vulnerada porque se ha creado una regla que desobedece el principio de excepcionalidad requerido para la detención provisional, y que la impone aun cuando exista arraigo, o el peligro de fuga no se encuentre determinado. Asimismo, agregó que la disposición inaplicada contiene igualmente una violación al “principio” de presunción de inocencia, pues otorga a la detención provisional el carácter de pena anticipada.

C. El Juez de Primera Instancia de Izalco, sostuvo que el inciso segundo del art. 294 del C.Pr.Pn.D. es contrario a los arts. 2, 11 y 13 Cn. y a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por nuestro país; por lo cual, y de conformidad con lo establecido en el art. 185 de la Ley Suprema, lo declaró inaplicable.

D. El Juez Tercero de Instrucción de este distrito judicial señaló la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, en tanto que establece de manera imperativa la imposición de la detención provisional para la lista de delitos ahí consignados; circunstancia que impide al juez analizar la necesidad de la medida en el caso particular. Y, a criterio de dicho juzgador, ello contraría los arts. 11, 12 y 144 Cn.

E. La Juez Segundo de Instrucción de Cojutepeque sostuvo que la citada disposición incumple el principio de independencia judicial, como una característica propia de la jurisdicción cuando se analizan casos concretos. Igualmente, transgrede el principio de dignidad humana, ya que desconoce lo estipulado en tratados internacionales de Derechos Humanos que nuestro país ha suscrito.

F. Por último, el Juez Decimo tercero de Paz de esta ciudad sostuvo que en la ley inaplicada se contradice lo estipulado en instrumentos internacionales tales como pactos, tratados y convenciones de derechos humanos. En específico, no es concordante con lo establecido en el art. 7.3 de la CADH, 9.3 del PIDCP y el art. 4.1 de las denominadas “Reglas de Tokio” (Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad), en el sentido que la detención provisional no debe considerarse como una regla general dentro del proceso penal, sino la excepción. Por ende, consideró procedente su inaplicación por ser contraria a lo establecido en el art. 144 Cn.

2. De conformidad con las resoluciones pronunciadas por esta Sala el 24-VIII-2007, fueron admitidas únicamente las argumentaciones sostenidas por los tribunales requirentes

relacionadas con la inaplicabilidad del art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. por violación a las siguientes artículos fundamentales: (i) 1 Cn., en cuanto prevé que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado; (ii) 2 inc. 1° Cn., que consagra el derecho fundamental a la libertad, particularmente ambulatoria; (iii) 11 Cn., relacionado con el debido proceso; y (iv) 172 inc. 3° Cn., en lo concerniente al principio de independencia judicial.

Por ende, se descartaron los alegatos sobre la disconformidad de tal ley secundaria respecto de la presunción de inocencia –contemplada en el art. 12 Cn.– y con la preeminencia de los tratados internacionales frente a las leyes secundarias en el caso de existir un conflicto entre ambos –art. 144 Cn.–, porque esos puntos ya fueron resueltos por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006, publicada en el D. O. n° 71, tomo 375, correspondiente al 20-IV-2007.

Respecto de tal pronunciamiento esta Sala afirmó, en la Resolución de 18-IX-2009, Inc. 7-2008, la obligatoriedad de todos los jueces para acatarla, pues al ser una sentencia de inconstitucionalidad no puede tener otros efectos que los vinculantes, *erga omnes*, que dispone el art. 183 Cn., pues entenderlo de otra manera acarrearía desorden e inseguridad jurídica. Tal obligación de acatamiento subsiste en tanto esta misma Sala, fundadamente, no cambie el precedente y establezca una nueva regla jurisprudencial, según los criterios que se afirmaron en la Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010, Considerando II 1.

Asimismo, por medio de acto procesal realizado el 7-IX-2007 se ordenó la acumulación de los seis expedientes mencionados; y a través del auto de 21-I-2008 se solicitó informe a la Asamblea Legislativa, a fin de que justificara la constitucionalidad de la ley secundaria en cuestión.

3. A. La Asamblea Legislativa, al rendir el informe que prescribe el art. 7 de la L.Pr.Cn., sostuvo que no existen las inconstitucionalidades alegadas, ya que el Estado se encuentra al servicio de los seres humanos, y busca lograr la realización de valores tales como la justicia, el bien común y seguridad jurídica.

B. Así, en relación con el argumento de que la disposición del Código Procesal Penal derogado menoscaba la independencia judicial, sostuvo que el juez debe sujetarse a la Constitución y a la ley en su función de juzgar y hacer que se cumpla lo juzgado. Por ende, puesto que la disposición impugnada es ley de la República, debe ser aplicada.

C. En relación con el derecho fundamental a la libertad, afirmó que no es un bien absoluto, sino que puede limitarse lícitamente en virtud de una ley emanada de la voluntad general –expresada a través de los representantes del pueblo libremente elegidos– que determine de forma previa los casos correspondientes. Ello es una exigencia de seguridad jurídica –dijo–, por medio de la cual los ciudadanos saben de antemano que hay conductas cuya comisión provocará que se les prive de libertad por un período determinado.

Por lo anterior, solicitó que en sentencia definitiva se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas por los jueces requirentes.

4. A. El Fiscal General de la República señaló que la disposición impugnada no violenta de manera alguna la dignidad humana, pues la reclusión –cualquiera que fuera su origen– debe ejecutarse respetando la integridad personal de los encarcelados. Tampoco la detención dentro del marco de un proceso penal es una transgresión a aquella, ya que las garantías del debido proceso suponen una salvaguarda a la que tiene derecho toda persona.

B. Tampoco se incumple el art. 2 Cn., en tanto que las causas legales de privación de libertad tienen una razón material que consiste en otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos. En otras palabras, estos saben que existen conductas cuya comisión les genera una sanción que les privará de libertad durante un tiempo previamente determinado por la ley. Por otro lado, la mera presencia de una disposición que regule la detención provisional de una persona no significa automáticamente una transgresión a su derecho de libertad, sino que ha de comprobarse “la existencia de un hecho delictivo, en los que se tengan suficientes elementos positivos que señalen al imputado como autor o partícipe, y que se trate de un delito grave o que haya causado alarma social”.

C. De forma específica, en cada uno de los delitos establecidos en la disposición impugnada –por su misma gravedad– se configura el peligro de fuga; es decir, es probable que quien sea juzgado por uno de esos hechos no se someta al proceso judicial, o inclusive obstaculice la investigación. Además –siguió–, por su gravedad, tales delitos conllevan alarma social, elemento esencial del *periculum in mora*. Visto lo anterior, concluyó que no se viola el derecho a la libertad, y se respeta el debido proceso en cualquiera de sus elementos –audiencia, defensa, juez natural–.

D. Asimismo, se respeta la independencia que todo Juez ostenta al ejercer su función, pues el art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. no implica que un tribunal reciba órdenes o sea influido por otro Órgano del Estado, funcionario del mismo, persona o algún grupo económico, social o político; ya que las únicas órdenes que debe obedecer son las que se refieren a la Constitución y a las leyes. Por ende, cuando aplica la referida ley secundaria se demuestra la sumisión a la ley, lo cual es acorde con la Constitución.

E. En relación con la supuesta violación al deber de motivación, el Fiscal General sostuvo que dicho deber es impuesto a la autoridad judicial por el mismo legislador a la autoridad judicial y no un defecto de la disposición impugnada. Por ende, y por ese mismo carácter excepcional de la detención provisional, tal medida de coerción debe estar debidamente fundamentada, pues de lo contrario estaríamos ante una decisión arbitraria y desproporcionada. Sin embargo aunque la disposición no lo establezca expresamente, no es motivo suficiente para considerar que el inciso segundo del art. 294 C.Pr.Pn. derogado sea inconstitucional.

A partir de lo anterior, solicitó que la disposición cuestionada sea declarada conforme con la Constitución.

II. Por D. L. n° 733, de 16-I-2009, publicado en el D. O. n° 20, tomo 832, de 30-I-2009, se derogó completamente el cuerpo normativo que contenía la disposición impugnada en los presentes procesos constitucionales acumulados. Ante tal circunstancia, es preciso señalar lo siguiente:

1. Este tribunal ha sostenido en su jurisprudencia que la finalidad rectora y fundamental del proceso de inconstitucionalidad es establecer un *contraste internormativo*, a partir del cual se pueda verificar la confrontación abstracta entre la disposición impugnada y la Constitución, a efecto de invalidar la primera si resulta incompatible con la segunda. Así – se ha dicho –, el ordinal 2° del art. 6 de la L.Pr.Cn. establece como requisitos de la demanda: la identificación del *objeto de control de constitucionalidad*; y, en el ord. 3°, que se citen los artículos pertinentes de la Constitución que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado (Sobreseimiento del 4-VII-2007, pronunciado en el proceso de Inc. 44-2006).

Dada la relevancia del objeto de control en la estructuración del contraste normativo que implica el juicio de constitucionalidad, cuando se verifica un cambio o derogación de la legislación impugnada, generalmente se altera la tramitación del proceso de inconstitucionalidad. En tal sentido, si el objeto de control ya ha sido derogado al momento de presentarse la demanda, se derogó durante el desarrollo del proceso, o es expulsada del ordenamiento jurídico mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, el objeto de control ha dejado de existir, por lo que el proceso carecería de finalidad, pues la pretensión no tendría sustrato material sobre el cual pronunciarse.

2. Sin embargo, cuando el control constitucional requerido se refiere a un vicio de contenido y durante la tramitación del proceso de inconstitucionalidad se verifica alguna reforma en la disposición sometida a control, o bien su derogatoria expresa por una nueva normativa, es preciso determinar, los efectos que ello genera en la disposición cuestionada, pues si el contraste subsiste en el nuevo cuerpo legal, este tribunal está habilitado para examinar la continuidad de los términos de impugnación de la disposición derogada (Sentencia pronunciada el 26-VII-1989, en el proceso de Inc. 3-85, Considerando X; e Improcedencia del 31-VII-2009, pronunciada en el proceso de Inc. 94-2007).

Así, ante cualquier modificación legislativa efectuada sobre el objeto de control propuesto en un proceso de inconstitucionalidad, lo determinante para este tribunal es establecer la permanencia en el ordenamiento jurídico de la *norma* que fue inicialmente impugnada, aunque la disposición en la que ella se contiene haya sido modificada —ello conforme a la línea jurisprudencial que distingue entre disposiciones y normas, desde la Sentencia de 20-VII-1999, pronunciada en el proceso de Inc. 5-99—. Lo anterior, para evitar que, en virtud de maniobras legislativas, una disposición o cuerpo normativo pueda sustraerse del control de constitucionalidad.

Por tanto, se deja abierta la posibilidad de conocer de una disposición con el mismo contenido normativo que la disposición originalmente impugnada, pero que la autoridad demandada reubicó en otro cuerpo normativo u otra disposición jurídica.

3. A. En el caso particular, se advierte que el art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. contemplaba la prohibición de sustituir la medida de detención provisional en los siguientes delitos: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, desórdenes públicos agravados, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.

B. Ahora bien, el art. 331 inc. 2° del Código Procesal Penal actualmente en vigencia (en adelante “C.Pr.Pn.”) también contempla la *prohibición de sustituir la detención provisional para el mismo catálogo de delitos aludidos en el precepto legal inaplicado*. Por tanto, pese a la derogatoria de la disposición objeto de control, *la norma en ella contenida subsiste en el ordenamiento jurídico*, en esta nueva disposición, por lo que esta Sala está habilitada para continuar con el análisis del conflicto normativo propuesto.

C. En ese sentido, visto que la norma contenida en la disposición inicialmente inaplicada ha sido prevista en el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn., y dada la naturaleza del proceso

de inconstitucionalidad, cuya finalidad es dirimir conflictos normativos respecto de la Constitución, debe entenderse que *el nuevo precepto normativo relacionado es el objeto de control del presente proceso constitucional*.

III. Dirimido lo anterior, y expuestos los fundamentos de las autoridades judiciales para inaplicar la norma contenida en el art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. —ahora incluida en el art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn.—, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de dicha norma, y la opinión del Fiscal General de la República, es procedente establecer los contenidos de la presente sentencia.

En ese orden, en los presentes procesos constitucionales acumulados, en primer lugar, se van a efectuar algunas consideraciones jurisprudenciales respecto de la detención provisional, específicamente en cuanto a su naturaleza, principios y presupuestos (IV); luego, se analizará cada una de las pretensiones sometidas al conocimiento de esta Sala (V); para, finalmente, emitir el fallo que corresponda conforme a tales premisas.

IV. 1. La detención provisional ha sido caracterizada por la jurisprudencia de este tribunal como aquella *medida cautelar* de carácter netamente personal, en virtud de la cual se priva a un presunto autor o partícipe de un hecho delictivo de su libertad física durante la sustanciación de un proceso penal (v. gr., Sentencia de 19-IV-2006, HC 217-2005).

Se advierte entonces que, a partir de su naturaleza estrictamente cautelar, su imposición debe perseguir fines constitucionales dentro del proceso penal: averiguar la verdad y asegurar la aplicación objetiva de la ley penal.

En efecto, tal custodia provisional durante el procedimiento penal constituye solamente una de las maneras de conseguir que se cumplan los fines del enjuiciamiento, a saber: la averiguación correcta de la imputación objeto del proceso, evitar entorpecer el descubrimiento de la verdad histórica, lograr el sometimiento del imputado al proceso para llevarlo a cabo —evitando realizar un juicio en contumacia— y, eventualmente ejecutar la condena. Por ende, es indiscutible su necesidad dentro del catálogo de aquellas medidas de coerción procesal que la autoridad jurisdiccional competente pueda utilizar.

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

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

Y es que, como enfáticamente se sostuvo en la Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, la detención provisional, no obstante constituir una privación de libertad personal, no lo es a título de sanción sino con fines asegurativos, por lo cual es perfectamente válido caracterizarla como *medida cautelar*.

2. Pese a lo anterior, no puede desconocerse, por la gravedad de sus consecuencias, que la detención provisional es una de las medidas que más afecta la libertad de una persona, así como a otros derechos fundamentales contemplados en la Ley Suprema –entre ellos la presunción de inocencia–. Y por tales motivos, se encuentra sujeta a una variedad de principios de clara raigambre constitucional; y, que igualmente derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre ello, la jurisprudencia constitucional –v. gr., Sentencia de 31-I-2000, pronunciada en el proceso de HC 452-99– ha reconocido cuatro principios que deben regir la aplicación de dicho instituto, a saber: (a) excepcionalidad; (b) jurisdiccionalidad; (c) provisionalidad; y (d) proporcionalidad.

A. La excepcionalidad de esta medida de coerción parte de una premisa básica: el imputado debe recibir un trato de inocencia hasta la sentencia que ponga fin al proceso. Por ende, su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para los fines del proceso; y tal inferencia requiere, igualmente, examinar y llegar al convencimiento de que otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales puedan resultar un fracaso. En suma, constituye la *ultima ratio* de las medidas de coerción procesal de las que el juez puede valerse para asegurar los resultados del juicio.

Tal percepción es coincidente con la efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señaló que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Sentencia de 7-IX-2004, caso *Tibi vs. Ecuador*, párrafo 106).

B. Por otro lado, su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien, luego de examinar objetivamente los datos que consten en el proceso, debe exponer un análisis motivado sobre la conveniencia de la citada medida en el caso concreto que juzga y que, a grandes rasgos, se relaciona con una sospecha seria de que el imputado ha cometido un delito, y que su actuar en libertad representa un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

C. En cuanto a la provisionalidad, tal calidad es inherente a cualquier medida cautelar, en el sentido de que su duración es siempre temporal –hasta la finalización del proceso– y sujeta a la variación sustancial de las condiciones que han dado lugar a su imposición –el denominado principio *rebus sic stantibus*–. Conforme a este último, la prisión preventiva debe ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento procesal puedan ser eficazmente garantizados en una forma menos extrema; e igualmente, concluir su duración cuando los plazos fijados en el art. 8 del C.Pr.Pn., sean cumplidos.

D. Por último, la duración de la prisión provisional no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria, particularmente de alguien que tiene un *status* de inocencia ante el Estado. Es decir, debe impedirse que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal irremediable y mayor que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena.

3. Ahora bien, la procedencia de tal medida –conforme con los principios enunciados *supra*– supone además el cumplimiento de dos presupuestos delineados por una serie de

decisiones de esta Sala, y que se relacionan con la necesidad de neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre los fines del proceso. Estos son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. En el primero se conjugan tanto aquellos peligros derivados de la posibilidad de fuga o sustracción del proceso penal, como la posible obstaculización de la investigación – alteración de los medios de prueba, confabulación con los testigos, etc.–; los cuales pueden impedir la aplicación de la consecuencia jurídica descrita en la ley penal en caso de una probable condena. El segundo presupuesto viene constituido por el juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida.

La relación de ambos presupuestos debe realizarla el juez competente por medio de una decisión cuyo fundamento argumental se vincule con la probabilidad positiva de ambos presupuestos. Así, la presencia de una situación de peligro para los fines procesales debe mostrarse razonable y verosímil, con indicación de la presencia efectiva de algún hecho delictivo, circunstancias o comportamiento de las cuales se pueda derivar razonablemente su existencia (Sentencia de 20-III-2006, pronunciada en el proceso de HC 126-2005).

Lo anterior es una exigencia propia de la motivación judicial, sobre la cual esta Sala ha señalado su obligatoriedad en la materia y que se relaciona con el principio de independencia judicial y con el carácter excepcional de la detención provisional. Para el caso, en la Sentencia de 6-IV-2005, pronunciada en el proceso de HC 230-2004, se sostuvo que, al tratarse de una medida cautelar de tipo personal que restringe la libertad física de las personas, es preciso que la autoridad judicial la adopte mediante resolución motivada, pues al constituir la libertad la regla general, cualquier restricción a esta debe justificarse.

Y es que, como también lo ha sostenido la Corte Interamericana, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que *su aplicación* respete el deber de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007).

Por ende, cuando no se exponen las razones fácticas y jurídicas para adoptar la medida en mención, no resulta posible conocer si tal providencia ha sido pronunciada conforme con la Constitución y la ley. Por tanto, "...las resoluciones que decretan la detención provisional, requieren la exposición de las razones para creer que el o los acusados son con probabilidad autores o partícipes del delito que se les imputa, así como los motivos por los cuales se cree que los mismos puedan sustraerse de la acción de la justicia" –Sentencia de 6-IV-2005, pronunciada en el proceso de HC 230-2004–.

V. 1. A la luz de las anteriores consideraciones de carácter general, corresponde estudiar los razonamientos de los jueces requirentes en los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados, y que se relacionan: con la inobservancia de las disposiciones constitucionales relativas a la *dignidad humana*, la *libertad ambulatoria*, algunas concreciones del *proceso constitucionalmente configurado e independencia judicial y deber de motivación*.

A. Ahora bien, las primeras tres argumentaciones se vinculan en una sola, pues –de acuerdo con el planteamiento de las inaplicabilidades– tales derechos fundamentales se ven contradichos cuando la detención provisional se impone *ope legis* –en virtud exclusivamente de la ley–, aunque existan condiciones para su sustitución; con ello, adquiriría el carácter de

pena previa al juicio, es decir, sin haberse indagado por autoridad judicial la viabilidad de restringir el derecho fundamental consagrado en el art. 2 Cn.

Así, el primer punto a deslindar, es el relativo a si la norma contenida en el art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn. establece una categoría de delitos en los que no es posible brindar una medida sustitutiva a la detención provisional. Tales medidas alternativas o sustitutivas son aquellas que hacen cesar el encierro preventivo y que dan nacimiento a un estado de libertad dentro del procedimiento penal, pero sujeto a caución previa de naturaleza juratoria, personal o real, igualmente sometidas a las condiciones que aseguren la comparecencia del imputado a la vista pública o cualquier otra diligencia donde se requiera su asistencia.

B. Como segundo punto, corresponde examinar la argumentación sostenida en relación con la presunta violación a la independencia judicial, en tanto que la disposición inaplicada excluye la valoración judicial sobre sus presupuestos de aplicación en el caso concreto, y desconoce igualmente las características de provisionalidad y jurisdiccionalidad que son inherentes a la naturaleza cautelar de la detención provisional, y con ello se volvería entonces de aplicación automática.

En tal sentido se perfila la argumentación sostenida por el Juez Décimo Tercero de Paz de este distrito judicial, en la medida que las disposiciones internacionales relacionadas en su decisión, imponen la excepcionalidad de la detención provisional y esta característica debe ser resguardada por la autoridad judicial mediante la debida motivación en su dictado y en su permanencia hasta la conclusión del proceso penal mediante una sentencia firme.

2. Entrando en materia, el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn. prescribe –de forma aparente– una prohibición legal de conceder cualquier medida sustitutiva a la detención provisional en cualquiera de los delitos antes mencionados, una vez que haya sido dictada dentro del transcurso del proceso; ello supone la imposibilidad de modificación del encarcelamiento preventivo luego de haberse dictado, aun y cuando las circunstancias que hayan originado su adopción puedan haberse modificado.

Si se interpreta así, estaríamos en presencia de una regla que podría entrar en colisión con las características de excepcionalidad, modificabilidad *–rebus sic stantibus–* y provisionalidad, cuyo análisis obviamente compete a la autoridad judicial que analiza el caso a fin de determinar la viabilidad de la medida en orden al aseguramiento de la aplicación de la ley penal.

Al efecto, el órgano productor de la disposición –el Legislativo–, argumenta que está facultado para decidir en qué casos puede privar de libertad a una persona, mediante una ley previa que les indique a los ciudadanos aquellas conductas cuya comisión les supondrá una privación de libertad por tiempo determinado.

En realidad, en este caso no resulta pertinente argumentar la capacidad motivadora que pueda tener una disposición netamente “procesal” a los efectos preventivo-generales del Derecho Penal; pues, mal puede predicarse de una disposición eminentemente instrumental, como la procesal, que ella pueda servir para generar una intimidación colectiva o una estabilización socialmente positiva en el ciudadano *–prevención general negativa y positiva–*. Al contrario, si se intenta dotar a la normativa relativa a la detención preventiva, de las finalidades que gozan las relativas a los delitos y las penas, se estarían trasladando finalidades sustantivas a un instituto de naturaleza cautelar, a una persona que aún se presume inocente.

Adicionalmente, tal entendimiento repercute gravemente en la actividad judicial, en la medida que, al encontrarnos en alguno de los supuestos regulados en las disposiciones en referencia, el juez se encuentra inhibido para cesar o modificar su aplicación, pese a que la sospecha de sustracción del proceso por parte del imputado sea mínima, y los fines de aseguramiento no permitan justificar una intromisión de tal calado en contra de la libertad de aquel.

Desde tal perspectiva, la justificación aportada por la Asamblea Legislativa supone admitir una invasión en la esfera de la valoración judicial, pues impone el mantenimiento de la detención provisional sin posibilidad de revisión alguna. Colateralmente, y con un claro perjuicio al procesado, impide al juez examinar y motivar cualquier situación relativa a una posible libertad caucionada durante el transcurso del proceso penal mediante el incidente de revisión de medidas contemplado en el art. 306 del C.Pr.Pn.D. –art. 343 del C.Pr.Pn.–, y se elimina entonces el deber de motivación judicial en este ámbito.

Por todo lo anterior, esta primera justificación del art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn. debe reputarse no conforme con los postulados constitucionales que informan la actividad cautelar y jurisdiccional. Y ello es así, por contradecir abiertamente el consolidado criterio establecido por esta Sala desde la decisión pronunciada el 14-II-1997 –Inc. 15-96– que postula que está constitucionalmente prohibido trasladar a la detención provisional los fines que supone la pena, pues ello supondría una inaceptable tergiversación de la presunción de inocencia (Considerando XVIII 4).

3. Sin embargo, resulta procedente indagar la posibilidad de una interpretación diversa del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn. y una construcción jurisprudencial del mismo que se muestre conforme con los principios constitucionales que disciplinan la adopción, mantenimiento y cesación de la detención provisional.

En esta línea, el Fiscal General de la República esgrime una argumentación distinta a la formulada por la Asamblea Legislativa, entendiendo que el catálogo de delitos enumerados en la disposición impugnada hace referencia a aquellos hechos punibles donde el peligro de fuga es mayor. Es decir –afirmó–, es probable que, por la gravedad y por la pena que conlleva, el sujeto a quien se le imputa uno de estos delitos no se someta al proceso judicial o inclusive obstaculice la investigación. Asimismo –agregó–, por la gravedad de estos delitos generalmente se produce una *alarma social*.

De esta forma, el inicio de la interpretación del Fiscal General se muestra coincidente con la Sentencia de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006, en el sentido que, si la ponderación realizada por el legislador determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa alguno de los elementos que componen el presupuesto procesal del *periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la “alarma social”–, pueden establecerse excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas, y darle prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado.

Sin embargo, se sostuvo que tal configuración legislativa tiene una excepción en relación a los delitos menos graves de naturaleza sexual o contra la salud pública, y en los que el juez debe establecer mediante un juicio de ponderación si resulta idóneo dictar una medida alternativa o sustitutiva a la detención provisional.

4. La interpretación efectuada por esta Sala, y traída a cuenta por el Fiscal General, debe considerarse satisfactoria en atención al margen de configuración legislativa de la

Asamblea; en la medida que, *si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga u obstaculización de la investigación (como también en lo que se relaciona al crimen organizado como promotor y ejecutor de los primeros), es factible establecer una regla en virtud de la cual no se pueda sustituir la detención provisional por otras medidas (sustitutivas o alternativas), y atender a la especificidad criminológica que presentan tales figuras.*

En efecto, bajo los criterios establecidos en la presente decisión, la privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, *necesidad* y proporcionalidad, y sólo procederá de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos elementos normativos (Principio III.2: Excepcionalidad de la privación preventiva de la Libertad). [*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*].

A. No obstante lo anterior, esta identificación del *periculum in mora* –peligro de fuga, particularmente– con la gravedad del delito y de la pena, debe ser necesariamente complementado con el otro presupuesto cautelar de naturaleza constitucional, cual es el *fumus boni iuris*, y obligadamente con los mismos presupuestos subjetivos del *periculum in mora* relativos a las condiciones particulares del imputado.

Ello supone entender que el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial; pues deben ser considerados otros presupuestos que constitucionalmente han sido admitidos de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional.

En tal sentido, esta Sala ha sostenido como uno de los presupuestos fundamentales la existencia del *fumus boni iuris*, el cual en la presente materia se ha entendido como la sospecha razonable de que se ha cometido un delito, y que en el mismo ha participado el encartado como autor o partícipe.

Desde tal presupuesto, la adopción de la detención provisional supone la existencia de elementos de convicción suficientes para acreditar positivamente tales extremos procesales conforme a un juicio de ponderación realizado por los jueces, es decir, no basta con la apreciación superficial de la imputación, sino que el juez también tiene el deber de argumentar que en efecto se está en presencia de esos tipos delictivos para proceder a adoptar la medida cautelar.

Una vez que se genera el efecto inverso –es decir, que no resulte plenamente establecida la existencia del hecho o la intervención del encartado en el mismo– el encarcelamiento preventivo, y por ende el mismo proceso penal, deja de tener sentido, y con ello resurge el estado de libertad del que goza el ciudadano.

B. Por otra parte, y entrando al ámbito del *periculum in mora*, si bien el legislador ha considerado que el peligro de fuga aumenta en razón de la gravedad del delito y de la pena, ello nada más supone un *elemento indiciario* dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado.

Sin embargo, desde una interpretación sistemática y teleológica, dicho peligro de fuga tampoco debe ser el único dato que el juez deba tener en cuenta, pues las condiciones personales del imputado deben ser valoradas igualmente. Y es lo que se conoce doctrinariamente como el aspecto subjetivo del *periculum in mora*.

Desde este enfoque, el arraigo –familiar, domiciliario y laboral–, la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone, cargas económicas familiares y otros datos relevantes, pueden ameritar la aplicación de una medida sustitutiva o alternativa desde el inicio del proceso o la sustitución de la detención provisional por alguna de ellas en el transcurso del mismo; y ello es complementario al hecho de que la gravedad del hecho –aisladamente considerada– no aporta justificación suficiente para petrificar la medida cautelar restrictiva de la libertad.

Las aseveraciones anteriores –que la gravedad del delito supone un mayor riesgo de fuga como dato que no puede considerarse aislado– imponen, al menos, cuatro elementos normativos importantes en relación con la disposición impugnada en el presente proceso constitucional:

a. La detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada *por ministerio de ley*, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a fundamentar la naturaleza de la detención provisional como mecanismo sustantivo para la prevención de los delitos, y por tanto, su entendimiento como pena anticipada. En términos claros, *no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2º C.Pr.Pn.*

b. El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con *las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial*. De ahí que, si a mayor gravedad del delito también se advierte una mayor peligrosidad del imputado en relación con su fuga, o también con la presión o amenaza hacia quienes vayan a deponer como víctimas o testigos en su contra, resulta argumentalmente admisible la imposición de la detención provisional.

Precisamente para que a la víctima o testigo se le dispense una asistencia jurídica y protección cuando su integridad física o moral, así como la de su familia, se encuentre puesta en peligro, antes, durante y después del proceso penal.

A ello se suma lo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha afirmado que también “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención” (Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006).

c. Por otra parte, si se atiende a la importancia del principio de proporcionalidad, *el criterio de la gravedad del delito también debe ser atemperado con otros como la penalidad –como se efectuó en la referida Inc. 28-2006, en relación con los delitos menos graves– o, incluso, el grado de realización del delito –preparación, ejecución, consumación,*

agotamiento– o la participación que pudo tener el imputado –autoría directa, mediata, coautoría, complicidad necesaria y no necesaria, instigación, etc.–

En ese sentido, la gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal, lo cual determina una respuesta diferenciada en cuanto a su adopción y su mantenimiento. Asimismo, deben ser atendibles y valoradas por cada juzgador aquellas circunstancias que se relacionen con causales de exclusión de responsabilidad penal previstas en el art. 27 C. Pn., independientemente del tipo de delito, si precisamente el *fumus bonis iuris* se ve reducido por supuestos como la legítima defensa o actuar en cumplimiento de un deber, entre otros.

d. Por último, es pertinente reiterar que el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional, no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria *automática* de medidas alternas.

Dentro del análisis judicial de modificación de la medida cautelar, el juez debe tener en cuenta los otros elementos que constituyen los presupuestos constitucionales para su aplicación.

En términos simples, *la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas a la privación temporal de libertad durante el proceso penal –art. 332 del C.Pr.Pn.–*

C. La construcción jurisprudencial realizada en esta decisión respecto de la disposición impugnada permite el examen judicial de los presupuestos habilitantes para la detención, conforme a los elementos normativos que acabamos de exponer, todos ellos derivados de una interpretación global e integradora de la Constitución y del sistema procesal penal en su conjunto –especialmente el debido proceso constitucional–.

Sobre este tipo de pronunciamientos, en la Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007, se ha reconocido la existencia de “sentencias aditivas”, aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente. En tales casos, la oposición con la Constitución no resulta de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador.

5. Los peligros procesales que se intentan evitar con la adopción de la medida cautelar deben acreditarse conforme un juicio de probabilidad positiva, concerniente a que: (i) el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (ii) podrá influir para que otros co-imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera fraudulenta; o (iii) que en el caso que se le conceda la libertad, éste pueda inducir a los anteriormente relacionados o a otras personas a realizar conductas delictivas.

Por tanto, la tesis aquí sostenida sobre el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn., mediante la cual se afirma que la gravedad del delito y de la pena –conforme el catálogo de tipos penales señalados– son elementos importantes que el juez debe examinar en su análisis particular, pero que habrá de hacerlo de forma conjunta con los otros presupuestos constitucionales, reportan el ineludible *deber de motivación*.

Al referirnos en términos generales sobre la motivación, de acuerdo con lo señalado en diferentes pronunciamientos de esta Sala, se ha caracterizado como la explicación de las razones –tanto de carácter fáctico como jurídico– que mueven de forma objetiva al aplicador a resolver en un determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas (Sentencia de 23-II-2000, Amp. 20-2000).

En efecto, bajo el esquema de decisión judicial que la Constitución plantea desde los principios de independencia e imparcialidad judicial, juzgar implica una serie concatenada de decisiones previas y necesarias: la determinación del material normativo susceptible de ser aplicado (verificación, depuración e interpretación normativa); la comprobación inductiva del material fáctico que objetiva las alegaciones de las partes (depuración del material fáctico probado); la connotación misma de los hechos al ser encauzados en la estructura normativa depurada, y finalmente, la aplicación de las consecuencias jurídicas de la disposición hacia los hechos establecidos –Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003–.

Con la motivación se cumplen dos funciones esenciales, que no son privativas únicamente de la actividad judicial, sino también de la administración, a saber: (i) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y (ii) desde un punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación.

Así, con la motivación de las resoluciones –sean judiciales o administrativas–, se hace factible para las partes procesales conocer que una determinada decisión tiene como base un irrestricto apego al ordenamiento jurídico vigente y que igualmente tiene como base una interpretación racional del mismo. Con ello se descarta entonces, que su génesis devenga en una voluntad antojadiza o caprichosa.

Pero de forma más trascendental a la esfera procesal, con la exigencia de motivación se busca que el proceso de aplicación al derecho no permanezca en el secreto o en el arcano inconsciente del funcionario estatal que resuelve, sino que reciba la necesaria y suficiente publicidad como medio de aminorar cualquier arbitrariedad de los poderes públicos, en la medida que su convencimiento quede debidamente explicitado.

Dada la importancia que subyace en el deber de motivación, su inobservancia no solamente puede dar lugar a la nulidad del acto procesal como aparece prescrito en el art. 130 del C.Pr.Pn.D., o en el art. 144 C.Pr.Pn.; sino también, una específica responsabilidad administrativo-disciplinaria según la magnitud que dicha ausencia haya podido ocasionar o no en la defensa de los interesados.

Para el caso, en la sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004, se sostuvo que, cuando no se exponen las razones fácticas y jurídicas para limitar la libertad del imputado, no resulta posible conocer si tal providencia ha sido dictada conforme a la Constitución y a la ley. Es así entonces, que “...las resoluciones que decretan la detención provisional, requieren la exposición de las razones para creer que el o los acusados son con probabilidad autores o partícipes del delito que se les imputa, así como los motivos por los cuales se cree que los mismos puedan sustraerse de la acción de la justicia”.

En consonancia con lo anterior, a nivel regional, la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la sentencia de 24-VI-2005 –Caso *Acosta Calderón vs.*

Ecuador– que el necesario control judicial de estas restricciones de derechos es una medida que pretende evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, pues en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (párrafo número 76).

De ello se desprende que ese deber estatal de motivación de las resoluciones judiciales, tanto las que imponen una sanción penal como una medida cautelar sea real o personal, guarda una estrecha relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia –art. 12 Cn.–, pues tanto la imputación como la actividad probatoria practicada para su comprobación, exigen que el órgano decisor exteriorice en la resolución dichas apreciaciones y consideraciones, que a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad legal y constitucional de la sanción o medida impuesta.

Por lo anterior, su contenido no queda satisfecho con la mera invocación de apreciaciones aisladas y mucho menos con el uso de frases ritualistas o carentes de sentido, sino que requiere la exposición del camino que le lleva a la autoridad judicial al convencimiento que concurre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, conforme una mínima actividad probatoria que sirve de fundamento (Sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004).

Tal exigencia no supone que la exposición de los fundamentos deba ser minuciosa o escrupulosa y mucho menos extensa –pues los términos de brevedad y concisión argumental no se confunden con falta de motivación–, sino que consten de un modo razonable cuáles han sido los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada. En otras palabras, se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permitan identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos fácticos al supuesto legal conforme a criterios racionales.

En conclusión, y de acuerdo a los cánones interpretativos señalados en esta sentencia, la regulación impugnada no elimina el deber de motivación judicial tanto en la imposición como en la sustitución de la detención provisional; al contrario, potencia el análisis judicial, en la medida que la adopción o la sustitución por una medida alternativa, más allá del mero *datum legis*, debe fundamentarse adrede por la jurisdicción.

Por ende, corresponde descartar la inconstitucionalidad de la disposición controvertida, tanto porque no constituye una pena anticipada, como porque no debe entenderse como un límite al ámbito de conocimiento y decisión de los jueces penales en orden al examen de su aplicación y mantenimiento.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas en los considerandos anteriores, disposiciones constitucionales y de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase que, en el art. 331 inc. 2º del Código Procesal Penal, no existe la inconstitucionalidad advertida en relación con la supuesta violación al deber de motivación*

deducido de los arts. 7.3 CADH, 9.3 del PIDCP en relación al art. 144 de la Constitución y a la independencia judicial consagrada en el art. 172 Cn.

2. *Notifíquese* la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado.

Voto particular concurrente del magistrado José Néstor Mauricio Castaneda Soto.

Coincido con el fallo de la anterior Sentencia de Inconstitucionalidad N° 37-2007 y otras acumuladas, en lo que respecta a declarar que en el art. 331 del Código Procesal Penal no existe la inconstitucionalidad advertida por la supuesta violación del deber de motivación basado en los arts. 7.3 CADH, 9.3 PIDCP en relación con el art. 144 Cn. y de la independencia judicial reconocida en el art. 172 Cn. Sin embargo, no estoy de acuerdo con las razones expuestas en esta sentencia para fundamentar dicho fallo, con base en las consideraciones siguientes:

I. Los argumentos centrales de la sentencia sostienen que:

a) *“...el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial [...] ello nada más supone un elemento indiciario dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado”.*

b) *“La detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada por ministerio de ley, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a [...] su entendimiento como pena anticipada [...] no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn.”*

c) *“El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial”.*

d) *“La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal” así como la existencia de causas de exclusión de responsabilidad penal.*

e) *“...el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas [...] la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas”.*

f) Todos estos argumentos, prosigue la sentencia, forman una “construcción jurisprudencial [...] respecto de la disposición impugnada” y un supuesto de “sentencia aditiva” que tiene lugar cuando se trata de “una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente”, cuando “la oposición con la Constitución” resulta “de una omisión relativa o parcial del legislador”.

II. Mi opinión es que semejante “construcción jurisprudencial” “de la disposición impugnada” es en realidad una completa sustitución del texto del precepto examinado, que prácticamente vacía de contenido a la prohibición legal de aplicación de medidas alternativas y de sustitución de la detención provisional, cuando se trate de los delitos enunciados en el art. 331 C.Pr.Pn. De esta forma, la desestimación de la inconstitucionalidad advertida por los jueces requirentes no se basa en la determinación de compatibilidad de la disposición analizada con la Constitución, mediante una legítima interpretación del texto legal objeto de control, sino que se fundamenta en una encubierta reformulación pretoriana de dicho texto, de ningún modo habilitada por el ámbito de competencia de este Tribunal. Si se cambia de esta manera el texto de la disposición examinada, la inconstitucionalidad propuesta se desecha mediante una suerte de licencia judicial para inaplicar el contenido auténtico de la ley, cambiando una prohibición expresa por una condición disponible en cada caso, sin el efecto vinculante pretendido por el legislador.

Con esta forma de proceder, la Sala abandona su papel de intérprete de la Constitución y sus herramientas de control constitucional para aventurarse en una función de reformulación legislativa, con una manipulación indebida de la disposición planteada como inconstitucional y evadiendo sin razón aparente su deber de definir con precisión y coherencia si existe o no la contradicción en examen, en lugar de dar una respuesta negativa en el fallo, precedida de una respuesta afirmativa en los considerandos de la misma sentencia. La seguridad jurídica queda en entredicho con este tipo de experimentos jurisprudenciales, pues los jueces siguen vinculados por una prohibición legal que no es inconstitucional, pero simultáneamente reciben el mensaje de que existe una variedad tan amplia de condicionamientos que la prohibición puede ser prácticamente difuminada en los supuestos concretos, mediante un ejercicio discrecional de los propios juzgadores. Una “prohibición” que *permite* su propia inobservancia ha dejado de ser una prohibición. Una prohibición legal no puede ser cambiada por un permiso jurisprudencial sin amenazar la certeza jurídica de los ciudadanos y especialmente, en este caso, la de las víctimas de los delitos referidos.

III. Me parece que es más coherente retomar los criterios jurisprudenciales expuestos por esta Sala en la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 28-2006, del 12-IV-2007 que, aunque referidos a motivos distintos de supuesta confrontación con la Constitución, permiten resolver en igual sentido desestimatorio los argumentos de inconstitucionalidad sometidos por los jueces requirentes. En síntesis, en dicha resolución se determinó que la prohibición del ahora art. 331 C.Pr.Pn. se basa en una válida ponderación legislativa del *peligro procesal objetivo* que concurre cuando se trata de los delitos enunciados en dicha disposición y que esto justifica la aplicación en tales de casos de la detención provisional, *sin posibilidad de sustitución o alternativa por otra medida cautelar*. Según se dijo, además del legítimo fundamento cautelar de esa prohibición, su debida observancia responde al fin constitucionalmente reconocido de dar protección jurisdiccional a las personas frente a los actos delictivos que lesionan sus bienes y derechos fundamentales.

Textualmente, entre los razonamientos del precedente citado se expuso que:

a) "...la ponderación constituye una herramienta esencialmente judicial. Sin embargo, ello no excluye que el legislador pueda y deba ponderar, pues de hecho es el primer llamado a solventar, mediante concreciones legislativas, los posibles conflictos entre principios constitucionales. La ley, por tanto, representa una forma de ponderación [...] la actividad legislativa no ha de verse como una mera ejecución de la Constitución y [...] por tanto, dispone de una amplia libertad configuradora; pues la Constitución no es un programa cerrado, y sus contenidos, aun cuando se propugnen coherentes, pueden plantear tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa."

b) "...la legislación penal, tanto en materia sustantiva como en materia procesal, debe representar con énfasis especial, el objetivo primordial de tutela de los derechos fundamentales [...] los sujetos que aparezcan como posibles responsables de las violaciones de facto de los derechos subjetivos constitucionales, de acuerdo a la legislación penal, deben someterse al juzgamiento que corresponde, la que incluye la sujeción de medidas razonablemente establecidas".

c) "...en el resguardo o tutela de los derechos fundamentales está interesada el universo de la población salvadoreña: es pues, materia de interés público. Por otro lado, también interesa que el juzgamiento penal de responsabilidad individual, efectivamente someta a aquellos que razonablemente aparezcan como sujetos activos de la infracción penal, y en cuanto tal deben responder sin posibilidades de evasión, es decir, sin posibilidades de atentar impunemente contra los valores supremos reconocidos, o sin posibilidades de volverlos nugatorios; pero, todo sin menoscabo de asegurarles sus derechos fundamentales."

d) "De manera reiterada esta Sala ha expresado en su jurisprudencia [...] que la libertad no es un derecho absoluto, como no lo son la mayoría de los derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común."

e) "...si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del *periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a [...] la libertad del imputado".

f) *"...si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican una mayor riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", como también que los delitos en que se presenta la realidad del crimen organizado, justifican establecer una regla en virtud de la cual no se sustituirá la medidas cautelar de la detención provisional por otras medidas cautelares, ello se encuentra habilitado por las especiales características de estos delitos"*.

IV. Creo que estas consideraciones, debidamente relacionadas con los argumentos de inconstitucionalidad expuestos por los jueces requirentes, justifican la desestimación de tales argumentos, en primer lugar, porque una (genuina) interpretación conforme a la Constitución de la disposición controvertida concluye que su fundamento es en verdad cautelar y no punitivo, de modo que en ningún caso en que se aplique la prohibición legal se estará instrumentalizando a la persona detenida con fines de prevención general y, por

tanto, no se afecta su dignidad humana. Claro que, con una dosis de realismo, como se reconoció en la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 28-2006 citada: “Probablemente de los efectos inmediatos de la detención provisional pueden derivar otros, como por ejemplo, cierto efecto disuasorio ante las inclinaciones de los potenciales agresores de los bienes jurídicos. Pero ello no obsta para que se confunda con la pena, porque las derivaciones directas o indirectas no constituyen su motivación esencial, sino el aseguramiento del proceso, tal como se ha dejado dicho.”

En segundo lugar, la estricta observancia del art. 331 C.Pr.Pn. es compatible también con el derecho de libertad deambulatoria, pues la excepcionalidad de las restricciones al ejercicio de tal derecho se cumple con el carácter cautelar (fundado en el peligro procesal objetivo inherente a los delitos referidos) de la detención provisional ordenada por la disposición legal analizada. Ese peligro objetivo no se desvanece por la inexistencia de un peligro “subjetivo” (fundado en las condiciones personales del imputado), pues aquél basta para justificar el aseguramiento procesal. En otras palabras, si como ha dicho esta Sala, el fundamento del artículo citado es asegurar los fines del proceso y, en sentido mediato, favorecer que este cumpla su función de protección de los derechos de las personas afectadas por esos delitos, la restricción del derecho de libertad fijada en la ley es una limitación razonable y no arbitraria. Esto la convierte en una limitación excepcional de la libertad del imputado, pues ella tendrá lugar *únicamente* cuando exista ese peligro procesal objetivo ponderado por el legislador, es decir, únicamente cuando se trate de los delitos catalogados en la susodicha prohibición legal.

En tercer lugar, la sujeción del juez al efecto imperativo de la prohibición legislativa en mención no atenta contra la independencia judicial, pues este principio tampoco es absoluto, sino que se define en términos de *sometimiento o vinculación del juez a la Constitución y a las leyes*. De este modo, si la prohibición de la sustitución o desplazamiento de la detención provisional por una medida cautelar distinta es una ley compatible con la Constitución –premisa demostrada en los párrafos anteriores y en el precedente desestimatorio citado– el cumplimiento de esa ley no sólo no viola la independencia judicial, sino que por el contrario es una manifestación del respeto a dicho principio fundamental de la configuración orgánica del poder judicial en el ordenamiento jurídico. La cuestionable simplificación del art. 331 C.Pr.Pn. como un supuesto de “aplicación automática” de la detención provisional, que suprimiría al juez sus facultades de decisión en el caso concreto es una falacia, pues *corresponde al juez*, en ejercicio de su competencia y con efectivas (aunque no tienen por qué ser “amplias”) opciones, *determinar que el caso pertenece a la lista legal de la prohibición, especialmente por medio de la verificación de la llamada “apariencia de buen derecho” de la pretensión cautelar*.

Por último, precisamente por ese *margen de elección* confiado como corresponde al juez (en la constatación de la existencia en el caso concreto del peligro procesal objetivo determinado por la ley), existe sin duda un espacio para el cumplimiento del deber de motivación de su decisión de detención provisional. Sobre todo porque, como se reconoce en esta misma sentencia, la motivación de las decisiones judiciales no tiene que ser “minuciosa o escrupulosa y mucho menos extensa –pues los términos de brevedad y concisión no se confunden con falta de motivación–”, sino que “se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permita identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos [...] al supuesto legal conforme a criterios racionales.” Este estándar de fundamentación es compatible con el cumplimiento de la prohibición legal regulada en el art. 331 C.Pr.Pn.

En conclusión, estoy en desacuerdo con las razones por las que se desestima la supuesta inconstitucionalidad del art. 331 C.Pr.Pn., porque considero que este Tribunal no está autorizado para cambiar el texto de la disposición objeto de control y despojar a la prohibición legal que contiene de su fuerza imperativa, afectando con ello la seguridad jurídica de las víctimas de los delitos enunciados en dicho precepto.

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO EDWARD SIDNEY BLANCO REYES

No concuro con mi voto a la formación de la anterior decisión por las siguientes razones:

I.- En el análisis de las inaplicabilidades efectuadas por los jueces requirentes se sostiene que en el artículo 294 inc. 2° del Código Procesal Penal derogado establece la prohibición de sustituir la detención provisional en un catálogo de delitos dispuestos en dicha norma, se sostiene que existe la posibilidad de una interpretación conforme con los principios constitucionales que regulan esta medida cautelar.

La prohibición en comento se encuentra regulada en el artículo 331 inc. 2° del Código Procesal Penal vigente.

El fundamento sobre el que se apoya esta afirmación surge de la postura adoptada en el proceso de Inc. 28-2006 en tanto, al identificar el legislador que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga u obstaculización de la investigación, se justifica el establecimiento de una regla que impida la sustitución de la detención provisional y así “atender a la especificidad criminológica que presentan tales figuras”.

Sin embargo, más adelante se sostiene que existen ciertos presupuestos de necesaria concurrencia para que se pueda adoptar esta medida y que deben ser identificados por el juez para sostener su imposición. Así se dice que uno de los presupuestos fundamentales es la existencia del *fumus boni iuris*, el que supone, por parte del juez, la comprobación de la existencia de elementos de convicción suficientes para acreditar los extremos del delito; ello a efecto de justificar la adopción de esta medida.

Además, el peligro de fuga no concurre únicamente en razón de la gravedad y penalidad del delito atribuido, sino que es necesario que desde una interpretación sistemática y teleológica se analicen las condiciones personales del imputado, que es el aspecto subjetivo de dicho presupuesto procesal.

Considerar –se apunta– que esta medida cautelar pueda aplicarse de manera “automática” tendría como consecuencia que se le otorgara a la detención provisional una función de prevención de delitos y, en consecuencia, como pena anticipada.

Entonces, a decir de la sentencia de cuya decisión me aparto, es el juez el encargado de ponderar las condiciones de carácter subjetivo que permitan determinar que además de la gravedad del delito existan datos sobre la mayor peligrosidad del imputado en relación con su fuga o que tenga la capacidad de entorpecer la investigación, porque ello determinará la procedencia de la imposición de la detención provisional.

A partir de ello, se asegura que a partir de los razonamientos efectuados, es posible respecto de la disposición impugnada, efectuar el examen judicial de los presupuestos para la imposición y mantenimiento de la detención provisional; lo anterior a través de los parámetros construidos en dicha decisión, frente a las omisiones que existen en la disposición acerca de los conceptos que construidos jurisprudencialmente permiten sostener la constitucionalidad de la disposición legal en estudio.

Por último se concluye afirmando que el art. 294 inc. 2° C.Pr.Pn. para su aplicación requiere del análisis y motivación judicial no solo de la gravedad del delito atribuido sino de

la concurrencia de los otros presupuestos que legitimen la imposición de la detención provisional. Es el cumplimiento del deber de motivación el que finalmente permitirá fundamentar la imposición y mantenimiento de este tipo de restricciones a la libertad de una persona.

II.-Aunque comparto algunos de los fundamentos expuestos en la decisión de la que emito mi disidencia, la solución a la que se arriba no cumple con las exigencias constitucionales dispuestas para legitimar la imposición y mantenimiento de la medida cautelar de detención provisional, con base en la disposición legal que se alega inconstitucional.

1. En primer lugar, debemos afirmar que los derechos fundamentales, en efecto, pueden ser limitados por disposiciones infraconstitucionales, mediante el establecimiento de ciertos impedimentos para su ejercicio, cuando está de por medio la garantía de otros derechos fundamentales, la seguridad de la generalidad y el bien común; sin embargo, el establecimiento de dichos impedimentos ha de hacerse con respeto al principio de proporcionalidad, y en cumplimiento de la prohibición establecida en el art. 246 inc. 1º de la Constitución, es decir, que no se altere el núcleo de los principios y derechos fundamentales.

En ese sentido, es cierto que corresponde al legislador, ante la inevitable correlación de intereses constitucionales, determinar para cada caso cuál es el punto de equilibrio entre los mismos, pues las disposiciones constitucionales se caracterizan porque nunca son mutuamente excluyentes; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, pues se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible.

Por ello, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la de los demás.

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todos los supuestos de conflicto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otros casos. Se trata de una preferencia móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente del otro, sino a la preservación abstracta de ambos; esto es, la búsqueda de una solución intermedia que, en puridad, no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

Así las cosas, al dotar de validez constitucional al inc. 2º del art. 294 C.Pr.Pn., se está avalando el establecimiento de una presunción –regulada a través de la ley– de “no inocencia” (o de culpabilidad), ya que permite que el legislador consigne supuestos en los que la detención provisional se constituye en una regla y no una excepción para la situación jurídica del acusado. Y, por tanto, se veda la oportunidad para que la autoridad jurisdiccional pondere en un número considerable de delitos si la exigencia de eficacia del proceso penal puede razonablemente ceder ante el derecho a la libertad personal, el derecho a la presunción de inocencia de la persona inculpada.

2. Si bien, la decisión de mis colegas Magistrados señala que es posible hacer una interpretación que permita sostener la constitucionalidad de la disposición en estudio, se parte de una premisa incorrecta, y es la de considerar que los criterios jurisprudenciales dispuestos en dicha providencia sobre la necesidad de la concurrencia de los presupuestos

para la adopción de la medida, y la motivación judicial sobre ello, permite que la *prohibición* de sustitución de la detención provisional dispuesta en el art. 294 C.Pr.Pn. no se aplique por *ministerio de ley* sino que siempre será requerido la concurrencia de aquellos presupuestos.

Entonces, dicha construcción jurisprudencial desconoce el mandato legislativo contenido en la norma objeto de análisis, en tanto, el legislador claramente ha contemplado apriorísticamente conductas delictivas específicas que “ameritan” detención provisional, sin dejar margen para que el juzgador tome en cuenta las consideraciones específicas del caso en concreto.

Por tanto, no puedo compartir la afirmación de que la construcción jurisprudencial efectuada en la decisión, lo ha sido bajo la modalidad de sentencia aditiva, al indicar que la disposición examinada tiene un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente, porque lo prescrito en el art. 294 inc. 2° es una prohibición clara que impide el análisis judicial sobre la procedencia de sustituir la detención provisional para los delitos ahí dispuestos, no cabe otra interpretación cuando el legislador expresamente contempla “no procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado ...” No se trata de un contenido normativo que pueda ser armonizado a los preceptos constitucionales, ya que la claridad de su redacción no permite considerar que bajo alguna fórmula o construcción jurisprudencial, pueda alcanzar el estándar constitucional exigible.

3- Es preciso señalar explícitamente que esta postura se corresponde con toda una línea jurisprudencial que ha sido desarrollada ampliamente en el ámbito del hábeas corpus y compagina plenamente con un incontrovertible consenso que existe en la doctrina procesal penal contemporánea sobre el tópico concernido.

Consecuentemente, mi voto no debe interpretarse como una forma de desprotección de la comunidad ante el crimen, sino como una posición que otorga a la detención provisional su naturaleza de medida cautelar con fines determinados; con lo cual se separan las finalidades de la pena de prisión –prevención general, inocuización, etc.– del ámbito estrictamente procesal.

Esto es así, la autoridad judicial no se encuentra impedida de imponer la detención provisional, si del análisis de los presupuestos procesales para ello, determina que resulta el único medio para vincular al imputado dentro del proceso penal.

Es decir, en la labor de análisis de la situación en la que el imputado, respecto de su derecho de libertad personal, debe enfrentar el proceso penal en su contra, lo dicho no representa una imposibilidad de utilizar la medida cautelar de detención provisional para los fines indicados, sino que la autoridad judicial se encuentra obligada a realizar una labor de análisis sobre los presupuestos procesales legalmente dispuestos para ella, a partir de lo que conste dentro de la investigación del delito que se conozca; y si, luego de ello, llega a la conclusión de imponer dicha restricción, siempre que se fundamenten las razones para ello, no existen impedimentos para hacerlo.

Esto es aplicable no solo respecto al primer análisis que se realice ante el inicio de la acción penal en contra de una persona, sino además en las distintas etapas del proceso en las que legalmente se encuentre dispuesto la obligación del juez de pronunciarse sobre esta circunstancia, y cada vez que se requiera a partir de la solicitud de revisión de medidas dispuesta en la legislación procesal penal.

En ese sentido, debo aclarar que las reglas básicas contempladas en los arts. 292, 293, 294, 295 y 297 C.Pr.Pn.D., ahora previstas en los arts. 329, 330, 331, 332 y 335 C.Pr.Pn., concernientes tanto a la imposición como la sustitución y extinción de la detención provisional, quedan a disposición de las autoridades jurisdiccionales correspondientes; por tanto, no existe vacío legal derivado de la inconstitucionalidad que advierto en la disposición legal en estudio.

4- consecuentemente considero que la resolución que correspondía al presente caso era una sentencia que declare la inconstitucionalidad del artículo 294 inc. 2° del Código Procesal Penal Derogado, retomado en el artículo 331 inc. 2° del vigente, a fin de atender las características de las medidas cautelares, en especial la detención provisional, que debe imponerse en definitiva tras una valoración judicial del caso concreto.

San Salvador catorce de septiembre de 2011

ANEXO 2: 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas del día doce de abril de dos mil siete.

Los presentes procesos constitucionales acumulados han sido iniciados, de conformidad a lo prescrito en el art. 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.), mediante los siguientes requerimientos: el primero, por medio de certificación remitida a esta Sala por la Jueza de Paz del municipio de Apopa, Departamento de San Salvador, de la resolución emitida por ese tribunal el 21-IX-2006; el segundo y el tercero, mediante certificaciones remitidas por el Juez Primero de Instrucción de Santa Tecla, de las resoluciones pronunciadas respectivamente los días 21-IX-2006 y 19-IX-2006; y el cuarto mediante certificación remitida por el Juez de Paz de la ciudad y puerto de La Libertad, de la resolución pronunciada el día 12-IX-2006, mediante las cuales se declaró inaplicable el art. 294 inc. 2° del Código Procesal Penal (C. Pr. Pn.), emitido por D. L. n° 904, de 4-XII-1996, publicado en el D. O. n° 11, tomo 334, correspondiente al 20-I-1997, reformado por D. L. n° 458, de 7-X-2004, publicado en el D. O. n° 207, tomo 365, correspondiente al 8-XI-2004; por considerarlo contrario a los arts. 1, 2, 3, 246 y 144 Cn., este último en relación con los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La disposición inaplicada prescribe:

"Art. 294. No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos".

Han intervenido en el proceso, además de los mencionados funcionarios judiciales, la Asamblea Legislativa, y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del presente proceso constitucional, los intervinientes han expuesto las siguientes argumentaciones:

1. A. La Jueza de Paz del Municipio de Apopa manifestó en la decisión supra detallada que, al interpretar literalmente el art. 294 inc. 2° del C. Pr. Pn., el mismo taxativamente hace una diferenciación de los delitos que no pueden gozar de medidas sustitutivas a la detención provisional, sin justificación alguna del por qué de esa diferenciación; lo que atentaría contra los "derechos universales" de dignidad humana, igualdad y libertad. Por tanto, en uso de la facultad que le confiere el art. 185 Cn. declaró inaplicable tal disposición, en lo relativo a que no procederá la sustitución de la detención provisional por otras medidas en el delito de Robo Agravado, por ser incompatible con el derecho de igualdad regulado en el art. 3 Cn.

B. El Juez Primero de Instrucción de Santa Tecla expresó, en ambos procesos, que en la aplicación del art. 294 inc. 2° del C. Pr. Pn. debía atender a la prevalencia de la normativa internacional "sobre el derecho adjetivo local", de acuerdo al art. 144 Cn., específicamente

los arts. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH. Aunado a ello, los arts. 1, 12 y 246 de la Ley Suprema establecen a la persona humana como el origen y el fin del Estado, a través de la consecución de los valores justicia, seguridad jurídica y bien común, como también la presunción de inocencia y la inalterabilidad de la Carta Magna ante toda ley y reglamento. En ese sentido, dicha autoridad judicial declaró inaplicable la disposición sujeta a control de constitucionalidad por contrariar las normas de rango constitucional invocadas, en especial la garantía procesal de toda persona a la que se le imputa un ilícito de ser considerada inocente mientras no se demuestre lo contrario en un juicio público y con arreglo a las leyes.

C. El Juez de Paz de la ciudad y puerto de La Libertad argumentó que, según el art. 144 inc. 2º Cn., la ley no puede modificar o derogar lo acordado en un tratado, y los arts. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH disponen que la detención provisional no debe ser la regla general, aunque la comparecencia del procesado en el juicio puede estar garantizada por otras medidas cautelares menos gravosas. Esto último sería contradictorio, según dicho Juez, por la disposición legal inaplicada, pues se prohíbe la sustitución de la detención por cualquier otra medida diferente en ciertos delitos, como el Homicidio Agravado.

2. A. Vistos los argumentos sostenidos por la Jueza de Paz del Municipio de Apopa, departamento de San Salvador, esta Sala –por auto de las diez horas y quince minutos del 28-IX-2006– dio trámite al presente proceso y afirmó que, en el presente caso, con base en los arts. 77-A y 77-C de la L.Pr.Cn., se ha verificado que la declaratoria de inaplicabilidad en referencia reúne los presupuestos mínimos para tramitar y decidir, con base en la certificación enviada por el tribunal requirente, un proceso de inconstitucionalidad.

También se circunscribió en el sentido que los motivos sobre los cuales esta Sala analizará para resolver en torno a la constitucionalidad del objeto de control –Art. 294 inc. 2º C.Pr.Pn.–, serán las confrontaciones normativas invocadas por la Jueza remitente, tendientes a evidenciar que tal disposición legal vulnera lo dispuesto en el art. 3 Cn.; es decir, se anunció que el examen radicaría esencialmente en dilucidar, de un modo general, obligatorio y, en su caso, con carácter constitutivo, si el objeto de control contraría el principio de igualdad, con relación a los demás delitos que sí admiten la sustitución de la detención por otras medidas.

En dicho auto inicial también se aclaró que "este proceso no se convierte, bajo ningún concepto, en un recurso o procedimiento de revisión de la inaplicación declarada por la mencionada Jueza, y tampoco es un juzgamiento del proceso penal conocido por ella. El caso concreto es independiente de este proceso de inconstitucionalidad y, por tanto, los medios impugnativos que pudieran incoarse en contra de la resolución dictada por la Jueza remitente siguen siendo viables, cumplidos que fueran los presupuestos legales para tal efecto. Es decir que el desarrollo de este proceso de inconstitucionalidad no interfiere con los efectos de la resolución judicial de inaplicación –reconocidos expresamente en el Art. 77-D de la L. Pr. Cn.–, y el pronunciamiento de este Tribunal se verificará con independencia total de las apreciaciones y consideraciones expuestas por la Jueza en referencia, acerca del proceso penal concreto. En definitiva, el requerimiento hacia esta Sala sólo representa el cauce de conexión entre el control difuso –Art. 185 Cn.– y concentrado –Art. 183 Cn.– de la constitucionalidad de las leyes".

B. Vistos los argumentos sostenidos por el Juez Primero de Instrucción de Santa Tecla, departamento de La Libertad, esta Sala dio trámite a ambos requerimientos y afirmó que, con base en las certificaciones enviadas por el tribunal requirente y de conformidad a los arts. 77-A y 77-C de la L.Pr.Cn., respectivamente en cada proceso se ha verificado que la declaratoria de inaplicabilidad en referencia reúne los presupuestos mínimos para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad.

Así, en dichos autos iniciales se señaló que "en su resolución, el juez remitente ha hecho alusión a los arts. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH (...). Al respecto, esta Sala ha sostenido que los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien pueden desarrollar preceptos constitucionales, no constituyen parte integrante de la Ley Suprema, es decir, no forman un bloque de constitucionalidad con ésta. Sin embargo, también se ha afirmado que la parte actora, además de proponer un parámetro de rango constitucional, puede invocar instrumentos internacionales sobre derechos humanos como fundamento complementario de la pretensión planteada en un proceso de esta naturaleza pero, en este caso, la confrontación debe plantearse respecto de la Constitución, y no del tratado considerado aisladamente. Consecuentemente, la disposición constitucional que resultaría vulnerada –si fuera el caso– al confrontar la ley con normas de tratados internacionales sería el art. 144 inc. 2° Cn., que consagra el valor jurídico y posición de éstos en el sistema de fuentes. En esos términos, la transgresión ocurre indirectamente, en relación con ese parámetro constitucional, y es así como deberá entenderse el planteamiento de este motivo de inconstitucionalidad".

También se circunscribieron los motivos sobre los cuales se decidiría en la sentencia de fondo, y se afirmó que, si bien el juez al inaplicar la disposición penal en cuestión utilizó varios preceptos constitucionales, éstos redundan en la primacía de la persona humana como el origen y fin de la actividad estatal, que se origina de los valores a ella inherentes – dignidad, libertad e igualdad–, y que en materia penal se concreta en la presunción de inocencia.

En suma, se aclaró que el examen radicará esencialmente en dilucidar, de un modo general, obligatorio y, en su caso, con carácter constitutivo, si el objeto de control contraría lo dispuesto en el art. 12 Cn., que consagra la presunción de inocencia del imputado, así como también, el art. 144 inc. 2° Cn., por acción refleja de la supuesta vulneración del principio que prohíbe regular la detención provisional como la regla en el proceso penal, que tiene su fundamento en los artículos 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH.

Lo mismo se dijo respecto de la certificación enviada por el Juez de Paz de la ciudad y puerto de La Libertad.

C. Por tanto, integrando el art. 77-C con el art.7, ambos de la L. Pr. Cn., se tuvo por recibidas las certificaciones de las resoluciones pronunciadas por la Jueza de Paz del municipio de Apopa, departamento de San Salvador; del Juez Primero de Instrucción de Santa Tecla, departamento de la Libertad y del Juez de Paz de la ciudad y puerto de La Libertad, y se ordenó que la Asamblea Legislativa rindiera informe, en el plazo de diez días hábiles, mediante el cual justificara la constitucionalidad de las disposiciones declaradas inaplicables por los tribunales requirentes, tomando en cuenta los motivos de inconstitucionalidad delimitados en dichos autos iniciales.

3. La Asamblea Legislativa, al pronunciarse en los informes respectivos, señaló que en aplicación del principio general favor libertatis, y más concretamente como conclusión directa de la vigencia del principio de proporcionalidad, que deben informar toda actuación que conlleve una injerencia en la esfera jurídico-fundamental de los ciudadanos, las medidas cautelares se regulan en los arts. 294 y 295 del C. Pr. Pn., así como la posibilidad de decretar medidas cautelares que sustituyan a la detención provisional.

De esta manera –agregó–, sí es posible adoptar una cautela que, alcanzando los mismos resultados y eludiendo con la necesaria eficacia el periculum libertatis, suponga una alternativa menos lesiva y aminore la imprescindible intervención de los poderes públicos; lo

cual será no sólo deseable, sino exigible desde los principios que deben regir en un Estado de Derecho.

Así pues, si a pesar de la gravedad del hecho delictivo –aunque éste lleve aparejada una pena máxima que supere los tres años de prisión, art. 292 del C. Pr. Pn., siempre y cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares–, no se evidencia un riesgo de fuga y el delito no ha causado alarma social, puede acordarse una de las medidas cautelares relacionadas en el art. 295 del mismo código, si son una o varias de éstas igualmente idóneas o aptas al caso concreto, para alcanzar el fin que las justifica y simultáneamente menos gravosa para el sujeto que debe soportarlas.

En relación con la alarma social que puede haber causado el hecho delictivo –como circunstancia que impediría acordar una medida cautelar igualmente efectiva que la detención provisional, pero menos gravosa, en que fundamentar una privación de libertad cautelar–, dijo la Asamblea Legislativa que dicha circunstancia haría que tal actuación pudiera ser en realidad calificada de medida de seguridad con la finalidad de prevención general; pero ello no es coherente con la debida ubicación de la detención provisional en el marco de las medidas cautelares personales, y con la necesaria vigencia del principio de proporcionalidad en este ámbito.

Destacó además, frente a lo que podría deducirse de una mera interpretación literal del art. 294 del C. Pr. Pn., que tales medidas sustitutivas podrán acordarse por el juez desde un principio, es decir, sin que haya existido antes una situación de detención provisional, o bien efectivamente en sustitución de ésta, cuando las circunstancias del caso concreto lo ameriten. Sería más apropiado, por ende, calificar a dichas medidas como alternativas a la detención provisional.

Pero, por otro lado, dijo que el inc. 2° del precepto inaplicado prohíbe que la detención provisional sea sustituida por una medida cautelar menos gravosa, si los hechos presuntamente delictivos que se imputan a determinado sujeto, caen bajo uno de los tipos delictivos mencionados. La clase de delitos que se mencionan en el artículo impugnado se justifica, según la Asamblea Legislativa, en que estos provocan por lo general alarma social o mayor riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal. Por lo cual también son un ejemplo de prevención para que los demás delincuentes piensen antes de cometer cualquier ilícito de los mencionados en el art. 294 C. Pr. Pn., pues, al estar éstos en libertad por cualquier medida sustitutiva, siempre seguirán cometiendo hechos punibles, y se volvería para toda la población honrada y trabajadora una amenaza latente, al no estar detenidos provisionalmente. Razón por la cual se dotó al Código Penal de las herramientas legales necesarias, que permitan combatir en forma más efectiva la delincuencia y aplicar sanciones que disuadan el cometimiento de acciones delictivas.

4. El Fiscal General de la República, licenciado Félix Garrid Safie, al contestar el traslado que le fue conferido por quince días, conforme al art. 8 L. Pr. Cn., sostuvo que la prisión preventiva consiste en la privación de libertad del imputado, ordenada antes de la sentencia firme por el tribunal competente; ésta se basa en el peligro que el imputado se fugue para evitar la realización del juicio oral o para evitar la ejecución de la eventual sentencia. Para establecer el peligro de fuga –dijo–, debe tenerse en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas que, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto, pueden valorarse para apreciar si existe dicho peligro.

El restringir la libertad ambulatoria de una persona –dijo–, va precedida de una valoración, por parte del juzgador, de todas las circunstancias en que se cometió el delito, la frecuencia con la que el sujeto delinque y la alarma social que produce el hecho cometido.

De la misma manera -sostuvo-, el juzgador tiene que llegar a un convencimiento que el imputado, al ser beneficiado con medidas sustitutivas a la detención provisional, éste no se ausentaría del procedimiento ni evadiría la justicia; es decir, que si bien es cierto la privación de libertad de una persona no debe ser la regla general sino la excepción, por ser la libertad un derecho individual inalienable –art. 2 Cn., también, regulado en la normativa internacional, art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos-; existen además otros ordenamientos jurídicos internacionales que se refieren a que la detención provisional de una persona sea decretada, sin que ello signifique una violación al principio de inocencia establecido en el art. 12 Cn.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad, conocidas como Reglas de Tokio, las cuales han sido suscritas y ratificadas por El Salvador –continuó–, establecen en sus Principios Generales y Objetivos Fundamentales, número 1.3, que dichas reglas se aplicarán tomando en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.

Todas las circunstancias detalladas anteriormente –afirmó–, nos demuestran que no se puede establecer un parámetro de igualdad, en cuanto a la prisión preventiva y medidas cautelares, para todos los imputados. Se expresa en el principio de no discriminación, y afecta a aquellas personas que siendo distintas entre unas y otras, dichas condiciones no se consideran relevantes y no justifican, por tanto, un trato desigual. En el presente caso no estamos ante una discriminación, pues las excepciones que el legislador establece en el art. 294 inc. 2º Pr. Pn. son en razón del delito cometido, lo que sí es relevante y justifica el trato desigual.

La igualdad –siguió–, concebida como un derecho, puede ser invocada ante la Administración, la Jurisdicción ordinaria y, en su caso, ante la Jurisdicción Constitucional. Se trata, sin embargo, de un derecho relacional, no autónomo, pues la específica naturaleza de la igualdad ante la ley, exige que su transgresión se proyecte sobre un determinado campo material; no se violenta la igualdad en abstracto, sino en relación con algún objeto o bien constitucional específico. Este carácter de igualdad como derecho, se confirma a su vez que la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los órganos del Estado que consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentren en iguales situaciones de hecho, a contrario sensu, no se puede tratar igual a quienes se encuentren en situaciones de desigualdad, por la naturaleza que rodea un hecho específico.

La exigencia de que la prisión preventiva se convierta en la última instancia, de modo que deban aplicarse, de ser posible, en el caso concreto medidas alternativas menos gravosas a la prisión preventiva, no es realmente una consecuencia de la presunción de inocencia, sino de unos de los subprincipios del principio de proporcionalidad, cual es el de necesidad de la medida. Así, cuando otras medidas menos gravosas para el imputado, pueden ser viables para evitar el peligro de fuga, peligro de obstaculización o de reiteración, debe acudir a dichas medidas.

El nuevo C. Pr. Pn. –manifestó– es amplio en cuanto a la regulación de medidas sustitutivas de la prisión preventiva. No se especifica cuáles son las medidas sustitutivas para cada tipo

penal, pero es claro que las diferentes medidas no tienen relación con todas las causales de prisión preventiva, sino que unas están condicionadas con el peligro de fuga, unas con el peligro de obstaculización y el peligro de reiteración.

Se han analizado las circunstancias que el juzgador debe valorar para aplicar una medida sustitutiva a la prisión preventiva, por lo que no es una decisión discrecional y mucho menos violatoria del principio de igualdad jurídica. En efecto, la aplicación de la igualdad por los tribunales, en su resolución, de ser la misma, ante presupuestos idénticos, aunque la igualdad se reconozca como un derecho subjetivo, se proyecta como de obligatoria aplicación ante los poderes públicos. Pero debe tomarse en cuenta que el derecho de igualdad no podría operar nunca como impedimento del cumplimiento de principios que definen el ejercicio misma de la función jurisdiccional; en otras palabras, no se trata de una aparente igualdad, sino que ésta debe estar respaldada, en el presente caso, por los principios que rigen nuestro ordenamiento procesal penal, además de las circunstancias que rodean la comisión de un hecho delictivo. Si bien es cierto que la privación de libertad debe ser la excepción, no por ello, se debe vulnerar la seguridad jurídica, aplicando medidas sustitutivas en forma general y discrecional.

Para ejemplificar de una mejor manera los anteriores conceptos, se refirió a algunas consideraciones que el Tribunal Constitucional español ha sentado para enfrentar los problemas que pueden suscitarse entre igualdad e independencia judicial, extrayendo algunas reglas generales de aquellos supuestos en que la actuación jurisdiccional puede ser constitutiva de una violación al principio de igualdad, por inaplicación de precedentes establecidos.

Debe existir una identidad de supuestos de hecho para que sea aplicable el precedente, de lo contrario, no se vulnera el principio de igualdad, por tanto, cuando los aplicadores de justicia justifican la inaplicabilidad en jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, invocan aspectos generales que no necesariamente son aplicables al caso concreto, por no existir identidad en los supuestos de hecho.

Otro criterio aplicable –dijo– es que al órgano jurisdiccional al que se le imputa la violación al derecho de igualdad, sea el mismo que pronunció una resolución distinta como precedente en un hecho idéntico, no siendo admisible la equiparación si emana de órganos diferentes y, aun cuando sea al mismo tribunal, no habrá vulneración al principio de igualdad, si justifica su cambio jurisprudencial.

En efecto –agregó–, según los arts. 149, 185 y 249 Cn., la defensa de la constitucionalidad corresponde en nuestro ordenamiento jurídico a todos los tribunales de la República, en razón del principio de interpretación conforme, esto es, que toda norma infraconstitucional debe obligatoriamente interpretarse de modo que el resultado sea conforme con la Constitución. Debe entenderse lo anterior, que en caso que una disposición ordinaria no admita razonablemente una interpretación coherente con la Constitución, todo juez está obligado a declarar la inaplicabilidad; pero es de aclarar que el juzgador, para hacer el análisis interpretativo debe tomar en consideración todos los elementos valorativos y circunstancias como las referidas; no se puede hacer un análisis simplista y mucho menos establecer parámetros generales, pues como ya se dijo cada hecho tiene sus propias particularidades y está rodeado de circunstancias específicas.

También, respecto a los tribunales de justicia, afirmó que la igualdad constitucional implica el respeto de un aspecto esencia: la imparcialidad. El juez, luego de oír a las partes, sin tomar partido, debe dictar sentencia motivada, es decir, explicar de manera razonada qué

interpretación de la voluntad general es la que sirve de fundamento a la decisión que ha tomado.

La igualdad ante la ley –sostuvo– constituye un límite formal a la actuación del legislador en cuanto al alcance de la ley. Inicialmente se trata de igualar dicho alcance o efecto en relación con sus destinatarios, con independencia de los contenidos de la ley y de las diferencias de tales destinatarios, por tal razón, siempre se sostuvo que existía un límite formal. Actualmente el principio de igualdad ante la ley, se postula expresándose que ella, en principio, debe ser universal, general y abstracta; pero no es un principio absoluto, ya que puede ser truncado cuando la ley singular o particular se encuentra objetiva y razonablemente justificada en la valoración de un hecho determinado, por lo que puede aplicarse la misma medida a todos los hechos, si las circunstancias son diferentes.

Argumentos con los cuales el Fiscal General de la República concluyó solicitando se declare que no existe inconstitucionalidad alguna en la disposición sujeta a examen en esta sede.

II. Expuestos los fundamentos de las autoridades judiciales, para inaplicar el art. 294 inc. 2º del C. Pr. Pn., así como las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de dicha disposición y, habiéndose escuchado la opinión del Fiscal General de la República, es procedente establecer las premisas en que se fundamentará la presente decisión.

1. Una notable característica de los derechos fundamentales es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa. Más en general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae consigo que muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos.

A. Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador es una garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación normativa.

Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

La intervención legislativa se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales, pues en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general y previa por el legislador. Ello es así en un sistema de Derecho escrito o legislado, como el establecido constitucionalmente en la República de El Salvador.

B. De ello se deriva que la obligación de respeto incumbe en primer lugar al legislador, no sólo como un deber negativo de no vulneración, sino también como la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y adquiere especial relevancia allí donde un derecho se tornaría en ineficaz de no establecerse los supuestos para su conservación y defensa.

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, concretando las facultades atribuidas, organizando,

regulando y limitando su ejercicio y, en definitiva, ofreciendo un marco jurídico eficaz para su garantía.

2. Un aspecto trascendental a los derechos fundamentales es aquel que se refiere a la posibilidad de que sean restringidos. Si no se quiere que esta posibilidad a su vez sea ilimitada, entonces, es necesario imponerle límites. Éstos pueden establecerse, en definitiva, solamente mediante una ponderación entre el contenido del derecho y el principio contrario que justifica la restricción.

A. En Sentencia de 26-VI-2003, pronunciada en el amp. 242-2001, se afirmó, respecto de los derechos fundamentales, que existen límites internos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, resultando, pues intrínsecos a su propia definición; constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuales no se está ante el ejercicio de éste sino ante otra realidad. Corresponde al legislador afinar esas fronteras en la regulación que haga de cada derecho fundamental y los operadores jurídicos tienen que controlar que dicho trazado sea correcto, completándolo y adecuándolo ante las exigencias de la realidad cambiante.

B. Asimismo encontramos límites externos, los cuales son impuestos por el ordenamiento jurídico frente al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Esta segunda clase, a su vez se divide en explícitos e implícitos.

Se habla de límites explícitos cuando se encuentran previstos de manera expresa dentro de la Constitución y las leyes. Mientras que los implícitos no están formulados de esa manera, pero vienen impuestos por los principios o bienes jurídicos protegibles constitucionalmente.

Cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: que sean establecidos atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el contenido esencial del derecho – art. 246 inc. 1° Cn.–; y que respete el principio de proporcionalidad.

C. Así, las relaciones recíprocas entre derechos constitucionales conllevan la necesaria ponderación previa y general que asegure igual eficacia de los bienes jurídicos en tensión.

Es aquí donde entra en juego la ponderación y el principio de concordancia práctica, en virtud de los cuales se trata de disipar la tensión que pueda surgir en un caso concreto entre dos normas constitucionales, mediante la ponderación de valores, principios, intereses o bienes constitucionales protegidos, tratando de favorecer la fuerza expansiva de ambos.

III. Ahondando en el tema de la ponderación, es preciso tener en cuenta que, consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos, es que pueden presentarse dentro de los mismos ciertas contradicciones, cuando entre dos o más disposiciones se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho se encuentran diferentes significaciones que no pueden ser observadas simultáneamente.

1. Ahora bien, cuando la contradicción se postula en sede constitucional, entre dos normas constitucionales, el modelo de ponderación no es homogéneo. Por ejemplo, las normas que consagran derechos fundamentales, generalmente, carecen o presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación. No puede, en tales supuestos, observarse ningún criterio tradicional de solución de conflictos entre normas.

Así también, el conflicto constitucional puede plantearse entre principios que no se caracterizan tanto por su nota de incondicionalidad, sino por la particular conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida. Aquí, la ponderación es necesaria, porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso, depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna.

2. La opción a favor de uno u otro, o la misma idea de compaginar los extremos del conflicto, con base en un equilibrio, implica la idea de razonabilidad. Es decir, en la resolución de la antinomia, se deben proporcionar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia – Sentencia de 15-III-2002, Inc. 30-96–. Esto es algo que hace, primero el Legislativo, y luego los tribunales, incluida esta Sala.

En efecto, el modo de resolver los conflictos entre principios implica la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.

El problema es que la Constitución, por su amplitud, nada dice de forma concluyente, y ante cuestiones como las señaladas, debe por tanto determinarse según la fuente de lo razonable. En realidad, la apelación a la razonabilidad nos remite a un esfuerzo de justificación racional de la decisión y encierra la solución de un conflicto entre principios. Luego si hay razones a favor o en contra, será preciso sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte y más justa.

De este modo, y en lo que se refiere al caso concreto, puede afirmarse que en un sistema normativo pueden y deben convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y de la tutela de la seguridad pública, y aunque no puede afirmarse que per se exista antinomia cada vez que estos dos bienes se confronten, también es claro que en algunos casos puede formularse un conflicto que, ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra.

3. La ponderación en la jurisdicción constitucional, al enjuiciar la constitucionalidad de un precepto legal en abstracto, dará lugar a una declaración de invalidez cuando se estime que, en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta injustificadamente lesivo para uno de los principios en juego. Pero si la ley contempla supuestos de aplicación no lesivos, cabe también una sentencia que indique qué significados de la regla enjuiciada resultan válidos.

A. Dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias de un caso concreto, la ponderación constituye una herramienta esencialmente judicial. Sin embargo, ello no excluye que el legislador pueda y deba ponderar, pues de hecho es el primer llamado a solventar, mediante concreciones legislativas, los posibles conflictos entre principios constitucionales.

La ley, por tanto, representa una forma de ponderación, que a su vez puede ser objeto de un enjuiciamiento abstracto por parte de esta Sala. Sin duda, la actividad legislativa no ha de verse como una mera ejecución de la Constitución y que, por tanto, dispone de una amplia libertad configuradora; pues la Constitución no es un programa cerrado, y sus contenidos, aun cuando se propugnen coherentes, pueden plantear tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa.

Lo que el legislador no puede hacer es eliminar el conflicto mediante una norma general, y postergar en abstracto un principio en detrimento del otro. Pues ello implicaría establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos igualmente constitucionales y asumir la tarea de un Poder Constituyente; lo mismo puede afirmarse de esta Sala, en su caso.

B. En relación con lo anterior, cabe preguntarse cuál es el medio idóneo para justificar la razonabilidad de una concreción normativa –ya sea simple regulación o una limitación– en un proceso de inconstitucionalidad.

En ese orden, es inevitable que la competencia de este tribunal no puede extenderse a verificar si en el mundo real existe un perjuicio irrazonable y desproporcionado resultante de la emisión de una ley que regule un derecho constitucional y mucho menos comprobar si los efectos de dicha ley han contribuido a mejorar las condiciones de vida reales –Sentencia de 15-III-2002, pronunciada en el proceso de Inc. 30-96–.

C. Por lo tanto, el análisis de las razones que justifiquen la emisión de una ley reguladora de derechos constitucionales debe basarse –por orden de prevalencia– en los siguientes documentos: (i) el informe rendido por la autoridad emisora de la norma en el proceso, ya que se entiende que dicho informe contiene una argumentación reflexiva orientada primordialmente a la defensa de la norma impugnada; (ii) los Considerandos de la ley; (iii) el texto mismo de la ley; y (iv) los documentos oficiales previos a la emisión de la ley que sean de contenido técnico, mediante los cuales se propone a la autoridad emisora, la elaboración de la norma impugnada.

IV. Corresponde ahora abordar la delimitación conceptual de los extremos del conflicto para, luego, deslindar bajo parámetros de razonabilidad –y desde un nivel abstracto– la estrecha relación entre ellos.

1. A. El art. 2 Cn. claramente consigna dos materias: la primera, contiene la enumeración de ciertos derechos subjetivos que se consideran fundamentales para toda persona humana: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión"; la segunda, establece el imperativo jurídico de protección para la conservación y defensa de aquellos derechos: "y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos". Se trata, en este último contenido, del imperativo jurídico-constitucional de tutelar los derechos fundamentales como consecuencia de su reconocimiento.

Tal derecho, interpreta esta Sala, se ha instaurado con la finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

El imperativo así establecido denota que el reconocimiento de los derechos fundamentales indicados no puede quedar como simple enunciación. Dicho imperativo recae en el Estado, desde luego que éste –según el Art. 1 Inc. 1° Cn.– se organiza para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Obviamente, la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana –origen y fin de la actividad del Estado– contribuye a la consecución de aquellos valores. Por el contrario, la omisión o infracción de la tutela indicada, atenta contra los mismos valores o los afecta negativamente.

B. Debe entenderse que la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, depende o puede depender de la

forma en que la legislación secundaria adquiera desarrollo, con apego en la Constitución en forma integral, esto es, sin menoscabo de su amplio contenido y de su espíritu, cualesquiera sea o fuere el grado de evolución de aquella legislación.

En ese sentido, la legislación secundaria debe caracterizarse por su constitucionalidad, esto es, por ser la conductora de aquellos valores supremos, a efecto de que al aplicarse a los hechos o acontecimientos jurídicos –concretos– por los responsables de su observancia, especialmente, en circunstancias conflictivas o litigiosas, estos mismos valores representen claramente el soporte jurídico pertinente de las distintas actuaciones y resoluciones de parte del Estado o de sus funcionarios.

C. Dentro de esa concepción, la legislación penal, tanto en materia sustantiva como en materia procesal, debe representar con énfasis especial, el objetivo primordial de tutela de los derechos fundamentales. Es que no puede dejar de observarse que para prevenir y sancionar la violación de cualesquiera de los derechos fundamentales citados en el texto constitucional, éstos tienen verdadera tutela en el ámbito de la legislación penal.

Con todo, los sujetos que aparezcan como posibles responsables de las violaciones de facto de los derechos subjetivos constitucionales, de acuerdo a la legislación penal, deben someterse al juzgamiento que corresponde, la que incluye la sujeción de medidas razonablemente establecidas, a efecto de asegurar la tutela de aquéllos derechos en doble sentido: primero, el que corresponde a los sujetos pasivos de las violaciones; y segundo, el que corresponde a los sujetos probablemente infractores o sujetos activos de las violaciones.

En este enfoque, es evidente que las personas o sujetos pasivos de las violaciones integran la colectividad o generalidad, sin perjuicio de la propia individualidad de los que la componen. Esto significa que en el resguardo o tutela de los derechos fundamentales está interesada el universo de la población salvadoreña: es pues, materia de interés público. Por otro lado, también interesa que el juzgamiento penal de responsabilidad individual, efectivamente someta a aquellos que razonablemente aparezcan como sujetos activos de la infracción penal, y en cuanto tal deben responder sin posibilidades de evasión, es decir, sin posibilidades de atentar impunemente contra los valores supremos reconocidos, o sin posibilidades de volverlos nugatorios; pero, todo sin menoscabo de asegurarles sus derechos fundamentales.

D. A lo anterior se debe la complejidad de la materia jurídica penal a que se someten los justiciables, la cual debe contener una regulación que permita conciliar aquel doble interés. En efecto, los derechos fundamentales contribuyen en toda la perspectiva jurídica a la sistematización del orden jurídico derivado, en su contenido axiológico, y de igual importancia es que los derechos fundamentales tienen proyección universal, que no se reducen a imponer limitaciones al poder estatal, sino que descubren una amplísima proyección positiva, por lo que se erigen en fuente inagotable de la actividad y accionar del Estado.

En esta hipótesis, frente al deber de tutela que recae en el Estado, existe el correlativo derecho subjetivo, pero en doble sentido: frente al Estado, que se satisface por la mera abstención de lesionar los derechos fundamentales –aspecto negativo– y frente a los particulares, que se satisface por el Estado mismo, al desarrollar toda su actividad jurídica, en dirección de proveer de forma idónea la efectividad a los derechos en mención –aspecto positivo–.

En el Estado de Derecho, esa actividad jurídica se ejecuta mediante la emisión de leyes correspondientes al ordenamiento sustantivo o material, al ordenamiento adjetivo o procesal, y al ordenamiento orgánico. En esa idea, para la tutela de los derechos fundamentales, son determinantes el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y la Organización de tribunales.

E. Ahora bien, en el plano aplicativo, pudieran plantearse tensiones entre las necesidades estatales de aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal –corolario de la obligación estatal de protección de bienes jurídicos– y los derechos fundamentales de las personas; ya que, para el caso que nos ocupa, si bien la detención provisional asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, ciertamente es una de las restricciones más gravosas a los derechos fundamentales del imputado.

El derecho a la protección en la conservación y defensa del resto de derechos –Art. 2 Inc. 1° Cn.–, se ha instaurado con la finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías.

Y es que, en efecto, tal disposición constitucional obliga al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del proceso –también creado constitucionalmente– diseñado con tal finalidad.

Desde un plano procesal, se deduce que el proceso, en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento –y, habría que agregar, independientemente de la materia a la cual pertenezca la disposición que sirve de fundamento jurídico para la pretensión– es el instrumento mediante el cual el Estado cumple con su obligación de proteger a todas las personas en la conservación y defensa de sus derechos.

Por lo tanto, cabe entender que el proceso penal –como todo proceso jurisdiccional– constituye, en principio, una forma de protección en la conservación y defensa de los derechos de las personas –Sentencia de 26-IX-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 24-97–.

Es así que corresponde al legislador a través del Derecho Procesal Penal establecer el punto de equilibrio, y señalar los lineamientos básicos para reconocer en qué casos los riesgos procesales se orientaran a la vulneración de los derechos fundamentales y en qué casos será el Estado quien deberá soportar tales riesgos y respetar los derechos fundamentales del inculpaado a ultranza.

En ese sentido, debe existir un equilibrio ponderado entre las garantías individuales que racionalizan el proceso penal –principalmente los arts. 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 24 Cn.– y el deber de protección de bienes jurídicos –art. 2 Cn–. Y es que, por un lado, la justificación del poder punitivo del Estado y de la definición de delitos y penas y su determinación judicial, se encuentra en la dañosidad de las conductas caracterizadas legalmente como delito; pero, por otro, no debe obviarse que, si la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo.

Es decir, si el Derecho Procesal Penal no sólo debe responder al objetivo de minimizar la violencia y al derecho-deber de protección de bienes jurídicos, sino para que las consecuencias jurídicas del delito, deben también respetarse las garantías individuales

contenidas en las disposiciones constitucionales mencionadas y así equilibrar efectivamente el doble interés aludido.

F. De conformidad con la Constitución –cuando el art. 172 Cn. dispone que corresponde al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado–, se le concede a los Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional, que se ejerce al aplicar el derecho a los casos concretos de modo irrevocable y ejecutando asimismo lo decidido.

A tal efecto sirven las medidas cautelares, pues a partir de ellas, de oficio o a petición de parte, y luego de verificarse los presupuestos que las habilitan, el juzgador asegura su función de ejecutar lo juzgado, pues con ella se pretende que el resultado del proceso no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador, pero que pueden ser aseguradas procesalmente, minimizando el riesgo de un dispendio y pronunciamiento jurisdiccional inútil.

Sobre las medidas cautelares, en resolución de 16-IX-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 4-2003, se dijo que éstas implican la idea de prevención, pues con su aplicación se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se persigue dotar de eficacia a la decisión que dicte el órgano jurisdiccional encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conocimiento.

En virtud de lo expuesto, es preciso señalar que, en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben corresponderse a los efectos que se pretenden garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que corresponda.

En tal sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus bonis iuris*– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia –*periculum in mora*– supuestamente esperada, ante la apariencia favorable a derecho. En efecto, el primero de dichos presupuestos permite advertir o visualizar la fortaleza jurídica razonable, que la sentencia definitiva puede ser favorable a la pretensión, asunto que da, al mismo tiempo, suficiente fundamento para decretar la medida cautelar razonable, ante el riesgo de ser ilusoria o inefectiva aquella misma sentencia. Ambos presupuestos, según la fundamentación de la pretensión y la gravedad de la infracción penal, se relacionan necesariamente para decretar la medida cautelar.

2. En el otro extremo de la delimitación conceptual se encuentra la libertad personal, que es libertad jurídica, lícitamente realizable como derecho integrante del sistema constitucional de derechos, es la facultad de autodeterminación y autoorganización que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones. Se plantea así como la facultad de que la persona determine libremente su conducta –dentro de la juridicidad–, sin que pueda sufrir injerencia o impedimentos, sin habilitación legal, por parte de terceros, especialmente poderes públicos.

Asimismo, la libertad jurídica implica el derecho de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y de actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre y cuando no exista una prohibición constitucionalmente legítima dentro del ordenamiento jurídico.

De manera reiterada esta Sala ha expresado en su jurisprudencia –v. gr., Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95– que la libertad no es un derecho absoluto, como no lo son la mayoría de los derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Lo anterior nos dice que la libertad es restringible, pero al mismo tiempo que sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera.

3. Ahora bien, una vez establecido el contenido fundamental del derecho a la libertad personal, así como la posibilidad que se tiene de restringir dicho derecho, siempre que dicha restricción respete el marco constitucional, es conveniente hacer una referencia a la presunción o principio de inocencia a fin de poder –posteriormente– establecer con mayor facilidad los límites de la detención provisional como figura constitucional restrictiva del derecho de libertad física establecida en el art. 13 Cn.

A. La presunción o principio de inocencia se encuentra consagrada en el art. 12 inc. 1° Cn., y se puede entender que posee tres significados claramente diferenciados: (i) como garantía básica del proceso penal; (ii) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) como regla relativa a la prueba. Respecto al primero, ella ha sido entendida como garantía básica del proceso, y como tal constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas procesales penales que pudiesen implicar en contrario a la presunción de culpabilidad, una condena anticipada y que conlleven para el imputado la carga de probar su inocencia. Es en ese sentido que esta Sala, en la Sentencia de 10-II-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 360-97, expresó: "ninguna persona –natural o jurídica– puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de 'presunciones de culpabilidad', sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven una conclusión objetiva de culpabilidad". Respecto del segundo, se parte de la idea de que el inculcado se presume inocente, en tanto no exista prueba o evidencia objetiva para sostener razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o participe ante los tribunales y mientras tanto deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en medidas arbitrarias o en penas anticipadas. Finalmente, la presunción o principio de inocencia como regla relativa a la prueba, exige que la actividad probatoria de cargo que demuestre la culpabilidad del inculcado sea suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución ante la existencia de dudas razonables sobre la culpabilidad.

B. Por lo anterior, cabe mencionar que la presunción o principio de inocencia tiene una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que queden de manifiesto la finalidad perseguida, esto es, el aseguramiento de los fines del proceso.

Por ende, para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción o principio de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; (ii) establecido lo anterior, también es necesario que existan indicios, por lo menos, de la participación en la infracción penal, en alguna de las formas que impliquen responsabilidad y que vuelvan razonablemente probable la culpabilidad del imputado; (iii) que tengan un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar

ciertos riesgos relevantes para el fin del proceso, partiendo de la gravedad del delito, dado que la detención provisional sólo tiene un fin cautelar y no retributivo respecto a una infracción no declarada; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines.

4. Sobre la base del marco constitucional antes señalado, resulta procedente realizar un análisis de la detención provisional, cuya ubicación dentro del texto constitucional –art. 13 inc. 3° Cn.– permite advertir que su naturaleza es distinta de la pena privativa de libertad, pues aparece contemplada entre aquellas restricciones de libertad que pueden denominarse asegurativas, es decir, que se autorizan no a modo de sanción por el incumplimiento o infracción de una norma, sino con el objeto de poder garantizar las resultas de un proceso penal, así como la comparecencia del imputado a la realización del juicio oral.

A. Lo anterior significa que la detención provisional, no obstante constituir materialmente una privación temporal al derecho de libertad personal, no lo es a título de sanción, pues no tiene ese efecto, sino –como ya se acotó– sólo puede tener efectos o fines procesales, dadas sus características.

Es cierto que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma, pues es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar; se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros de evasión de la justicia y que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva. En consecuencia, sólo puede autorizarse la restricción de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso. Por ende, resulta ilegítimo detener provisionalmente a una persona con fines diferentes o no reúna los requisitos ya señalados.

B. Por tanto, trasladar a la detención provisional uno de los fines de la pena, supondría una inaceptable tergiversación de la presunción o principio de inocencia, ya que si todo imputado es jurídicamente inocente mientras no se pruebe su culpabilidad durante el procedimiento conforme a la ley, ninguna restricción de libertad y mucho menos privación de la misma, a título de sanción se justifica con anterioridad a la condena, es decir, la privación de libertad personal debe ser consecuencia de la condena, derivación del proceso y no requisito del mismo.

Importa por lo anterior observar, en su caso respectivo, la distinción entre la detención provisional, como medida cautelar, y la privación de libertad, como pena; porque tampoco es válido sostener, per se, que la detención provisional es y será siempre una pena anticipada. Su inevitable semejanza con la pena, no debe inducir a confundirlas, y mucho menos a su manipulación –la de la eventual confusión– para propiciar la impunidad. Asimismo, ante casos de evasión de otras medidas menos gravosas, la detención provisional debe reemplazar a aquellas.

Probablemente de los efectos inmediatos de la detención provisional puede derivar otros, como por ejemplo, cierto efecto disuasorio ante las inclinaciones de los potenciales agresores de los bienes jurídicos. Pero ello no obsta para que se confunda con la pena, porque las derivaciones directas o indirectas no constituyen su motivación esencial, sino el aseguramiento del proceso, tal como se ha dejado dicho. En este sentido, la detención provisional, al igual que la presunción o principio de inocencia, es consagrada constitucionalmente y su finalidad operativa es estrictamente procesal, pues a ninguna es atribuible efectos sustantivos o materiales.

V. 1. En el presente caso, la Asamblea Legislativa sostuvo la constitucionalidad del art. 294 inc. 2° C. Pr. Pn., en tanto que los delitos mencionados en esa disposición provocan por lo general alarma social o mayor riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal; por lo cual también son un ejemplo de prevención para que los demás delincuentes piensen antes de cometer cualquier ilícito de esa lista, pues, al estar ellos en libertad por cualquier medida sustitutiva, siempre seguirán cometiendo hechos punibles y se volvería para toda la población honrada y trabajadora una amenaza latente, al no estar detenidos provisionalmente.

En esta justificación deben distinguirse dos aspectos: (i) que la detención provisional se vuelve necesaria en los delitos mencionados en el inc. 2° del art. 294 del C. Pr. Pn., pues por su impacto social dañino, ellos provocan alarma social y el riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal, por lo mismo, es mayor que en el resto de infracciones; (ii) que la detención como única medida cautelar en estos casos son un ejemplo de prevención para que los demás delincuentes piensen abstenerse antes de cometer cualquier ilícito de los mencionados en dicha lista.

Este tribunal sólo encuentra constitucionalmente válido el primer argumento, que es coherente con la naturaleza de la detención provisional –medida cautelar–: si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del *periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado.

No así respecto de la segunda justificación, pues ella implica trasladar a la detención provisional –medida de naturaleza procesal– los fines de prevención propios de la pena; en coherencia con lo que ya hemos afirmado en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerando IX 5. Pero, es necesario advertir que ese señalamiento es atinado, en el sentido en que la detención provisional tiene cierto elemento de semejanza inevitable con la privación de libertad. Pero indirectamente, esa inevitable semejanza puede eventualmente producir –como se ha dicho– cierto efecto disuasorio para que no se delinca, aunque otro sea el propósito, tal como es con dicha medida.

2. De la lectura del inciso 2° del artículo 294 del C. Pr. Pn. se desprende que, en efecto, el legislador ha establecido la prohibición de sustituir la detención provisional por otras medidas; lo cual, visto desde una perspectiva afirmativa implica que las medidas cautelares que afecten la libertad personal –como la sujeta a análisis– deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes. Todo en relación con los requisitos ya indicados.

Ello significa que, para imponer la detención, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el art. 292 del C. Pr. Pn., referidos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una

persona cuya inocencia se presume, y por otro, la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente.

3. Del análisis de la disposición impugnada pueden advertirse tres categorías de delitos en los cuales el legislador ha prescrito la no sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que son delitos realizados por estructuras de crimen organizado, que plantean al Estado un reto mayor en cuanto a su persecución y combate, que el resto; (iii) delitos contra la libertad sexual, que al ser usado como una categoría genérica comprende tanto ataques graves a uno de los bienes jurídicos más importantes de la persona, como conductas que no encajan en tal categoría, v. gr., el art. 171 del C. Pn.

Desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el Legislativo respecto de las categorías precisas.

Respecto de los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, así como los delitos contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y los delitos contra la libertad sexual, es preciso hacer algunas consideraciones en particular; pues, dada la amplitud de su consideración se contemplan conductas que aparecen como justificantes de la ponderación realizada por la autoridad emisora del art. 294 inc. 2º –como el delito de agresión sexual en menor o incapaz– y otras que no lo son.

En efecto, respecto de la categoría que comprende, de manera genérica, los delitos contra la libertad sexual, los delitos relativos a las drogas y los delitos relacionadas con el lavado de dinero y otros activos, no puede hacerse un juicio completo sobre su constitucionalidad, pues dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo.

Un criterio para delimitar objetivamente la anterior consideración, se encuentra en la distinción legislativa contenida en el art. 18 Pn., en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad. En ese sentido, y siendo que la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal.

VI. Corresponde ahora pronunciarse respecto de la posible violación a los arts. 3 inc. 1º y 144 inc. 2º Cn.

1. Respecto del motivo de inaplicabilidad que se plantea por violación al principio de igualdad contemplado en el art. 3 Cn., es conveniente expresar algunas consideraciones que faciliten la comprensión del pronunciamiento a emitirse.

En la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, esta Sala señaló que "la fórmula constitucional contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley –por

parte de las autoridades administrativas y judiciales– como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador". En relación al segundo mandato –de igualdad en la formulación de la ley–, en la misma sentencia se afirmó que "el principio general de igualdad que vincula al legislador no puede exigir que todos los sujetos jurídicos deban ser tratados exactamente de la misma manera ni tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos". Por ello, se ha dicho que "La igualdad no significa igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales".

En ese orden, el derecho de igualdad no es un derecho absoluto y corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Así, la Sentencia de 8-IV-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2002, dijo que la igualdad "puede presentarse como exigencia de diferenciación, de manera que deba darse un trato desigual a circunstancias o situaciones, que no obstante ser similares, mantienen un criterio diferenciador relevante; o como exigencia de equiparación, sobre situaciones o circunstancias que, no obstante mantienen ciertas diferencias, existe entre ellas un criterio relevante que habilita a tratarlas de manera similar". Mientras que en la mencionada Sentencia de 14-XII-1995, se concluyó que "lo que está constitucionalmente prohibido –en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley– es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria (...); en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación". La igualdad sólo exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en iguales situaciones.

La autoridad judicial inaplicó el inc. 2° del art. 294 del C. Pr. Pn., argumentando que éste viola el derecho de igualdad porque el legislador hace una diferenciación de los delitos que no pueden gozar de medidas sustitutivas a la detención provisional, sin justificar tal diferenciación.

En el presente caso, si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican una mayor riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", como también que los delitos en que se presenta la realidad del crimen organizado, justifican establecer una regla en virtud de la cual no se sustituirá la medidas cautelares de la detención provisional por otras medidas cautelares, ello se encuentra habilitado por las especiales características de estos delitos, por lo cual ello no violenta el art. 3 Cn., y así debe ser declarado en la presente sentencia.

2. Respecto de la posible vulneración al art. 144 inc. 2° Cn., por acción refleja de la supuesta vulneración del principio que prohíbe regular la detención provisional como la regla en el proceso penal, que tiene su fundamento en los arts. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH, se tiene lo siguiente:

Tales disposiciones de los tratados internacionales serían vulneradas si el legislador previera la detención provisional como medida preferente para todos los delitos.

Si, como hemos dicho, la regla de no permitir la sustitución de la detención provisional únicamente se aplica respecto de los delitos que constituyen los más graves atentados a los bienes jurídicos de la persona humana o de la colectividad, o respecto de delitos vinculados al crimen organizado, en los cuales las posibilidades del Estado para su persecución y sanción se vuelven más problemáticas, es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos, y por tanto, la detención no se convierte en la regla general.

Por tanto, también se establece que no existe contravención al art. 144 Cn. de manera refleja por la contravención del art. 294 inc. 2º respecto de los arts. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la CADH, y así debe ser declarado en la presente sentencia.

Y es que, por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas da a entender, respecto de los Estados Parte, que éstos se esforzarán para asegurar que cualesquiera facultades legales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad a la misma, se ejercerán para dar la máxima eficacia a las medidas de detección, "teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasorio en lo referente a la comisión de esos delitos". La idea que subyace y aflora en esta disposición, también es valiosa para la detección o determinación de todo tipo penal pernicioso o de gran impacto en los bienes jurídicos amparados por la Constitución, habida cuenta del interés general tutelado y el propósito de prevenir dentro de límites razonables contra la impunidad de semejantes tipos penales.

3. En síntesis, teniendo en cuenta lo expresado en el romano IV. 1. F. y romano V. 2., en cualesquiera caso, incluyendo los contenidos en el artículo 294 Inc. 2º Pr. Pn., las medidas cautelares y, por supuesto, al tratarse de la aplicación de la detención provisional -ya sea en forma explícita o implícita- su motivación debe establecer la razonabilidad o ponderación de la misma como resolución jurisdiccional, en cumplimiento de la referida disposición y, en cumplimiento de los parámetros expresados por el Art. 292 Pr. Pn., con énfasis en la ponderación razonable de los presupuestos habilitantes de la medida, siempre en función del aseguramiento de sus objetivos procesales, tal como se ha indicado en esta sentencia; ya que, en ningún caso, las disposiciones de una ley, en especial las de procedimiento jurisdiccional, pueden tener aplicación sin razonamiento o sin justificación fáctica, particularmente en materia procesal penal, cuando se trata de restringir la libertad de una persona.

A tales efectos, y en el caso de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, el art. 18 Pn. constituye un criterio objetivo para delimitar razonablemente la ponderación aludida, según la gravedad del ilícito.

En igual sentido, vale la pena recalcar que la jurisprudencia emitida en el juicio de constitucionalidad sobre actuaciones concretas -hábeas corpus, específicamente-, no se ve alterada por la presente decisión, pues en dichos casos el objeto de control se planteaba desde la aplicación automática de la detención provisional, y su falta de motivación. Aspectos que, en la presente sentencia, se han reiterado como inconstitucionales.

VII. Previo a emitir el pronunciamiento de fondo, es necesario determinar cuál ha sido el objeto de control por esta Sala mediante este proceso, para que, como consecuencia de ello, se enjuicie la conformidad con la Constitución del art. 77-F de la L. Pr. Cn.

Desde los autos iniciales se aclaró que el requerimiento originado en las certificaciones que enviaron los jueces mencionados al inicio de esta decisión, sólo representan los cauces de conexión entre el control difuso y el concentrado, sobre la constitucionalidad de las leyes; y que, por tanto, este proceso no se convertía, bajo ningún concepto, en un recurso o procedimiento de revisión de las inaplicaciones declaradas por dichos tribunales.

Desde esas aclaraciones es que se concluye que el objeto de control en este proceso, está determinado por el inc. final del artículo 77-F de la L. Pr. Cn.: es la disposición inaplicada por

el tribunal requirente, no las sentencias en las que se ejerció el control difuso, y así debe entenderse en el fallo de esta sentencia.

Por tanto

Con base en las razones expuestas en los considerandos anteriores, disposiciones constitucionales y de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase que en el inciso 2º del artículo 294 del Código Procesal Penal, no existe la contradicción señalada por los jueces requirentes, respecto del art. 12 Cn., pues en las siguientes categorías de delitos: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; y (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contra la libertad sexual, los contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que presenten una mayor dañosidad al bien jurídico protegido –art. 18 C. Pn.–; se concluye que el Legislativo ha realizado una ponderación entre bienes jurídicos: libertad personal y presunción o principio de inocencia, por un lado, y eficacia de la justicia penal, por otro, que se enmarca dentro de su potestad de ser el primer llamado a hacer ponderaciones entre bienes jurídico-constitucionales.

2. Declárase que la mencionada disposición no contraviene el art. 3 Cn. pues, debido a las especiales características que tienen los delitos mencionados en el punto anterior de este fallo, se advierte que el legislador ha considerado la fuerte incidencia que tiene el periculum in mora, expresado en el riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", en la detención provisional como medida cautelar del proceso penal.

3. Declárase que la mencionada disposición tampoco contraviene el art. 144 inc. 2º Cn., de manera refleja por la contraposición con los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues en cuanto dicha regla únicamente se aplica respecto de los delitos que constituyen los más graves atentados a los bienes jurídicos de la persona humana o de la colectividad, o respecto de delitos vinculados al crimen organizado, en los cuales las posibilidades del Estado para su persecución y sanción se vuelven más problemáticas, es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos, y por tanto, la detención no se convierte en la regla general.

4. Notifíquese la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso.

5. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado. ---
A. G. CALDERON---J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---G. A. ALVAREZ---
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---M. A. MONTE