

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIOS 1993



MOTIVACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL
(Estudio sobre la obligatoriedad de esta medida cautelar en El Salvador y su desacato a las normas jurídicas internacionales)

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTA:

WILLIAM ALEXANDER CUBIAS NAVARRETE

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2010.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

MASTER OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTO ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICA

LICENCIADO WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACION

DEDICATORIA

Dedico este modesto esfuerzo a la tenacidad de los jueces y las juezas que ponen en riesgo sus cargos y sacrifican su bienestar, y el de sus familias, en aras de construir un Estado Democrático y Constitucional de Derecho en El Salvador, emitiendo con audacia resoluciones judiciales conforme a ley, de calidad técnica y congruentes a los principios y valores de la Constitución de nuestra República. Téngase esta dedicatoria como un voto de admiración, gratitud y respaldo moral.

AGRADECIMIENTOS

- A mi esposa y mi madre o bien
A mi madre y mi esposa.
- A mi hija Katherine Tatiana y mi hijo Carlos Josué.
- A mi tía Tita y mi tía Delmy.
- A mi amigo SAÚL ERNESTO MORALES, un hombre justo, con una especial sensibilidad humana y brillante inteligencia, virtudes cimentadas en su concepción cristiana de vida.

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN	i
--------------------	---

CAPITULO I

RESEÑA HISTÓRICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

1.1 Historia universal de la detención provisional	1
1.1.1 EDAD ANTIGUA.....	1
1.1.1.1 Grecia.....	1
1.1.1.2 Roma.....	2
1.1.2 EDAD MEDIA	4
1.1.3 EDAD MODERNA	5
1.1.3.1 Detención provisional en la Revolución Francesa de 1789.....	5
1.1.3.2 Detención provisional por deudas durante la edad moderna ..	6
1.1.3.2.1 Detención provisional por deudas en Francia, Alemania y España.....	7
1.1.3.2.2 Detención provisional por deudas en Chile, Argentina y El Salvador.....	9
1.1.3.2.3 Importancia de la prohibición constitucional de la prisión por deudas para la detención provisional en El Salvador .	13
1.1.3.2.4 Algunos datos históricos del Hábeas Corpus como medio de protección contra las detenciones ilegales.....	16
1.2 HISTORIA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO.....	20
1.2.1 Constituciones de la República de El Salvador: 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y 1983.....	20
1.2.1.1 Comentarios a las principales Constituciones relativas a la detención provisional en El Salvador: 1864, 1886, 1950 y 1983	26
1.2.2 Recopilación de las Leyes del Salvador desde la creación de la República hasta el 12 de Julio de 1854	27
1.2.3 Códigos de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de 1857.....	28
1.2.4 Código de Instrucción Criminal de 1863.....	30
1.2.5 Código de Instrucción Criminal de la República del Salvador de 1882.....	32

1.2.6	Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador de 1904	33
1.2.6.1	Ley Represiva de Vagos y Maleantes de 1940	35
1.2.6.2	Ley de Estado Peligroso de 1953.....	37
1.2.7	Código Procesal Penal de 1973	41
1.2.7.1	Ley de Defensa y Garantía del Orden Público de 1977	42
1.2.7.2	Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado de 1996	43
1.2.8	Código Procesal Penal de 1996	44
1.2.8.1	Ley Anti-Maras de 2003	45
1.2.8.2	Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales de 2004	49
1.2.8.3	Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja de 2007	50
1.2.9	Código Procesal Penal de 2008	51
1.2.9.1	Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal de 2010	52
1.3	A MANERA DE CONCLUSIÓN	53

CAPITULO II

TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.1	OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE ACUERDO A LAS PRINCIPALES CORRIENTES DOCTRINARIAS.....	54
2.1.1	Acción Cautelar	55
2.1.2	Proceso Cautelar	56
2.1.3	Providencia Cautelar	60
2.1.4	Criterio seguido en el presente trabajo	61
2.2	DISTINCIÓN ENTRE TUTELA CAUTELAR Y TUTELA PREVENTIVA	63
2.3	CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA PROVIDENCIA CAUTELAR Y SU REGULACIÓN JURÍDICA EN LOS PROCESOS CIVIL-MERCANTIL Y PENAL SALVADOREÑO	66
2.3.1	Instrumentalidad y Provisionalidad	66
2.3.2	Variabilidad (regla rebus sic stantibus) y Temporalidad	70
2.3.3	Características resaltadas en nuestra jurisprudencia constitucional: Instrumentalidad, Provisionalidad, Variabilidad y Temporalidad	73
2.4	CONDICIONES O EXTREMOS DE LA PROVIDENCIA CAUTELAR	75

2.4.1	Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho) como resultado de un juicio de probabilidad.....	76
2.4.2	Periculum in mora (peligro en la demora) como resultado de un juicio de certeza sobre la existencia del peligro específico	79
2.4.3	Mínima actividad probatoria del fumus boni iuris y periculum in mora	82
2.4.4	Fundamentación del fumus boni iuris y del periculum in mora	84
2.5	EXTRATERRITORIALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	85
2.5.1	Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (pendiente de ratificación por El Salvador).....	86
2.5.1.1	Clases de Medidas Cautelares reguladas en la Convención .	89
2.5.1.2	Trámite de Ejecución.....	89
2.5.2	Regulación de la Cooperación Judicial Internacional en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño	90
2.5.2.1	Alcances y efectos de la regulación	90
2.5.2.2	Regulación de los actos de mero trámite	91
2.5.2.3	Regulación del cumplimiento de medidas cautelares.....	92
2.5.2.4	Impropia regulación del cumplimiento de sentencias extranjeras en el Art. 157 del Código Procesal Civil y Mercantil.....	93
2.5.2.5	Relaciones del Código Procesal Civil y Mercantil con la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares	95
2.5.3	Notificación Roja y Mensaje de Difusión de INTERPOL para la detención y extradición de personas con órdenes de captura.....	97
2.5.3.1	INTERPOL (descripción de este organismo internacional)	97
2.5.3.2	Oficina regional de la INTERPOL para México, Centroamérica y El Caribe (coordinadora de alto nivel)	97
2.5.3.3	Oficina Central Nacional de la INTERPOL-El Salvador (encargada de la ejecución de las órdenes internacionales de capturas)	99
2.5.3.4	Notificación roja de las Oficinas Centrales Nacionales (orden de detención preventiva con miras a la extradición) ..	101
2.5.4	Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada (pendiente de ratificación por El Salvador)	102
2.6	A MANERA DE CONCLUSIÓN	103

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES CIVILES Y MEDIDAS CAUTELARES PENALES

3.1	MEDIDAS CAUTELARES CIVILES	105
3.1.1	Embargo preventivo de bienes	105
3.1.2	Decreto de Embargo en el proceso ejecutivo	107
3.1.2.1	Embargo de Dinero y Saldos Bancarios.....	110
3.1.3	La intervención o la administración judiciales de bienes productivos	111
3.1.3.1	Interventor con Cargo a la Caja.....	113
3.1.4	El secuestro de cosa mueble y su depósito.....	114
3.1.5	El secuestro judicial regulado en el Código Civil	116
3.1.6	La Anotación Preventiva de la Demanda.....	117
3.1.7	La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda	119
3.2	MEDIDAS CAUTELARES PENALES	122
3.2.1	Medidas cautelares patrimoniales penales.....	124
3.2.1.1	Las tres funciones de las cautelas patrimoniales penales.....	124
3.2.1.2	Fundamento legal de las cautelas patrimoniales penales	126
3.2.1.3	Algunos tipos de medidas cautelares patrimoniales penales	129
3.2.1.3.1	Clase de bienes secuestrados en el proceso penal.....	129
3.2.1.3.2	Secuestro y Depósito regulado en el Pr. Pn. 1996	130
3.2.1.3.3	Secuestro y Depósito regulado en el Pr. Pn. 2008	133
3.2.1.3.4	Decomiso, Secuestro, Embargo preventivo y Comiso	134
3.2.2	Medidas cautelares personales penales.....	135
3.2.2.1	Detención y Retención	136
3.2.2.1.1	Detención: facultad y obligación	138
3.2.2.2	Detención Administrativa decretada por el fiscal.....	141
3.2.2.3	Detención por el término de inquirir.....	144
3.2.2.4	Detención especial para Inquirir	147
3.2.2.5	Medidas Alternativas o Sustitutivas de la detención Provisional	148
3.2.2.5.1	Arresto domiciliario	151
3.2.2.5.2	Sometimiento al cuidado o vigilancia de persona o institución.....	153
3.2.2.5.3	Presentación ante juez o autoridad designada	154
3.2.2.5.4	Prohibición de salir del país, localidad o ámbito territorial	155
3.2.2.5.5	Prohibición de concurrir a reuniones o visitar lugares.....	156
3.2.2.5.6	Prohibición de comunicarse con personas determinadas	156
3.2.2.5.7	Caución juratoria.....	156

3.3 A MANERA DE CONCLUSIÓN	158
----------------------------------	-----

CAPITULO IV

MEDIDA CAUTELAR DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

4.1 DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL	159
4.2 LAS DOS PRINCIPALES CORRIENTES JURÍDICAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL	161
4.2.1 Corriente positivista-reglamentarista	161
4.2.2 Corriente excepcionalista	164
4.2.3 Corriente jurídica seguida por la presente investigación	168
4.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL	169
4.3.1 Distorsión de la naturaleza cautelar procesal de la detención provisional	169
4.4 CARACTERÍSTICAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL: INSTRUMENTALIDAD, PROVISIONALIDAD, VARIABILIDAD, JURISDICCIONALIDAD, TEMPORALIDAD, LEGALIDAD, EXCEPCIONALIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD...	172
4.4.1 Instrumentalidad	173
4.4.2 Provisionalidad	173
4.4.3 Variabilidad (obedecer la regla rebus sic stantibus)	176
4.4.4 Jurisdiccionalidad	177
4.4.5 Temporalidad.....	178
4.4.5.1 Relaciones de la temporalidad, provisionalidad y variabilidad	182
4.4.6 Legalidad	185
4.4.7 Excepcionalidad.....	186
4.4.8 Subsidiariedad	187
4.4.9 Proporcionalidad.....	188
4.4.9.1 Relaciones de la proporcionalidad, temporalidad y subsidiariedad	191
4.4.10 Características de la detención provisional resaltadas en nuestra jurisprudencia constitucional de Hábeas Corpus	193
4.5 PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL: FUMUS BONI IURIS, PERICULUM IN MORA Y OBSTRUCCIÓN EN LA INVESTIGACIÓN	194
4.5.1 Fumus boni iuris (existencia del delito y probable autoría o participación de la persona imputada)	195
4.5.1.1 Posiciones doctrinarias sobre la interpretación del fumus boni iuris de la detención provisional.....	196
4.5.1.2 Posición compartida por la presente investigación y la posición sostenida por nuestra jurisprudencia constitucional	199

4.5.2	Periculum in mora (peligro de fuga de la persona imputada)	200
4.5.2.1	Criterios objetivos del periculum in mora (peligro de fuga): delito grave, circunstancias del hecho, incomparecencia del imputado, incumplimiento de medidas sustitutivas, gozar de otra medida cautelar	201
4.5.2.1.1	Delito grave sancionado con pena de prisión	201
4.5.2.1.1.1	Critica al mantenimiento de la detención provisional por la gravedad del delito	203
4.5.2.1.1.2	Desautorización de la gravedad del delito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	204
4.5.2.1.2	Circunstancias del hecho	205
4.5.2.1.3	Incomparecencia del imputado	207
4.5.2.1.3.1	La incomparecencia es considerada rebeldía del imputado/a, dando lugar a girar orden de captura en su contra	208
4.5.2.1.3.2	Inconstitucionalidad del automatismo de la detención provisional por aplicación automática de la incomparecencia	209
4.5.2.1.4	Incumplimiento de medidas sustitutivas	210
4.5.2.1.5	Gozar de otra medida cautelar	211
4.5.2.2	Criterios subjetivos del periculum in mora: arraigo familiar, arraigo domiciliar y arraigo laboral	211
4.5.2.2.1	Arraigo familiar	212
4.5.2.2.2	Arraigo domiciliar	212
4.5.2.2.3	Arraigo laboral	212
4.5.3	Obstrucción de la investigación	213
4.5.4	Causales de la detención provisional relacionadas con los fines de la pena	215
4.5.4.1	Alarma Social	215
4.5.4.2	Frecuencia de hechos análogos	216
4.5.4.3	Antecedentes de la persona imputada	217
4.5.4.4	Reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva	218
4.6	A MANERA DE CONCLUSIÓN	220

CAPITULO V

MOTIVACION DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR

5.1	Temas básicos de la motivación de las resoluciones judiciales.....	221
5.1.1	Breves apuntes históricos sobre el deber de motivación.....	221
5.1.2	Corrientes jurídicas de la Motivación de las resoluciones judiciales.....	224
5.1.3	Esquema de la motivación fáctica y motivación jurídica según la doctrina	225
5.1.4	Esquema de los motivos de hecho y de derecho según el Art. 130 Pr. Pn. 1996 (Art. 144 Pr. Pn. 2008).....	228
5.1.5	Esquema de la motivación según la Sala de lo Penal: motivación fáctica, motivación jurídica, motivación descriptiva y motivación intelectual.....	229
5.1.6	Funciones del principio de Congruencia en la motivación de las resoluciones judiciales	231
5.1.7	Argumentación jurídica de la motivación de las resoluciones judiciales.....	235
5.1.8	Fundamentos constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales según la Sala de lo Constitucional	239
5.1.8.1	Ideas ajenas y extranjeras sin fuente de origen insertadas en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional.....	241
5.1.9	Mínima enseñanza de los temas de la motivación, fundamentación y argumentación en la Facultad de Derecho de la U.E.S	245
5.1.10	Mínima enseñanza de los temas de la motivación, fundamentación y argumentación en la Escuela de Capacitación Judicial.....	249
5.2	MOTIVACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y ARGUMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL PARA IMPONER LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN NUESTRO PAÍS...	251
5.2.1	Causas del bajo nivel de calidad de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional ...	251
5.2.1.1	Falta de enseñanza especializada de la motivación, fundamentación y argumentación	251
5.2.1.2	Incompatibilidad de la detención provisional con la presunción de inocencia	252
5.2.1.3	Obligatoriedad de la detención provisional.....	254
5.2.1.4	Definición problemática de los conceptos peligro de fuga y obstrucción de la investigación.....	255
5.2.1.5	Referencias legales basada en terminología ambigua.....	256

5.2.1.6	La ideología jurídica de la o el juez sobre la detención provisional.....	257
5.2.2	Elementos técnicos esenciales de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional ...	258
5.2.2.1	Motivación de la detención provisional fundamentada en el fumus boni iuris y periculum in mora	258
5.2.2.2	Motivación de la detención provisional fundamentada en correlación con sus características	260
5.2.2.3	Fundamentos constitucionales de la motivación de la detención provisional	261
5.2.2.4	Argumentación jurídica de la motivación de la detención provisional	263
5.2.3	Motivación de la detención provisional de acuerdo a la competencia de cada tribunal correspondiente	266
5.2.3.1	Motivación de la aplicación de la detención provisional en el término de inquirir	267
5.2.3.1.1	Juez de Paz	267
5.2.3.1.2	Juez Especializado de Instrucción	270
5.2.3.1.3	Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro	272
5.2.3.2	Motivación de la ratificación, modificación, mantenimiento, revocación y aplicación de la detención provisional	274
5.2.3.2.1	Juez de Instrucción	274
5.2.3.2.2	Tribunal de Sentencia	277
5.2.3.2.3	Cámara de lo Penal	280
5.2.3.2.4	Sala de lo Penal.....	282
5.3	A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	283

CAPITULO VI

OBLIGATORIEDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR Y SU DESACATO A LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

6.1	MARCO NORMATIVO JURÍDICO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR.....	284
6.1.1	Art. 294, Inc. 2º, Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008) ...	286
6.1.1.1	Política criminal contenida en el Art. 294, Inc. 2º, Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008)	287
6.1.2	Titulo V de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.)	290

6.1.2.1	Medidas de coacción contra los y las jueces contenidas en el Título V de la Ley de Procedimientos Constitucionales	292
6.1.2.2	Procedencia de una nueva inaplicabilidad de la ley declarada no inconstitucional, a pesar del último inciso del Art. 77-A de la Ley de Procedimientos Constitucionales .	293
6.1.3	Sentencia 28-2006 AC. de la Sala de lo Constitucional, declarando la no inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996	294
6.1.3.1	Argumentos y motivos alegados en la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, por los jueces y jueza requirentes.....	295
6.1.3.1.1	Jueza de paz de Apopa (violación del Art. 3 Cn.)	295
6.1.3.1.2	Juez primero de instrucción de Santa Tecla (violación de los artículos 12 y 144, inciso 2º, Cn.)	296
6.1.3.1.3	Juez de paz de la ciudad y puerto de La Libertad (violación del Art. 144, inciso 2º, Cn.)	297
6.1.3.2	Informe rendido por la Asamblea Legislativa justificando la constitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996	297
6.1.3.3	Opinión del Fiscal General de la República solicitando la no inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996	299
6.1.3.4	Premisas del fundamento del fallo de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, de la Sala de lo Constitucional	302
6.1.3.4.1	Primera Premisa: concepción de los derechos fundamentales sin asidero en el derecho internacional ...	303
6.1.3.4.2	Segunda Premisa: elevación de la seguridad pública sobre el derecho de libertad personal.....	306
6.1.3.4.3	Tercera Premisa: aplicación de la teoría civilista de las medidas cautelares en el análisis de la detención provisional.....	307
6.1.3.4.4	Cuarta Premisa: periculum in mora de la detención provisional motivado sólo con la gravedad del delito	309
6.1.3.4.5	Quinta Premisa: la detención provisional no es la regla general por aplicarse a un número reducido de delitos ...	310
6.1.4	Aplicación del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en la motivación de las resoluciones judiciales.....	312
6.1.4.1	Doble responsabilidad penal de los y las jueces por motivos opuestos originada en la obligatoriedad de la detención provisional	313
6.1.4.2	El único argumento posible para declarar improcedente la aplicación de la obligatoriedad de la detención provisional...	314

6.2	INCONSTITUCIONALIDAD DEL INC. 2º DEL ART. 294 PR. PN. 1996 (INC. 2º DEL ART. 331 PR. PN. 2008), SEGÚN LA MISMA SALA DE LO CONSTITUCIONAL	315
6.2.1	Imposibilidad de motivar la detención provisional por el axioma “imputación igual detención” del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996	317
6.2.2	Violación de los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, contenida en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)	318
6.3	FINES ILEGÍTIMOS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR.....	321
6.3.1	Fines de la detención provisional según las diversas posiciones doctrinarias	322
6.3.1.1	Posiciones doctrinarias que atribuyen fines procesales y punitivos a la detención provisional.....	322
6.3.1.2	Posiciones doctrinarias que atribuyen solamente fines cautelares procesales a la detención provisional	324
6.3.2	Fines procesales y punitivos de la detención provisional regulados en la ley procesal penal salvadoreña	325
6.3.3	Fines ilegítimos de la detención provisional en la práctica forense salvadoreña derivados de su obligatoriedad	326
6.4	DENUNCIA DE LOS FINES ILEGÍTIMOS, Y OTROS EFECTOS, DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL POR SU DESACATO A LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES DE PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO	328
6.4.1	Desacato a los Principios para restringir los derechos y libertades regulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	329
6.4.1.1	Principio de legalidad (legitimidad).....	330
6.4.1.2	Principio del respeto de la dignidad humana.....	333
6.4.1.3	Principios de igualdad y no discriminación.....	335
6.4.1.4	Principio de que los derechos y libertades humanos son absolutos y de que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones	337
6.4.1.5	Principio de proporcionalidad	339
6.4.2	Desacato de la obligatoriedad de la detención provisional en contra del Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	342
6.4.2.1	Denuncia ante el Comité de Derechos Humanos.....	343

6.4.3	Desacato de la obligatoriedad de la detención provisional en contra del Art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	345
6.4.3.1	Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	346
6.5	A MANERA DE CONCLUSIÓN	347

CAPITULO VII

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO	348
---	-----

CAPITULO VIII

DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

7.1	EXPERIENCIA EUROPEA: FRANCIA, ALEMANIA, PORTUGAL, ITALIA, BÉLGICA, HOLANDA, DINAMARCA Y ESPAÑA	365
7.1.1	Francia.....	365
7.1.2	Alemania.....	368
7.1.3	Portugal	369
7.1.4	Italia	371
7.1.5	Bélgica.....	373
7.1.6	Holanda	373
7.1.7	Dinamarca	375
7.1.8	España	375
7.1.8.1	Constitución Española.....	375
7.1.8.2	Ley de Enjuiciamiento Criminal española.....	377
7.1.8.3	Indemnización por prisión provisional indebida en España... ..	379
7.1.9	Incidencia de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos en la aplicación de la prisión provisional	381
7.2	EXPERIENCIA LATINOAMERICANA: GUATEMALA, HONDURAS, COSTA RICA, MÉXICO, COLOMBIA, Y ARGENTINA	386
7.2.1	Guatemala	386
7.2.2	Honduras	389
7.2.2.1	Constitución Política de la República de Honduras.....	389
7.2.2.2	Código Procesal Penal hondureño.....	390
7.2.3	Costa Rica	393
7.2.3.1	Constitución Política de la República de Costa Rica.....	393

7.2.3.2	Código Procesal Penal costarricense de 1996.....	394
7.2.3.2.1	Antecedentes	394
7.2.3.2.2	Regulación jurídica de la detención preventiva en Costa Rica	395
7.2.4	México	398
7.2.4.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	398
7.2.4.2	Código Federal de Procedimientos Penales mexicano	400
7.2.5	Colombia	401
7.2.5.1	Constitución Política de Colombia.....	401
7.2.5.2	Código de Procedimiento Penal colombiano.....	402
7.2.6	Argentina	405
7.2.6.1	Constitución Nacional de la República de Argentina.....	405
7.2.6.2	Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe.....	405
7.2.7	Reflexiones de la regulación jurídica de la motivación de la detención provisional en Latinoamérica.....	408
7.3	A MANERA DE CONCLUSIÓN	412

CAPITULO IX

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1	CONCLUSIONES	413
9.2	RECOMENDACIONES	415

BIBLIOGRAFÍA	417
--------------------	-----

ANEXOS	448
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

En El Salvador la obligatoriedad de la detención provisional es una de las causas principales de la política criminal deficiente, crisis carcelaria y tratamiento inadecuado del delincuente, sin embargo, es una variable poco considerada hasta la fecha en los análisis de coyuntura, debido en parte a la atribución de la agresiva violencia social como único motivo de aquellas problemáticas de nuestro país, reflejada en el aumento de delitos graves, desempleo, falta de oportunidades para las clases populares, etc.; que caracteriza nuestra época contemporánea salvadoreña.

La visión de la política criminal represiva de la delincuencia, y el uso del derecho penal de enemigo, contenido en los planes de lucha contra el crimen organizado, pandillas y asociaciones ilícitas, aplicados poco después de la firma de los acuerdos de paz del 16 de enero de 1992, y continuados hasta el día de hoy, se han inspirado en la filosofía de la defensa social en donde el presunto responsable de un delito o la pertenencia a ciertos grupos, son concebidos como el enemigo que debe vencer la sociedad “horrada y trabajadora”, a la cual es prioritario proteger en sus derechos de seguridad, propiedad, vida, etc., sobre los derechos y garantías del imputado. En la anterior práctica, existe una línea de acción del Estado salvadoreño desmarcada de su compromiso adquirido en la ratificación de los Instrumentos Jurídicos Internacionales de Derechos Humanos, los cuales tienen como fundamento el justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y los derechos del individuo.

Ahora bien, las contrarreformas de finales de 1999 y 2004, las cuales insertaron el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, siendo retomadas en el

inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, que prohíbe utilizar medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional en 65 delitos; así como la contrarreforma del 6 de julio de 2006, que adicionó el título V a la Ley de Procedimientos Constitucionales, la cual en su Art. 77-G amenaza a la o el juez con el procesamiento penal y administrativo en caso de desobedecer la sentencia definitiva de inconstitucionalidad pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; y la declaratoria de la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, emitida en proceso de inconstitucionalidad el 12 de abril de 2007; constituyen en su conjunto un marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, el cual persigue fines ilegítimos, y otros efectos dañinos, pues, dicha cautela penal restringe la libertad física como pena anticipada para los casos de los delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008).

Por tanto, la presente investigación académica ha pretendido demostrar la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), descansada en los motivos de la violación de la libertad personal, la libertad como regla general y la presunción de inocencia, según los Arts. 2, 8 y 12 Cn.. Asimismo, demuestra el daño jurídico causado a la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional, ya que la obligación impuesta a la o el juez de aplicar esta medida cautelar en los delitos señalados en la disposición antes relacionada del Pr. Pn., suprime ipso facto la obligación del tribunal o juzgador de fundamentar las decisiones tomadas, y en especial del auto de la detención provisional, en contraposición a la seguridad jurídica y el derecho de defensa de los Arts. 2 y 12 Cn, que son la base constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

Todo el panorama jurídico arriba expuesto acerca de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador y su inconstitucionalidad, incluye un análisis jurídico de la inconformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalado como un desacato del Estado salvadoreño a las normas jurídicas internacionales relativas a la restricción y limitación de los derechos y libertades fundamentales, y del uso de la prisión preventiva.

La anterior labor de investigación es coronada en este informe final de nueve capítulos, en el primero se estudia la historia jurídica de la detención provisional, el segundo establece la teoría de las medidas cautelares aplicada en el análisis de la prisión preventiva, el tercero describe las cautelas reales civiles y cautelas reales penales como un sólo sistema de medidas cautelares utilizado por el o la juez penal. El Capítulo IV es un análisis jurídico de la detención provisional, para luego en el Capítulo V tratar el tema de la motivación, fundamentación y argumentación de dicha medida cautelar; y en el Capítulo VI plantear su obligatoriedad y desacato a las normas jurídicas internacionales. En el Capítulo VII se expone la investigación de campo, y el Capítulo VIII reflexiona sobre el uso de la prisión provisional en el Derecho Comparado, de algunos sistemas europeos y latinoamericanos. El último Capítulo corresponde a las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación académica.

Se espera brindar al menos un aporte útil a los y las jueces constitucionalistas, abogados éticos y luchadores sociales, pero en especial a la formación académica de mis compañeros y compañeras en el estudio de las ciencias jurídicas, alumnos de todas las escuelas de derecho de las distintas Universidades de nuestro país.

EN CALIDAD DE EPÍGRAFE:

“...cuando un mediocre es juez, aunque comprende que su deber es hacer justicia, se somete a la rutina y cumple el triste oficio de no hacerla nunca y embrollarla con frecuencia.”

(José Ingenieros)

“Una reflexión como ésta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad, y tan contaminante, como la prisión provisional, termina siendo, inevitablemente y aún en el mejor de los casos, trabajo sucio.”

(Perfecto Andrés Ibáñez)

CAPITULO I

RESEÑA HISTÓRICA DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

El presente esbozo histórico de la detención provisional tiene dos partes, siendo estas: la historia universal, dividida en las edades antigua, media y moderna; y la historia de la detención provisional en el derecho procesal penal salvadoreño. La historia universal toma como referente en la edad antigua los derechos griego y romano. En el medioevo estudia la detención del inculcado como presupuesto de la investigación en el proceso penal inquisitivo. Y la edad moderna comprende los aportes de la revolución francesa de 1789 al uso de la prisión preventiva; una breve historia de la detención provisional por deudas y los antecedentes históricos del hábeas corpus, como remedio a las detenciones ilegales. En relación a la historia jurídica salvadoreña, se estudia la regulación de la detención provisional en las trece Constituciones que han regido nuestra República, y en los ocho textos legales de los procesos penales que han sido aplicados hasta la fecha en nuestro país, entre los cuales se relacionan una serie de decretos específicos y ocho leyes especiales complementarias.

1.1 *Historia universal de la detención provisional*

1.1.1 *EDAD ANTIGUA*

1.1.1.1 *Grecia*

En la historia jurídica del derecho antiguo griego no se registra el uso de la detención provisional, esto puede deberse a que, en ese tiempo, la cultura jurídica griega fundamentó su idea de dignidad humana en la identidad del cuerpo físico con el concepto persona, lo cual estimuló una

práctica en el proceso penal de un respeto absoluto a la libertad del imputado. Lo anterior se sustenta en la cita literal siguiente:

“...en Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal, aunque administrada de manera arbitraria por los éforos¹, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llego a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación.”²

1.1.1.2 Roma

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

¹Sobre la función de los éforos en la Grecia antigua, se transcribe lo siguiente: *“Cada uno de los cinco magistrados que elegía el pueblo todos los años en Esparta, con autoridad bastante para contrapesar el poder del Senado y de los reyes.”* –OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; prólogo del Dr. Guillermo Cabanellas, 1ª edición, Editorial Heliastás S.R.L., Buenos Aires, Argentina, sin año de publicación.

²RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; *La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. N° 19, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1ª edición, México D. F.; 1981; p-18.

relacionados a la seguridad del Estado, a las capturas en flagrancia, y a los reos confesos; estas afirmaciones son apoyadas en el siguiente texto:

“Durante la República, siglo v hasta el año 134, a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo v...por lo general se prescindía del encarcelamiento,...Ya a partir de las Leges Iulia de vi publica et privata, año 17, a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos por prescripción legal de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el... principio de igualdad³,...situación, que, en el sistema de justicia pública, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo, era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.”⁴

El Derecho Romano del Imperio tenía las siguientes tres formas de prisión preventiva: *in carcelum*, donde el indiciado de delito grave se enviaba a la cárcel pública; *militi traditio*, la libertad del indiciado era responsabilidad de un militar, por lo general anciano; y *custodia libera*, donde el indiciado estaba en custodia de un particular, quien daba una fianza por él. Por tanto, durante el Imperio romano la libertad provisional era la regla general, usando la prisión preventiva sólo en casos de reos ausentes; y prohibiendo su práctica como pena anticipada; exigiendo para decretarla en delitos graves, evidencias concretas. Los anteriores comentarios nacen de esta cita literal:

“En época del Imperio,...esta medida revistió las modalidades siguientes: in carcelum...militi traditio...y custodia libera...La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar quedaba a la discreción del

³Esta fue una igualdad de oportunidades y condiciones entre acusador y acusado, de conformidad al sistema acusatorio regulado en la Ley de las Doce Tablas.

⁴RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; *La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado...*; ob. cit.; pág. 18.

magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado. Salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculpado sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad...; ya admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aún en el caso de los delitos graves...era imprescindible contar con evidencias concretas⁵; igualmente se procuró reducir la duración de la detención preventiva; la libertad provisional era de derecho...”⁶

1.1.2 EDAD MEDIA

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

“A principio del siglo XVI, los fines del procedimiento inquisitorio se reducían a dos; primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido...Así, durante el medioevo, la detención pierde su carácter excepcional ya que, en consonancia con el sistema inquisitorio, la captura se convierte en operación

⁵Como puede deducirse de la cita anterior, algunas de las evidencias concretas para decretar la detención preventiva fueron la confesión del inculpado y los informes de la captura en flagrancia, no procediendo en estos casos la libertad provisional.

⁶RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; *La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado...*; ob. cit., págs. 19 y 20.

preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle una confesión...”⁷

1.1.3 EDAD MODERNA

1.1.3.1 *Detención provisional en la Revolución Francesa de 1789*

La Revolución francesa de 1789 constituye el principal referente histórico del derecho moderno eurocentrista, que marca la pauta del origen de la mayoría de sistemas jurídicos latinoamericanos; dicha revolución promulgó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en ese año, y en 1793 realizó una segunda versión de la misma; luego, con los principios científicos del derecho romano, fue creado en 1804 el celebre Código Civil, y en 1808 el celebre Código de Instrucción Criminal⁸.

La primera Declaración Francesa de 1789 estipuló en su artículo 7 la obligación de decretar la detención conforme a la ley; esta primera Declaración fue incorporada en la Constitución francesa de 1791, la cual reguló en su artículo 10, unos mandatos para proceder a la detención del presunto culpable de un delito. Por su lado, en el Código de Instrucción Criminal de 1808 la detención preventiva se decretaba a discreción del juzgador, permitiendo a los delincuentes primarios mantener la libertad

⁷Ibidem; pags. 20 y 21.

⁸Los principales aportes del Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808 al moderno proceso penal, según el Dr. ASECIO MELLADO, fueron los siguientes: “a) *el acusatorio formal o mixto*; b) *el binomio oralidad-inmediación*; c) *la publicidad*; d) *la libre valoración de la prueba*; e) *concepción liberal del derecho de defensa*.” –ASENCIO MELLADO, José María; La Reforma del Proceso Penal Español; en Memoria “Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal”; Ministerio de Justicia; República de El Salvador; San Salvador; octubre, 1991; pág. 55.

provisional bajo caución, siempre y cuando estuvieran acusados por delitos castigados con pena correccional⁹.

1.1.3.2 *Detención provisional por deudas durante la edad moderna*

La detención provisional se adoptó en el pasado con la finalidad de la ejecución forzada de las obligaciones civiles y mercantiles, la cual se convertía en *prisión por deudas*. Su utilización para dichos fines se remonta hasta el derecho romano¹⁰, llegando incluso a períodos comprendidos en la edad moderna, por lo que, a continuación se elabora una sucinta historia jurídica de esta peculiaridad del uso de la prisión preventiva, examinado su

⁹Lo expuesto se funda en lo siguiente: *“En Francia,...la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 preveía que la detención no tendría lugar sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas (artículo 7); la Constitución de 1791, a la cual se integró la anterior Declaración, precisaba además los mandamientos de detención (artículo 10)...no obstante las ideas plasmadas en las Declaraciones de 1789 y 1793 respecto a la detención preventiva, el Código de Instrucción Penal de 1808...consagró...esta institución...como un estado de derecho cuya apreciación y oportunidad quedaban a discreción del juez de instrucción. La libertad provisional no era posible sino en materia correccional reservada a los delincuentes primarios e incluso al pago de una caución.”* –RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; *La Detención Preventiva y Los Derechos Humanos en Derecho Comparado...*; Ob. cit.; págs. 22, 23 y 24.

¹⁰Esta afirmación se funda en la cita literal siguiente: *“En el Derecho Romano respondía por las obligaciones del deudor su propia persona, y podía ser encarcelado, esclavizado, vendido, etc. Con posterioridad, esta noción de la obligación evolucionó, y se concluyó que no era la persona quien respondía, sino el patrimonio del deudor. Por eso está abolida la prisión por deudas..”* –ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones en general*; Redactado y puesta al día por Antonio Vodanovic H.; cuarta edición; 1971; Editorial Nascimento; Santiago de Chile; Chile; pág. 173. Otra opinión relacionada a la prisión por deudas en el derecho romano es la siguiente: *“Por todos es conocido que en el Imperio romano los seres humanos no sólo eran condenados a la ergástula o al cadalso por deudas. También se los esclavizaba y no sólo al deudor sino que la sanción se extendía a su cónyuge y descendientes. La desaparición de la esclavitud por deudas en Roma se remonta al cruel comportamiento del usurero Lucio Papirio. A partir de este momento se vendría a limitar la responsabilidad por deudas a los bienes del deudor y no a la persona del mismo. La Lex Poetelia Papiria puede considerarse como precedente de la cessio bonorum y liberaba a los esclavos de las deudas (nexum) si juraban no tener liquidez (juramentum bonae copiae) y hacer frente al pago si mejoraban su fortuna...”* –GRANJA, Pedro Javier; *El Derecho a la Libertad Personal*; pág. 2; consultada el 20 de junio de 2010, en <http://www.monografias.com/trabajos68/derecho-libertad-personal/derecho-libertad-personal.shtml> (sitio web oficial de *Monografías.com*).

regulación en tres países europeos y tres latinoamericanos. Esta parte se cierra con una reflexión acerca de la importancia de la prohibición constitucional de la prisión por deudas para la detención provisional en El Salvador.

1.1.3.2.1 *Detención provisional por deudas en Francia, Alemania y España*

En Francia, fue cuestionada la prisión por deudas principalmente por el movimiento humanista insertado en la revolución francesa de 1789, calificando como afrenta contra la libertad y dignidad humana, el encarcelamiento del deudor por motivos de deudas civiles o mercantiles¹¹.

En Alemania, el uso de la detención provisional y prisión por deudas subsistió hasta muy entrada la edad moderna durante el siglo XIX, su abolición formal en este país se decreto hasta el 29 de mayo de 1868; decreto que tuvo efectos retroactivos beneficiando a las personas detenidas con anterioridad a su promulgación; lo anterior estaba expresado en los artículos 1º y 3º, respectivamente¹².

¹¹Con respecto a la crítica de la prisión por deudas en Francia se transcribe lo siguiente: “...se da preferencia a la compulsión personal, por considerarla más efectiva –criterio que aún priva en la mente del hombre moderno-, con la fuerza cada vez mayor de los efectos que ponen de manifiesto las desventajas de la ejecución personal, se convierte de excepcional y supletoria, en el procedimiento más generalizado. Sin embargo, la ejecución personal transformada en simple prisión por deuda, subsiste aún en las legislaciones modernas, no obstante su condenación solemne hecha por los revolucionarios franceses de 1789, por considerarla afrentosa para la libertad y dignidad humana.” –TOMASINO, Humberto; *El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña*; 2ª edición; Editorial Jurídica Salvadoreña; San Salvador, El Salvador; sin año de publicación; pág. 10.

¹²Estos dos artículos decían lo siguiente: “Artículo 1º. La detención provisional no tendrá lugar, en lo sucesivo, como medio ejecutivo en los asuntos civiles para obtener el pago de una suma de dinero, la entrega de una cantidad de cosas litigiosas ó títulos (acciones, obligaciones, etc.). Artículo 3º. La disposición del artículo 1º se aplica también á las obligaciones nacidas con anterioridad á la publicación de esta ley, aún cuando la detención

En España, la prisión por deudas es regulada reiteradamente a lo largo de los siglos XI, XII y XIII; estableciéndose condiciones específicas en las cuales debían mantenerse a las personas castigadas con este tipo de prisión, decretándose hasta la muerte del deudor¹³. La prisión provisional por deudas subsiste en este país, hasta durante los siglos XVIII y XIX, regulada en ordenanzas, en el Código de Comercio de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, en esta otra etapa la finalidad no fue el aseguramiento de la deuda económica por la cual se procedía contra el demandado en el proceso civil, sino la prisión preventiva se aplicaba para asegurar a la persona del deudor en caso se procediera en su contra en un proceso penal. Estos comentarios se deducen de la cita transcrita a continuación:

“Posteriormente el Arresto del quebrado aparecería en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, pasando al Código de Comercio de 1829 y finalmente a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. No se trata, pues, de asegurar el pago de deudas, para lo cual hay medidas preventivas de otro carácter previstas

personal haya sido reconocida válida ó se haya empezado á ejecutar.” –MIÑANA Y VILLA GRASA, Emilio (traductor); ORDENANZA GENERAL ALEMANA. Sobre el Cambio; 1ª edición, Biblioteca de Revista Jurídica, Volumen I; 1ª edición; Imprenta y Encuadernación de J. Rueda Huertas; Madrid, España; 1903; pág. 103.

¹³A continuación, se cita algo pertinente con lo expuesto arriba: *“En nuestro derecho histórico, el arresto del quebrado es una institución conocida de antiguo. En las Cortes de Barcelona de 1299, el Rey Jaime II ordenó que <<el cambiador que quebrase debía ser detenido hasta que satisficiera sus deudas, no pudiendo comer mientras tanto más que pan y agua>> llegándose incluso a mandar que los que no pagasen sus deudas fueran muertos...Ejemplos parecidos pueden apreciarse en la Ley de las Cortes de Lérida de 1301, Cortes de Montblanch de 1333 y en las Cortes de Genova de 1321. En estos últimos se regularon penas para cambiadores o banqueros que en caso de huida podían llegar a la muerte...En la Ley de las Cortes de Monzón de 1510, se mandó que contra los mercaderes y cambiadores fallidos que se ocultasen, se procediese de un modo riguroso, considerándoseles como ladrones públicos; y en una Pragmática de Felipe II de 1590 se regulaba que para no quedar en prisión el concursado, éste debía dar fianza.” –GONZÁLES MONTES, José L.; Las Medidas Cautelares en nuestro Ordenamiento; en GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, y otros; El Sistema de Medidas Cautelares; IX reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas; 1ª edición; Ediciones Universidad de Navarra, S.A.; Pamplona, España; 1974; pág. 159.*

en el procedimiento de quiebra que podrían ser más eficaces (ver artículo 1.044, 3º, 4º y 6º del Código de Comercio de 1829); lo que con el arresto del quebrado, domiciliario o carcelario, se persigue, es precisamente el aseguramiento de su persona por si a resultas de la calificación de la quiebra –que precisamente realiza el juez civil- tiene que responder criminalmente ante los órganos de la jurisdicción penal. Puede concluirse, pues, que el arresto del quebrado es una medida preventiva que asegura el futuro o el fin del proceso penal en que se depuren las responsabilidades criminales imputables al quebrado, es decir, una medida cautelar de carácter penal adoptada en el proceso civil”¹⁴

1.1.3.2.2 Detención provisional por deudas en Chile, Argentina y El Salvador

En Chile, la prisión por deudas se decretó en 1837; luego, en 1868 se restringió a cuatro casos, hasta después de la segunda década del siglo XX. Durante el anterior tiempo la detención provisional por deudas se basaba en la simple declaratoria en quiebra del deudor, situación declarada inconstitucional por la jurisprudencia chilena después de 1925, en el sentido de exigirse en adelante como requisito para decretar dicha medida precautoria haberse calificado la quiebra de culpable o fraudulenta, adhiriéndose de esta manera al criterio de la jurisprudencia española del siglo XIX sobre esta materia; lo antes expuesto se documenta en seguida:

“...Por decreto-ley de 1837, firmado por Prieto y Portales, se estableció...la prisión por deudas. Pero después, en una ley dictada el 23 de

¹⁴GONZÁLES MONTES, José L.; *Las Medidas Cautelares en nuestro Ordenamiento*; ob. cit.; pág. 160. Es importante reiterar el fin de la aplicación de la prisión provisional en España durante el siglo XIX, pues, esta medida cautelar de naturaleza penal utilizada en el proceso civil, desempeñaba en la práctica un doble papel de aseguramiento tanto de la eventual sentencia civil condenatoria, como de la eventual sentencia de condena penal.

junio de 1868, se la suprimió, dejándose a manera de pena sólo en...4 casos...Un decreto-ley 778 establecía que por la sola circunstancia de ser declarada en quiebra una persona se le sometía a prisión preventiva, por si la quiebra llegaba a ser culpable o fraudulenta...La jurisprudencia declaró que era inconstitucional, por dictarse después de 1925...la situación existente hoy en cuanto a la prisión es la siguiente: Declarada la quiebra, se inicia el procedimiento de calificación de la quiebra, que tiene por objeto ver si la quiebra es fortuita, culpable o fraudulenta; y sólo después que se comprueba que es culpable o fraudulenta se la reduce a prisión.”¹⁵

En Argentina, la prisión por deudas fue derogada en 1872 por la Ley 514, dejando en esa época su aplicación solamente en los casos donde se comprobará el dolo o fraude del deudor en lo mercantil, entonces podía el juez acordar la prisión preventiva hasta por el plazo máximo de un mes, mientras se determinaba la existencia del mérito para procesar penalmente al deudor. Lo anterior se funda en lo siguiente:

“...la humanización del derecho en la Argentina...comienza en el año 1872 al sancionarse la ley 514 cuyo art. 1º suprime “la prisión por deudas en toda las causas civiles y mercantiles que se tramiten ante los tribunales nacionales”...su art. 2º sólo exceptúa de tal abolición “a los casos de insolvencia en que, por información sumaria, se acredite que no hubo dolo o fraude por parte del deudor (inc. 2º), aclarándose en su art. 3º que en ambos supuestos de excepción la prisión preventiva “no podrá durar más de un mes pasado el cual el deudor será puesto en libertad, si no hubiese mérito para proceder criminalmente contra él””¹⁶.

¹⁵ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones en general*; ob. cit.; págs. 171 y 172.

¹⁶NOVELLINO, Norberto José; *LOS ALIMENTOS Y SU COBRO JUDICIAL. Procedimiento. Incidentes. Medio para compeler al cumplimiento. Los concubinos y el deber alimentario.*

En El Salvador, según la fórmula judicial llamada “*Fianza de saneamiento que dá el deudor ejecutado para no ser preso*”, contenida en los *Códigos de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de 1857*, cualquier persona con bienes propios podía comprometerse por otro, para evitar que el deudor moroso fuera puesto en prisión, haciéndose constar este compromiso en acta judicial¹⁷; y según el Art. 5 de la Ley 5 “*De las Cárceles*”, los deudores en detención provisional se enviaban a las salas municipales, junto a los funcionarios públicos¹⁸.

El 2 de abril de 1895, durante la presidencia del General Rafael Antonio Gutiérrez, la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador emitió un decreto de prisión por deudas, justificándolo a través de sus considerandos en “...*el sostenimiento y prosperidad del comercio y de la agricultura*;¹⁹; llegando a calificar de mal progresivo las deudas no satisfechas y declarando “*necesario dictar una medida que contenga el desarrollo del mal relacionado,*

Insolvencia fraudulenta para eludir obligaciones alimentarias. La actualización de los alimentos en tiempos de crisis económicas. Modelos. Apéndice legislativo; 2ª reimpresión de 1ª edición, 2006; Editorial Jurídica Nova Tesis; Rosario, Santa Fe, Argentina; págs. 307 y 308.

¹⁷Esta acta judicial se levantaba de conformidad al formulario siguiente: “<<En tal pueblo, á tal hora de tal día, mes y año. Ante mí, N. juez de 1ª instancia del Distrito (ó el Escribano) y los testigos N. y N., vecinos de este Estado, de diez y seis años cumplidos, de notoria buena conducta y que saben leer y escribir, dijo el señor N. de tal edad, vecindario y profesión, que el Sr. N., de tal edad, se le ejecuta por tanta cantidad, que adeuda al Sr. N.,..., y que para libertarse el deudor de la prisión, ha ofrecido la fianza del esponente con la cual se ha convenido el juez, previa audiencia del acreedor. Por consiguiente otorga. Que fia al indicado deudor y que se compromete á pagar por el llanamente, luego que fuere pronunciada la sentencia de remate. Y en cumplimiento de lo estipulado obliga su persona y bienes,...>>” –CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS Y FÓRMULAS JUDICIALES; edición oficial conmemorativa, en el centenario de su creación; Decreto Ejecutivo N° 2516; publicado en el Diario Oficial N° 219, Tomo N° 177, del 20 de noviembre de 1957.

¹⁸CODIFICACIÓN DE LAS LEYES PATRIAS, desde la Independencia hasta el año de 1875; Decreto Legislativo del 14 de febrero de 1879, publicado por Decreto Ejecutivo emitido por el Presidente Rafael Zaldivar, del 21 de febrero de 1879, Diario Oficial No. 50, Tomo 6, del 27 de febrero de 1879.

¹⁹“*Prisión por Deudas*”, Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador, 2 de abril de 1895; publicado en el Diario Oficial Num. 80; Tomo 38, del 4 de abril de 1895.

conciliando los derechos individuales con los intereses de la sociedad en general,”; según el Art. 1o. de este decreto, sólo los condenados por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que no tuvieran bienes propios, podían ser presos en la cárcel de deudores; estableciendo el Art. 2o., el monto de la pena de conformidad a la cuantía adeudada; así por ejemplo, el arresto era de un mes por cada cien pesos, sin exceder de un año. El Art. 4o. permitía el levantamiento de la prisión si el deudor era declarado insolvente sin culpa, quedando de conformidad al Art. 3o., a salvo el derecho del acreedor para exigir el pago de la deuda.

Sin embargo, la vigencia del anterior Decreto de Prisión por Deudas en nuestro país tuvo una duración muy corta, siendo derogada el 24 de marzo de 1896, mediante un Art. único, que rezaba así: *“Derógase en todas sus partes el Decreto Legislativo de cuatro de abril del año próximo pasado, que establece la prisión por deudas.”*²⁰.

No obstante haberse derogado en 1896 expresamente en la ley secundaria la prisión por deudas, su prohibición constitucional aparece por primera vez en El Salvador hasta la Constitución de 1939, bajo la fórmula siguiente: *“Art. 33.- Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas”*. En la Constitución de 1945, esta prohibición no fue regulada; pero se retoma en la Constitución de 1950 en el Inciso 2º del Art. 168 que decía: *“Se prohíbe la prisión por deudas...”*; bajo la anterior redacción y el mismo número de artículo aparece también en la Constitución de 1962. La prohibición de la prisión por deudas se regula en el Inc. 2º del Art. 27 de la Constitución de 1983, que dice: *“Se prohíbe la prisión por deudas...”*. Por lo tanto, en

²⁰*“Derogación de la Prisión por Deudas”*; Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador, emitido el 24 de marzo de 1896; publicado en el Diario Oficial Núm. 75; Tomo 40, del 27 de marzo de 1896.

seguida, se hace una reflexión sobre la importancia de esta prohibición constitucional en materia de detención preventiva, basados en el criterio de nuestra Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1.1.3.2.3 *Importancia de la prohibición constitucional de la prisión por deudas para la detención provisional en El Salvador*

La necesidad de elevar a rango constitucional la prohibición de la prisión por deudas surge de la similitud entre elementos de la tipificación de delitos de contenido patrimonial -Estafa, Apropriación o Retención Indevidas, Administración Fraudulenta, etc- y elementos de las obligaciones civiles y mercantiles, lo cual hace incurrir a algunos jueces y juezas penales en errores de apreciación a la hora de configurar esos tipos penales, y en consecuencia, también incurren en una mala utilización de la detención provisional, pues, al ser ocupada para satisfacer pretensiones civiles o mercantiles, su uso adquiere un fin ilegítimo²¹.

En la práctica forense salvadoreña no es extraño en nuestros días encontrar casos de personas restringidas de su libertad personal mediante la detención preventiva, por el incumplimiento de obligaciones civiles o mercantiles. La anterior situación ha motivado a nuestra Sala de lo

²¹ A propósito del inciso 2º del Art. 27 de la Constitución, la Sala de lo Constitucional dice: *“En relación con el término prisión dispuesto en la norma constitucional mencionada, éste no puede entenderse únicamente referido a sentencias condenatorias privativas de libertad, en este artículo, de manera genérica, prisión hace alusión a cualquier restricción del derecho de libertad física de la persona...De esta manera el elemento esencial que permite identificar que se está ejecutando una prisión por deudas gira en torno al hecho de existir una restricción de libertad física en perjuicio de una persona por un mero incumplimiento de obligación en el cual no ha existido ningún tipo de dolo de índole penal, ardid o engaño, para incumplir con ésta antes o después de la adquisición de tal obligación”* –Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad de la Ley Anti-maras, Ref. 52-2003 Ac.; de las 15 horas, del 1º de abril de 2004; publicada en el Diario Oficial No. 70; Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004.; pág. 310.

Constitucional, por vía de procesos de Hábeas Corpus, a ordenar la libertad de estas personas, debido a la violación de la prohibición constitucional de la prisión por deudas, regulada en el inciso 2º, del artículo 27 de la Constitución, y calificando el uso de la referida detención preventiva, y del proceso penal en general, de perseguir fines ilegítimos, pues, estos mecanismos legales no están al servicio de la satisfacción de pretensiones de carácter civil o mercantil. Así por ejemplo, en proceso de hábeas corpus en contra de detención provisional impuesta por el Juzgado 8º de lo Penal de San Salvador, una imputada a quien se atribuyó el delito de Estafa en perjuicio del Banco de Cooperativa de Responsabilidad Limitada de Capital Variable "BANCOFIT", fue favorecida debido a la violación de la prisión constitucional por deudas, expresando la resolución, en esencia lo siguiente:

“Que a fs. 15 del proceso penal consta que la señora N. se presentó al Banco en el mes de septiembre de 1996 a solicitar un crédito, el cual se le aprobó; pero el día 25 de octubre de 1997 el doctor P, apoderado de dicho Banco, interpuso la denuncia en contra de la favorecida. Que a fs. 15 y 52 consta la declaración del testigo A en la que afirma en la fecha en que ocurrieron los hechos no existía un Departamento Jurídico en la institución ofendida, por lo que le comunicaron a la señora N que tenía que ir a la oficina del Licenciado S a firmar la escritura que garantizaría el crédito. No obstante lo anterior a fs. 64 el testigo S, notario ante el que suscribiría el contrato, manifiesta que ante sus oficios nunca se realizó la escritura de Mutuo Hipotecario, que en ningún momento le entregaron la documentación para la realización de dicha escritura.”²².

²²Sentencia definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 121-98, de las 8:05 horas, del 22 de abril de 1998; consultada el 21 de junio de 2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador). El argumento central del presente caso dice: “Al respecto esta Sala es del criterio, que lo que se perfila en el proceso penal es la existencia de una obligación mercantil, que deberá ser requerida conforme a la legislación pertinente; por lo que la

En algunas Sentencias definitivas de procesos de Hábeas Corpus, la Sala de lo Constitucional ha considerado como garantía de la libertad física la prohibición de la prisión por deudas²³. Esta prisión por deudas se materializa cuando es utilizada cualquier clase de medida de restricción de la libertad física por hechos relacionados al incumplimiento de obligaciones civiles y mercantiles, pues dichas medidas solamente deben ser aplicadas en el proceso penal, en tanto en cuanto sea indispensable para la persecución de las infracciones punibles²⁴.

Existen casos donde la prohibición constitucional de la prisión por deudas es quebrantada por juezas o jueces penitenciarios, al no conceder los beneficios de libertad condicional o media pena, a quienes no han cancelado la responsabilidad civil, aún existiendo acreditaciones de la insolvencia económica del condenado²⁵.

medida adoptada por el referido Juez, viola el principio Constitucional contenido en el Art. 27 Cn. que prohíbe la prisión por deudas...

²³ Así por ejemplo, en el criterio jurisprudencial relacionado a continuación la Sala de lo Constitucional expresa: *"...es necesario reiterar, que no es competencia de esta Sala la valoración de los elementos de prueba agregados al proceso penal, pero sí es procedente determinar desde una perspectiva constitucional y reparar si así sucede, la inobservancia a la prohibición de limitar el derecho fundamental de la libertad física como consecuencia del incumplimiento de una deuda, sin que ello implique, por supuesto, que esta Sala acredite a partir de los hechos constatados en el proceso, la consecuencia o no de culpabilidad. (HÁBEAS CORPUS, ref. 63-2004 de las 12:20 del día 12/1/2005)"* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2007; pág. 2.

²⁴ Al respecto se relaciona esto: *"La prohibición de guardar prisión por deudas que se encuentra establecida en el art. 27 inciso 2° de la Constitución, la cual constituye una garantía normativa del derecho fundamental de libertad física; prohibición que esta Sala ha entendido como la mera imposibilidad de ejercer todo tipo de restricciones o privaciones a la libertad, como consecuencia de un proceso penal que ha sido iniciado para satisfacer una obligación de naturaleza civil o mercantil..."* Sentencia definitiva de Hábeas corpus; Ref. 296-2001 acum. 34-2002, de las 12:10 horas, del 14 de mayo de 2002. Consultada el 21 de junio de 2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

²⁵ En el sentido arriba dicho está la argumentación del hábeas corpus siguiente: *"-el- Juez de Primera Instancia de Sensuntepeque –ha tenido- falta de cuidado en sus actuaciones, ya*

1.1.3.2.4 Algunos datos históricos del Hábeas Corpus como medio de protección contra las detenciones ilegales

En Roma, el pretor²⁶ ordenaba la exhibición de la persona retenida por otra, quien podía estarla ocupando en sus propiedades como esclavo, no obstante considerarse un hombre libre²⁷. En Inglaterra, el Rey Juan Sin Tierra en 1215 promulgo la Carta Magna, en la cual es instituido un derecho ingles adelantado, dando a la libertad física y de circulación una preponderancia sin precedentes en su época. A partir de esa fecha, la protección del derecho de libertad se mantiene en el derecho ingles bajo la misma regulación jurídica expresada en aquella Carta Magna de 1215,

que, no obstante haber cumplido el reo condenado la mitad de la pena con lo cual podría haber sido beneficiado con la libertad condicional anticipada, éste le niega tal beneficio...Si el imputado en reiteradas ocasiones manifestó ser una persona de escasos recursos económicos debió evaluar su capacidad de pago para luego poder decidir acerca de la procedencia de abonos escalonados, pero no exigir el pago inmediato e íntegro de los mil quinientos colones, puesto que ello demuestra una actitud poco humanitaria con un excesivo celo a la ley,...La actitud anterior provoca una prisión por deudas que esta Sala ha reconocido en casos anteriores, verbigracia 580-98 del nueve de enero de mil novecientos noventa y nueve, en donde se dijo que: "...si bien es cierto la prisión formal no puede ser considerada como ilegal o arbitraria por haberse ceñido estrictamente a las disposiciones de la normativa derogada y la vigente en materia penal, no se puede seguir prolongando la pena principal que genera mayor privación de libertad porque únicamente no se ha cumplido con el pago de la responsabilidad civil..."—Sentencia definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 425-99, de las 15:50 horas, del 11/01/2000. Consultada el 22/06/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>. Relativo a la violación de la prohibición de la prisión por deudas en casos de detención provisional, se sugiere consultar también las Sentencias Definitivas de Hábeas Corpus siguientes: Ref. 280-98; de las 9 horas, del 21/07/1998; y Ref. 396-99, de las 14 horas, del 20/12/1999; las cuales pueden consultarse en la dirección electrónica antes relacionada.

²⁶En el Derecho Romano, el pretor fue el juez con jurisdicción –ver definición de Pretor en OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...*; ob. cit.

²⁷Así se explica en lo siguiente: “El más importante antecedente del hábeas corpus es, entonces, el interdicto exhibitorio *homine libero exhibendo* donde el pretor ordena a alguien la exhibición de determinada persona que se supone es libre y que el destinatario del interdicto retiene, posiblemente, en sus propiedades, haciéndolo trabajar como esclavo” FLORES DAPKEVICTUS, Ruben; *Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data. Incluye análisis de casos y normativas de derecho comparado*; 1ª edición; Editorial B de F Ltda.; Montevideo, Uruguay; 2004, pág. 43.

teniendo por tanto, transcendencia en el contenido del moderno proceso de hábeas corpus para remediar el daño jurídico a la libertad personal de los detenidos ilegalmente. En la anterior dirección, se relaciona la siguiente cita literal:

“La Carta Magna fue suscrita por Juan Sin Tierra en Inglaterra en el año de 1215...en este instrumento confirmado, 44 veces entre 1327 y 1442, el rey expresó: “Todos los hombres de nuestro reino” (...) “que hemos otorgado por Nos y para nuestros herederos artículo perpetuo, todas las libertades, para que las tengan y las posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos”.

El catálogo de derechos que instrumentó la Carta se refería principalmente a la libertad corporal y de circulación. De ahí su importancia para la afirmación del Hábeas Corpus, al debido proceso y a un adecuado servicio de justicia, entre otros”²⁸.

Sin embargo, en sentido estricto el Hábeas Corpus como medio jurídico para remediar las detenciones ilegales fue establecido en Inglaterra por Carlos II en 1679, mediante el Hábeas Corpus Amendment Act²⁹, el cual de

²⁸ ARAUJO SERPAS, Manuel Antonio, y otro; *“Análisis Comparativo de la Libertad Individual en El Salvador a la luz de la Normativa Penal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*; Tesis Maestría; Universidad de El Salvador, Facultad de Ciencias y Humanidades; Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz; 2008; págs. 56 y 57.

²⁹ En relación al Hábeas Corpus Amendment Act de 1679 y el Hábeas Corpus Act de 1816, se cita esto: *“Inglaterra creó el primer recurso legal contra las detenciones arbitrarias por medio de una ley de Carlos II en 1679. de acuerdo con lo establecido en la Carta Magna...Disponía entre otras cosas que: “Todos los Sheriffs, que conformaban el jurado para presentarle la querrela, carceleros y otros ministros, a quienes se presentará algún escrito de Hábeas Corpus, la obedecerán dentro de tres días, llevando al preso a la corte o juez, por quien ha sido expedido el escrito y calificando ante él las verdaderas causas de la detención y encarcelamiento, bajo la multa de cien libras por la primera contravención y por la segunda de doscientas y privación perpetua del empleo”...Sin embargo, no todos los detenidos eran amparados por esta Acta, habían ciertas excepciones en la misma. Pero fue en el siglo XIX con el Hábeas Corpus Act, 1816 cuando se tuteló plenamente el derecho de la libertad personal”* –ARAUJO SERPAS, Manuel Antonio, y otro; *“Análisis Comparativo de*

conformidad a su contenido ordenaba a sheriffs, carceleros, ministros, y a todo al que se presentará el Hábeas Corpus, su cumplimiento en tres días, teniendo su inobservancia como sanción distintas multas, pudiendo llegar hasta la destitución del cargo público. Pero es hasta 1816 con el Hábeas Corpus Act, que se regula plenamente la protección de la libertad personal sin ninguna distinción, y en términos de igualdad. Lo anterior puede reforzarse con lo siguiente:

“Encontramos el origen del hábeas corpus en las actas y el writ, que en Inglaterra garantizaba la libertad individual, permitiendo que no solamente el preso ilegalmente, sino cualquier persona puede acudir a la High Court of justice para que ordene la presentación del detenido por quien lo haya privado de su libertad, sea quien fuere el aprehensor.

El instituto fue reglado en la Carta Magna de 1215, en el acta de 1679, en el estatuto de 1816...”³⁰.

En Estados Unidos de Norteamérica, la declaración de su independencia de 1776 representa un avance significativo hacia el moderno derecho basado en el reconocimiento e irrestricto respeto de las libertades individuales para todas las personas, aportando a las bases del Hábeas Corpus como protector de la libertad física. Al respecto se escribe esto:

“La Declaración de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776)...afirma que los hombres poseen ciertos derechos inalienables: la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La función del gobierno consiste en preservar estos derechos naturales: si incumplen esta misión los gobernados tienen el derecho de sublevarse. En ese sentido la Carta de

la Libertad Individual en El Salvador a la luz de la Normativa Penal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Tesis maestría...; ob. cit.; págs. 59 y 60.

³⁰FLORES DAPKEVICTUS, Ruben; *Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data. Incluye análisis de casos y normativas de derecho comparado...*; ob. cit.; pág. 44.

*Derechos cuya primera cláusula proclama que “Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos de los cuales, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”*³¹

En Francia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 toma como base la libertad, la igualdad y la fraternidad, esta Declaración es insertada en la Constitución francesa de 1791, elevando a rango constitucional por primera vez en la historia jurídica los derechos y libertades individuales. La libertad es concebida en su sentido negativo, pues, se refiere a no perjudicar en el goce de los derechos a otros, sino es de conformidad con la ley. En 1793 se realiza una segunda Declaración, que extiende a la primera de 1789. Por lo tanto, este movimiento revolucionario nutre a las concepciones modernas del proceso de Hábeas Corpus, a través de la definición de los derechos y libertades declaradas, y por haberlos elevado a rango constitucional³².

³¹ ARAUJO SERPAS, Manuel Antonio, y otro; *“Análisis Comparativo de la Libertad Individual en El Salvador a la luz de la Normativa Penal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humano; Tesis maestría...; ob. cit.; págs. 64 y 65.*

³² Estas afirmaciones pueden complementarse con lo siguiente: *“La Revolución Francesa trae consigo que la Asamblea dicte el 26 de agosto de 1789 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano siendo promulgada en noviembre del mismo año en Paris, la cual es la expresión más precisa, más exacta y perfecta de la doctrina individualista, en la que la sociedad individualista se propone como fin la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, los cuales son en este contexto histórico la libertad, la seguridad y la propiedad...la libertad es concebida en la declaración en el artículo 4º como “el poder hacer todo aquello que no perjudique a otros (una definición negativa de la libertad ya que se define por sus límites)...Estos límites no pueden ser determinados sino por la ley...es notable...la incorporación a la Constitución Francesa de 1791...tal reconocimiento marca el inicio de la incorporación de los Derechos Humanos a nivel de Constitución. En 1793 se adoptó la “Segunda Declaración Francesa del Hombre y del Ciudadano”, la cual amplía el reconocimiento de los derechos y libertades de la primera...”* – ARAUJO SERPAS, Manuel Antonio, y otro; *“Análisis Comparativo de la Libertad Individual en El Salvador a la luz de la Normativa Penal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humano; Tesis maestría...; ob. cit.; págs. 68, 69 y 70.*

1.2 ***Historia de la detención provisional en el Derecho Procesal Penal salvadoreño***

1.2.1 *Constituciones de la República de El Salvador: 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y 1983*

-*Constitución del Estado del Salvador de 1824*³³. Esta Constitución regia El Salvador cuando nuestro país era un Estado federado de la República de Centroamérica; en relación a la detención estableció que ningún salvadoreño podía ser preso sin precedente sumario, y sin mandamiento del Juez que ordenara la prisión (Art. 62); pero una vez proveída la orden de prisión, ésta tenía que ejecutarse pues su desobediencia constituía un delito grave (Art. 63); además, su art. 65 autorizaba el arresto por particulares, del delincuente en flagrancia, quien debía ser entregado al Juez competente.

-*Constitución de 1841*³⁴. Desintegrada la República de Centroamérica, se promulgó esta Carta Magna, la cual estipuló en el Art. 8 la Suspensión de los derechos ciudadanos por auto motivado de prisión, en los delitos con pena más que correccional, entre otros motivos. Además, la garantía del juicio previo se regulaba en su Art. 76; el principio de legalidad y la garantía del Juez natural en su Art. 77; en el Art. 79 la proporcionalidad de las penas a la naturaleza y gravedad del delito. El Art. 80 reafirma el juzgamiento en materia civil y criminal por los tribunales previamente constituidos, y

³³*Constitución del Estado del Salvador de 1824*; Decretada y Sancionada por el Congreso Constituyente del Estado el día 12 de junio de 1824.

³⁴*Constitución de 1841*, Decretada y Sancionada por la Asamblea Constituyente el día 18 de febrero de 1841.

establece la abolición de los tribunales adhoc, por atentar contra el principio de igualdad de derechos y condiciones; el Art. 82 regula la prohibición de las detenciones ilegales, el derecho del detenido de ponerse a la orden del juez competente, y establece por primera vez el hábeas corpus como medio de protección de la libertad personal; el Art. 86 estipuló la caución pecuniaria como alternativa a la prisión, siempre y cuando lo permitiera la ley³⁵.

-*Constitución de 1864*³⁶. El Art. 10 es idéntico a la misma disposición contenida en su antecesora, la Constitución de 1841, sobre la suspensión de los derechos ciudadanos; reguló las garantías de legalidad, juicio previo, juez natural y *Non bis in idem* (no ser enjuiciado dos veces por la misma causa) en el art. 82. El Art. 89 prohibió las detenciones ilegales y el derecho del detenido a ser presentado con el juez competente para dictarle la exhibición personal o hábeas corpus; el Art. 96 estableció el derecho de sustituir la prisión por caución; asimismo introdujo la novedad en el Art. 99 tanto de la detención por el término de inquirir, por quien tuviera la facultad de arrestar, como de la detención en flagrancia; pero en materia de motivación de la detención provisional su principal exigencia, regulada en el Art. 100, fue documentar por escrito el auto para decretar esta medida

³⁵Un ejemplo en la ley secundaria de sustitución de la pena de prisión por caución pecuniaria fue la sanción de las conductas por predicar un culto distinto a la religión católica, delitos tipificados del Art. 135 y sigs., del Código Penal de 1859, que establecía en el inc. 2º, del mencionado Art. 135, lo siguiente: "*Serán castigados con pena de prisión correccional...: 1º. El que celebre actos públicos de un culto que no sea el de la Religión Católica, Apostólica, Romana...*" –CÓDIGO PENAL, en virtud del Decreto del General de División y Senador Encargado del S.P.E de la República del Salvador General Barrios; San Salvador, 28 de septiembre de 1859. (Dicho sea de paso, la pena de prisión correccional a que se refiere la anterior disposición relacionada, consistió en un encerramiento de seis a veinte meses, según el Art. 27 del Código Penal de 1859).

³⁶*Constitución de 1864*; Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el 19 de marzo de 1864; publicada en *EL CONSTITUCIONAL. Periódico Oficial del Gobierno*; Tomo I, Número 26, del jueves 14 de abril de 1864.

cautelar, el cual debía justificarse, al menos con semiplena prueba, en la comisión de un delito y la comprobación de la participación delincuencia.

-*Constitución de 1871*³⁷. No presentó en relación a su antecesora variaciones significativas en la motivación de la detención provisional; el Art. 10 mantiene el mismo contenido en cuanto a los motivos de la suspensión de los derechos ciudadanos; y el contenido del Art. 124, referido a la motivación de la detención provisional, es idéntico al Art.100 de la Constitución de 1864.

-*Constitución de 1872*³⁸. En esta Constitución la modificación consiste en el orden de sus partes generales, quedando en los primeros artículos la regulación de los derechos y libertades de los ciudadanos, teniendo el Art. 10, el mismo contenido que las dos Constituciones antecesoras; pero unifica en el Art. 41 las reglas de la detención, mencionando que debe existir orden escrita de conformidad con la ley, de autoridad competente, para la detención o prisión, así como regula la detención en flagrancia.

-*Constitución de 1880*³⁹. Mantiene el orden de las mismas secciones, se diferencia de forma leve con la de 1872 en el número de artículos; así la suspensión de los derechos del ciudadano por la detención provisional, aparece aquí en el Art. 8; las garantías de Audiencia y de *Non bis in idem*

³⁷ *Constitución de 1871*, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 16 de octubre de 1871.

³⁸ *Constitución de 1872*, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 9 de noviembre de 1872, publicada en el Boletín Oficial Num. 80 de 16 de noviembre de 1872.

³⁹ *Constitución de 1880*, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Constituyente el día 16 de febrero de 1880, publicada en el Diario Oficial Num. 46; Tomo 8, del 22 de febrero de 1880.

(no ser enjuiciado dos veces por la misma causa) en los artículos 22 y 23⁴⁰, respectivamente; y en el Art. 28 establece el principio de legalidad; el Art. 31 prohibía la prisión por delitos en los cuales se permitía caución; y el Art. 37 estipulaba que nadie podía ser preso ni detenido sino en virtud de orden escrita, dictada por autoridad competente, y de conformidad con la ley.

-*Constitución de 1883*⁴¹. Los artículos 18 y 19 regularon las garantías de Audiencia y el *Non bis in idem*, respectivamente, para ser la persona privada de libertad; el Art. 25 estableció el hábeas corpus contra la detención ilegal; regula la suspensión de la ciudadanía por mandamiento de prisión en el Art. 45. En esta Constitución se reguló por única vez en la historia de nuestro país una acción popular contra los Magistrados y Jueces en los casos de prevaricación, cohecho, irrespeto a las formalidades judiciales y la violación a las garantías constitucionales.

-*Constitución de la República del Salvador de 1886*⁴². Ésta es la Constitución paradigmática del siglo XIX. Reguló de igual manera las garantías relacionadas a la detención provisional, como la de Audiencia, *Non bis in idem* y legalidad, en sus artículos 18, 20 y 25, respectivamente; así mismo, reguló por primera vez la irretroactividad de las leyes, aplicada sólo a favor del imputado (Art. 24); la suspensión de la ciudadanía por prisión que

⁴⁰En esta Constitución aparece por primera vez la noción moderna del *Non bis in idem*, establecida en la Constitución vigente de 1983, en la última parte del inciso 1º, de su Art. 11. Sin embargo, esta garantía ya es claramente regulada en el Art. 82 de la Constitución de 1864; en el Art. 109 de la Constitución de 1871; y en el Art. 27 de la Constitución de 1872, bajo la fórmula “*dos veces por el mismo delito*”, y no “*dos veces por la misma causa*”, como se utiliza a partir de la Constitución de 1880.

⁴¹*Constitución de 1883*, Decretada, Sancionada y Proclamada por la Asamblea Constituyente el día 4 de diciembre de 1883, publicada en el Diario Oficial Num. 285; Tomo 15, del 8 de Diciembre de 1883.

⁴²*Constitución de la República del Salvador de 1886*, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 13 de agosto de 1886; publicada en el Diario Oficial Num. 185; Tomo 21, del 27 de Agosto de 1886.

no admite excarcelación garantida en el Art. 52 ordinal 1º; y el Art. 28 es similar al Art. 13 de la Constitución vigente en la actualidad de 1983, pero aún más avanzado, pues, limitó el término de inquirir en 48 horas, y no en 72 horas como establece esta última disposición; dentro de aquél término debía el Juez decretar la libertad o el arresto provisional.

-*Constitución de 1939*⁴³. Prohibió expresamente la prisión por deudas en el Art. 33; mantiene la esencia de las modernas reglas de detención en su Art. 43, las cuales se estudiarán más adelante. Sin embargo, en detrimento del Art. 28 de la Constitución de 1886, se modifica el término de inquirir para decretar la libertad o el arresto provisional hasta el máximo de seis días. Esta Constitución estableció en su Art. 91 la continuación en el poder del Presidente de la época, General Hernández Martínez, llegado mediante meses después del golpe militar del 2 de diciembre de 1931, contra el primer Presidente electo popularmente Ing. José Arturo Araujo.

-*Reformas de 1944 a la Constitución de 1939*⁴⁴. En relación a la detención provisional no varía con su antecesora de 1939. También buscó prorrogar una vez más la presidencia del General Maximiliano Hernández Martínez, reformando el Inc. 3º del Art. 90, que prohibía la reelección pero por única vez se volvería a elegir al mismo Presidente hasta el 31 de diciembre de 1949, debido a los efectos de la Segunda Guerra Mundial.

⁴³*Constitución Política de la República de El Salvador de 1939*, Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 20 de enero de 1939; publicada en el Diario Oficial Número 15; Tomo 126, del 20 de enero de 1939.

⁴⁴*Reformas de 1944 a la Constitución Política de la República de El Salvador de 1939*, emitidas por Decreto No.5, emitido por la Asamblea Nacional Constituyente, el 24 de febrero de 1944; publicado en el Diario Oficial Número 47; Tomo N° 136, del 26 de febrero de 1944.

-*Constitución de 1945*⁴⁵. Ésta reguló la legalidad en el Art. 25; la suspensión de la ciudadanía por auto de prisión, en el Art. 52 ordinal 1º; las garantías de Audiencia y *Non bis in idem* en el Art. 20; y la irretroactividad de las leyes a favor del reo en el Art. 37.

-*Constitución de 1950*⁴⁶ y *Constitución de 1962*⁴⁷. En materia de detención provisional no se diferencian. Así, ambas Constituciones contuvieron en el Art. 164 las garantías de Audiencia y *Non bis in idem*; en el Art. 166 estipularon las ordenes de detención o prisión de conformidad con la ley, la detención en flagrancia, y señalaron el término de inquirir en tres días, ordenando dentro de este plazo notificar al detenido el motivo de su detención, y decretar su libertad o detención provisional.

-*Constitución de 1983*⁴⁸. A la fecha es la Constitución vigente en nuestra República; reglamenta en el Art. 13 las diversas formas de detención, de la manera siguiente: el inciso 1º, exige a los facultados dictar las órdenes de detención conforme a la ley, y por escrito; además, autoriza a

⁴⁵ *Constitución de 1945*; Decreto N° 251 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 29 de noviembre de 1945; publicado en el Diario Oficial Número 262; Tomo N° 139, del 30 de noviembre de 1945. Esta Constitución en realidad pone en vigencia a la de 1886, con algunas variaciones introducidas; la Asamblea Nacional Constituyente de 1945 al respecto publicó un Manifiesto, cuyo 1º inciso decía: “*La Asamblea Nacional Constituyente, buscando la solución necesaria al grave problema constitucional que ha tenido preocupada a la opinión pública por varios meses, ha llegado a la definitiva conclusión de que es conveniente volver al régimen constitucional de 1886, dándole vida aquella Carta Magna...*” –Diario Oficial Número 262; Tomo N° 139, del 30 de noviembre de 1945; página 4046.

⁴⁶ *Constitución Política de El Salvador de 1950*; Decreto No. 14 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 7 de septiembre de 1950; publicado en el Diario Oficial Número 196; Tomo No. 149, del 8 de septiembre de 1950.

⁴⁷ *Constitución Política de El Salvador de 1962*; Decreto No. 6 de la Asamblea Constituyente, del día 8 de enero de 1962.

⁴⁸ *Constitución de 1983*; promulgada por Decreto Constituyente N° 38, del 15 de diciembre de 1983; publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983; con vigencia según su Art. 274 a partir del 20 de diciembre de 1983. Última reforma por Decreto Legislativo No. 36 del 27 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 102, Tomo 383 del 4 de junio de 2009.

los particulares detener al delincuente en flagrancia. El inciso 2º limita la detención administrativa a 72 horas, dentro de las cuales deberá ponerse al imputado a disposición de la o el juez competente. El 3º inciso ordena a la o el juzgador o tribunal inquirir en 72 horas para tomar la declaración indagatoria, notificar a la persona los motivos de su detención y decretar su libertad o detención provisional.

1.2.1.1 *Comentarios a las principales Constituciones relativas a la detención provisional en El Salvador: 1864, 1886, 1950 y 1983*

El avance de estas cuatro Constituciones se debe a la regulación de las garantías constitucionales a favor de la libertad física de los imputados. En ese sentido, la Constitución de 1864 es hasta la fecha la única que elevó a rango constitucional el deber de motivar el auto de prisión provisional, al menos en semi-plena prueba del delito y la participación delincuenciales (Art. 100). La Constitución de 1886, dispuso en su Art. 28 dictar la prisión provisional de conformidad con la ley, la cual debía ser por escrito; y en el término de inquirir de 48 horas el juez de instrucción tenía que decretar la libertad o el arresto provisional del indiciado; según su Art. 37 el amparo constituía el control difuso para proteger la libertad personal.

La Constitución de 1950, protegió en el Inc. 2º del Art. 164, la libertad personal mediante el hábeas corpus; y según el Art. 166, la detención o prisión debía ser de conformidad con la ley, decretada por escrito, y hacer comparecer ante autoridad competente al detenido; en el inciso 2º, del referido Art. 166, el término de inquirir se estableció en tres días, debiendo en dicho plazo notificar el tribunal al inculcado el motivo de la detención, recibir su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional.

En la Constitución vigente de 1983, las garantías constitucionales relacionadas a la detención provisional, entre otras, están comprendidas en el Art. 11, sobre el juicio previo; no ser enjuiciado dos veces por la misma causa (*Non bis in idem*); y el hábeas corpus (que protege en especial la libertad física, y las condiciones durante la detención del imputado y condenado en términos de integridad física, síquica, moral y dignidad). En el Art. 12 Inc. 1º regula la presunción de inocencia; y el inciso 2º, del mismo artículo, la obligación de informar al detenido las razones de la detención, sus derechos y prohibición de obligarlo a declarar, así como su defensa en los actos en su contra, administrativos y judiciales. El Art. 13 obliga en su Inc. 1º, dictar las órdenes de detención de conformidad a la ley, y por escrito. El inciso 2º de este artículo limita la detención administrativa a 72 horas, dentro del cual deberá ponerse a la orden del juez competente al imputado; y según el inciso 3º el o la juez penal debe notificar los motivos de la detención al inculcado, tomarle su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional, todo en el término de inquirir de 72 horas.

1.2.2 *Recopilación de las Leyes del Salvador desde la creación de la República hasta el 12 de Julio de 1854*

Esta Recopilación de leyes⁴⁹ sistematiza tres períodos de legislación salvadoreña, manteniendo vigencia hasta el 12 de julio de 1854; esto lo explica Isidro MENÉNDEZ, su compilador jurídico, de la manera expuesta a continuación: *“Nuestra legislación desde la independencia para acá se divide en tres épocas: 1ª Desde que se instaló la Asamblea Nacional Constituyente*

⁴⁹RECOPILACIÓN DE LAS LEYES DEL SALVADOR, EN CENTRO AMÉRICA; edición conmemorativa, Acuerdo Ejecutivo No. 1480; Ministerio del Interior, Ramo de Gobernación, San Salvador, El Salvador; 12 de julio de 1954.

*del Estado. 2ª Desde dicha fecha, hasta que desapareció la federación...y 3ª desde que desapareció la Federación hasta el día*⁵⁰.

Ahora bien, según el Art. 149 en relación con el Art. 8º (este último de la serie de artículos vigentes de la ley de las Cortes Españolas del 9 de octubre de 1812) de la presente Recopilación, los Alcaldes de los pueblos se encargaban en el proceso criminal de las primeras diligencias de instrucción contra el aprehendido, dejando dentro de las 48 horas, al imputado detenido, a la orden del Juez de 1ª instancia; esta función es tomada a partir del 9 de diciembre de 1854 por los Jueces de Paz. En relación a la motivación de la detención provisional, el Art. 180 exigía fundamentar las sentencias en el hecho, la ley, y la aplicación de la ley al hecho. Así mismo, el Art. 183⁵¹ ordenaba a la Corte Suprema de Justicia fundar sus resoluciones, que trajeran daño irreparable, en ley terminante.

1.2.3 Códigos de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de 1857

Estos Códigos⁵² constituían un único Cuerpo de Leyes, dividido en tres partes; la primera contenía el Código de Procedimientos Civiles; la segunda parte el Código de Procedimientos Criminales; y la tercera un conjunto de Fórmulas Judiciales para elaborar en los procesos de cada una de las dos

⁵⁰Ibidem; pág. 4.

⁵¹Este artículo se adelanta al último inciso del Art. 86, de la actual Constitución de 1983, en el sentido de limitar las facultades de los y las funcionarios a las expresamente señaladas por la ley; así como la responsabilidad personal de los y las funcionarios y subsidiaria del Estado, por daños morales y materiales, derivados de la violación de los derechos constitucionales (Art. 245 Constitución vigente); e indemnizar por daños morales (último inciso, Art. 2 Constitución vigente).

⁵²CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS Y FÓRMULAS JUDICIALES; Ob. cit.. Aquí se utiliza la edición conmemorativa, sin embargo, la edición original de estos Códigos entraron en vigencia en virtud de Decreto Ejecutivo del 20 de noviembre de 1857; publicado en la Gaceta del Salvador Núm. 60; Tomo VI, del 21 de noviembre de 1857.

anteriores materias, sus actas y resoluciones, para unificar la práctica judicial. Estos Códigos entraron en vigor en 1857. Por otra parte, de conformidad con el Art. 1015 de este Código de Procedimientos Criminales, los jueces de paz realizaban las primeras diligencias del proceso, remitiendo al juez de 1ª Instancia, en el tercer día, los resultados de la sustanciación; y según el Art. 1016 ordinal 8º, estas diligencias incluían: “*Mandar detener y aun reducir á prisión, conforme á la ley, á los que resulten culpables,...*”. En los artículos 1056 hasta el 1076, se distinguió entre *arresto provisional*, *arresto por pena correccional*, *prisión provisional* y *prisión permanente*; así, el Art. 1056 diferencia el *Arresto o detención* del *Arresto por pena correccional*, este último equivalente a la pena de prisión. El Art. 1057 definía la prisión como el acto por escrito, ordenado con motivo legal, por la autoridad competente, mediante el cual se mandaba a poner o permanecer en la cárcel pública al inculpado, mientras se procesaba por un delito; y el Art. 1060 reguló la facultad de las autoridades competentes para ordenar la detención de imputados; el Art. 1061 autorizaba a los particulares a detener delincuentes *in fraganti*, situación definida en el Art. 1063; dicha flagrancia subsistía hasta 24 horas, después de cometido el hecho; y según el Art. 1067, la detención por el término de inquirir tenía 48 horas, pudiendo ampliarse en 24 horas, por cada seis leguas de distancia de la residencia de los testigos que declaraban en la instrucción seguida por el Juez de Paz.

En cuanto a la prisión provisional, el Art. 1068 exigía decretarse por orden escrita de autoridad competente, con base a semiplena prueba sobre la existencia del delito y su autoría por el inculpado⁵³; en caso de

⁵³Esta disposición tuvo rango constitucional en virtud del Art. 100 de la Constitución de 1864, no obstante la limitación del sistema de prueba tasada o matemática, su contenido establece un principio de motivación de la detención provisional.

procedencia de la prisión provisional⁵⁴, el Art. 1070 mandaba al juez de paz emitir un auto bajo la fórmula siguiente: *“Pase al Juez de 1ª instancia de (tal parte) para los efectos de ley, poniendo á su disposición la persona ó personas del detenido ó detenidos, el cual ó los cuales se considerarán como provisionalmente presos”*. Una vez recibida la causa por el juez de 1ª Instancia, según el Art. 1075, éste debía interrogar al preso dentro de las 48 horas, decretando su libertad o la prisión permanente.

1.2.4 Código de Instrucción Criminal de 1863

El Art. 59 de este Código⁵⁵ facultó a las autoridades a detener o arrestar a quienes cometían falta o delito de acción pública; bajo la obligación de seguir la mínima instrucción contra el capturado, o ponerlo a disposición del juez competente, dentro de las 24 horas, informando los motivos de la detención, la cual debía basarse al menos en un testigo o una presunción grave. El Art. 60 reguló la detención en flagrancia por persona particular, quien debía poner al inculpado, de ser posible, inmediatamente a

⁵⁴Por ejemplo, en los casos de abusos de imprenta fue prohibido decretar la prisión provisional, en virtud del Art. 19 de la Ley 4 *“Sobre la Libertad de Imprenta”*, que decía: *“En los juicios por abusos de libertad de imprenta se prohíbe toda detención ó prisión preventiva”* -CODIFICACIÓN DE LAS LEYES PATRIAS; ob. cit.; Libro Segundo; pág. 42.

⁵⁵Este Código a pesar de constituir un cuerpo de leyes independiente fue editado en un sólo volumen denominado como *“Código de Procedimientos Civiles y Criminales”*, -Decreto del Gobierno para que se tenga como promulgado, emitido el 15 de enero de 1863; publicado en la Gaceta Oficial Núm. 5; Tomo 11, del 15 de enero de 1863. Lo anterior se refuerza con la cita siguiente: *“...En definitiva, lo que empezó como un proyecto de reformas fue presentado como un nuevo Código, en un solo volumen pero en dos cuerpos de leyes: Código de Procedimientos Civiles y Código de Instrucción Criminal. El Poder Ejecutivo lo declaró ley de la República por decreto de 12 de enero de 1863 y lo dio por promulgado mediante decreto del día 15 del mismo mes y año, ordenando que la fecha de promulgación fuera la de la Gaceta Oficial en que se publicara tal decreto, que lo fue la del mismo día 15. De tal código se hizo una segunda edición en el año de 1878 en la que se incorporaron las reformas decretadas hasta el mismo año.”* -MENDOZA ORANTES, Ricardo; *“Recopilación de Leyes Civiles. Constitución, Códigos: de Familia, Civil, Procedimientos Civiles, Ley Procesal de Familia; Leyes Notariales y Leyes Afines”*; 3ª edición; Editorial Jurídica Salvadoreña; San Salvador, El Salvador; febrero de 1995; pág. 445.

la orden del juez de paz o de 1ª Instancia, y sino a más tardar dentro de las 24 horas. Dichos artículos relacionados decían así:

“Art. 59.- Todas las autoridades tienen la facultad de detener o arrestar al que tuvieren noticia fundada en la declaración de un testigo al menos, o en presunción vehemente de que ha cometido alguna falta o delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio⁵⁶, con cargo de instruirle causa en el término de ley, o de ponerlo, dentro de veinticuatro horas fatales, ante su Juez competente, informándole sobre los motivos de la detención.

Art. 60.-Cualquier ciudadano podrá detener a los reos de falta o delito que dá lugar a procedimiento de oficio, cogidos in fraganti para presentarlo al juez de paz o de 1ª instancia, o a la autoridad o funcionario judicial más inmediato en el acto mismo, si fuere posible; y no siéndolo, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.”

No obstante la expresión extensiva “*Todas las autoridades*”, utilizada al inicio del Art. 59, arriba relacionado, del presente Código, según el inciso 1º del Art. 3 de la *Ley única de la Policía*, las autoridades obligadas para “*prevenir por todos los medios posibles la comisión de los delitos ó faltas...*” estaban delimitadas a “*...los Gobernadores, Jefes de distrito, Alcaldes, Inspectores de policía rural, Auxiliares de barrio, Comisionados de cantón y guardias civiles...*”; y según el último inciso del mismo artículo: “*Las demás autoridades de la República ejercerán accidentalmente las funciones de policía, siempre que se encuentre en el caso de prevenir un delito ó falta y en ausencia ó defecto de los mencionados en el inciso primero...*”⁵⁷.

⁵⁶En este Art. 59 del Código de Instrucción Criminal de 1863, aparece la importante variante que debía fundarse la noticia de la comisión de un delito o falta, que dieran lugar a procedimiento de oficio, en un testigo o presunción grave, lo cual implica un principio de libre apreciación de la prueba, pues, no sujeta la convicción judicial a una prueba tasada.

⁵⁷CODIFICACIÓN DE LAS LEYES PATRIAS...; Ob. cit.; Libro Séptimo; *De la Policía*; *Ley única*; pág. 165.

Además, el plazo permitido en la última parte del Art. 60, también transcrito arriba, acerca de la entrega del capturado por el particular dentro de las 24 horas posteriores a la captura, es una detención sui generis (fuera de lo común); y siendo una intervención prácticamente en época moderna puede considerarse vestigio de los sistemas basados en la venganza privada.

1.2.5 Código de Instrucción Criminal de la República del Salvador de 1882

Este Código de Instrucción Criminal⁵⁸, reguló en su Título IV, Capítulo 1º “*Del arresto provisional ó detención*”, artículos 76 hasta el 88, lo relativo a la detención del inculpado; en este sentido, se exigían presunciones graves para el arresto provisional (Art. 76); dicho arresto se permitía solamente en casos relacionados a la comisión de delitos, no así en casos por faltas (Art. 84); por otra parte, en el mismo Art. 76 se regulaba que si el inculpado era señalado de haber cometido los delitos de asesinato, hurto, robo, incendio o cualquier tipo de falsedad enumeradas en el Código Penal⁵⁹, bastaba cualquier tipo de presunción para decretar el arresto provisional; el Art. 77

⁵⁸CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR DE 1882; redactado en virtud de comisión DEL SUPREMO GOBIERNO; abril 3 de 1882; redactado por los señores Doctor Don José Trigueros y Licenciados Don Antonio Ruiz y Don Jacinto Castellanos; Nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año 1890; Del tercer Magistrado; San Salvador; Tipografía de Morazán; 1893.

⁵⁹El Código Penal de 1880, estipulaba, entre otras tantas, las falsedades siguientes: 1) *falsificación de sellos del Estado, de los Supremos Poderes*; 2) *demás sellos públicos*; 3) *de moneda*; 4) *de billetes de banco, documento de crédito, papel sellado, papel de telégrafos y correos*; 5) *de documentos públicos, oficiales y de comercio y de despachos telegráficos*; 6) *documentos privados*; 7) *pasaportes y certificados*; 8) *acusación o denuncia falsos*; etc – CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR; redactado á virtud de Comisión del Supremo Poder Ejecutivo, por los señores Doctor Don José Trigueros, Licenciados Don Antonio Ruiz y Don Jacinto Castellanos; nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año de 1890; San Salvador; Tipografía “La Luz” calle de Morazán; 1893.

facultaba a las autoridades a detener a una persona, presunta culpable de un delito, con la obligación de ponerlo a disposición del juez competente dentro de las 24 horas; los artículos 78 y 79 dieron las reglas de la detención en flagrancia. En el Capítulo 2º, siempre del referido Título IV, se reguló de los artículos 85 a 88 la prisión permanente, equivalente a la actual detención provisional; así, según el Art. 87 se exigían dos partes en el auto, una expresaba *“que ha lugar á poner ó permanecer el reo en prisión formal; y el embargo de bienes;* y la otra trataba el contenido del delito y su fundamentación.

1.2.6 *Código de Instrucción Criminal de la República de El Salvador de 1904*

En relación con el de 1882, este Código de Instrucción Criminal de 1904⁶⁰ no tiene cambios significativos en materia de arresto provisional; los artículos están corridos, pero los títulos y capítulos conservan las mismas denominaciones. El arresto provisional es regulado de los artículos 66 hasta el 74; así, el Art. 66 equivale al Art. 76 de 1882, sólo sustituye el nombre del delito de asesinato por el de homicidio.

La única variación de fondo de este Código, fue haberse incluido en el referido Art. 66 el delito de Usurpación⁶¹ para decretar el arresto provisional,

⁶⁰CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1904; Nueva edición que comprende todas las reformas decretadas hasta el año de 1904 inclusive; San Salvador; Tipografía Salvadoreña, 1904.

⁶¹Entre 1879 y 1891, se dictaron las leyes de la extinción de las tierras ejidales y comunales, en pro del cultivo del café, iniciando la Acumulación Originaria de Capital en El Salvador; por lo que, con seguridad, la prisión preventiva fue utilizada en este período para reprimir penalmente por medio del delito de Usurpación a los antiguos dueños de las tierras despojadas. Este hecho histórico se documenta en la cita literal siguiente: *“...La tierra se comenzó a considerar como propiedad de los cafetaleros...se establecían con miras a que produjera la mayor cantidad de café...Entre 1879 y 1881 se aprobó una serie de leyes cuyo*

esto último aplicado supletoriamente con el Art. 9 del Decreto del 4 de abril de 1887⁶²; que exigía como prueba para la comprobación del Delito de Usurpación el título debidamente inscrito de posesión o cualquiera de los derechos reales a favor del ofendido, o bien, la providencia judicial o administrativa ejecutoriada, por medio de las cuales se había condenado al reo en juicio de dominio, o en demanda de amparo se había resuelto el derecho de propiedad a favor del ofendido, de conformidad a las leyes del 5 de enero y 9 de febrero de 1884, respectivamente. También, relacionado con el delito de Usurpación, el Decreto del 24 de marzo de 1888⁶³ establecía un Art. único, según el cual si se decretaba el arresto provisional al imputado, debía el juez a petición de parte o de oficio, aplicar las medidas cautelares de embargo y depósito del inmueble usurpado, conforme al Art. 151 del Código de Instrucción Criminal de 1904.

En cuanto a la prisión permanente, equivalente a la detención provisional, se reguló de los artículos 75 a 89, teniendo las mismas exigencias del Código de Instrucción de 1882. La prisión permanente no era la regla general, en los casos por delitos no considerados graves, para los

primer fin fue la legislación de la naturaleza del uso de la tierra en los ejidos y tierras comunales de todo el país, cuando se comprendió la magnitud del problema, se originó la abolición de todos los sistemas de tenencia de la tierra común... –BROWNING, David G.; El Salvador La tierra y El Hombre; 1ª edición en castellano; Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación; San Salvador, El Salvador; 1975; págs. 269 y 280–. Dichas Leyes para la referida extinción de tierras fueron las siguientes: Ley de Extinción de Comunidades, del 23 de febrero de 1881; Ley de Extinción de Ejidos y Otras disposiciones relativas a la materia, del 11 de marzo de 1882; Nueva Ley de Extinción de Comunidades y su Reglamento, del 16 de abril y 21 de julio de 1891, respectivamente.

⁶²“*Declaratoria de Reos del Delito de Usurpación*”; Decreto de la Asamblea Nacional de la República, emitido el 4 de abril de 1887; ejecutado en virtud de orden ejecutiva del 14 de abril de 1887, publicada en el Diario Oficial Núm. 88; Tomo 22, del 18 de abril de 1887.

⁶³“*Adición de un Art. 10 al Decreto del 4 de abril de 1887*”; Decreto de la Asamblea Nacional de la República del Salvador; emitido el 24 de marzo de 1888; ejecutado en virtud de orden ejecutiva del 9 de abril de 1888; publicada en el Diario Oficial Núm. 83; Tomo 24, del 10 de abril de 1888.

cuales procedía la fianza de la haz⁶⁴, regulada del Art. 86 hasta el Art. 95; y de conformidad al Art. 430, “*de las sentencias*”, sino estaba comprobado el cuerpo del delito y la delincuencia del reo con prueba plena, y estuviere plenamente probada su irresponsabilidad, se absolvía, pero era puesto en libertad bajo fianza de la haz, y podía a juicio prudencial del Tribunal superior, indemnizarse conforme a la ley⁶⁵.

1.2.6.1 *Ley Represiva de Vagos y Maleantes de 1940*

El vigor de esta Ley⁶⁶ inicio a finales de julio de 1940, fundándose en las ideas de la defensa social, propias del derecho de enemigo, según su Art. 1º, que decía: “*Como medida de defensa social, los vagos y maleantes serán sometidos al régimen de seguridad y corrección establecido por la presente ley*”. Retoma el sentido extensivo y abierto de la Ley de Policía, contenida en el Libro Séptimo, de la CODIFICACIÓN DE LAS LEYES PATRIAS de 1879. Esta Ley de Vagos y Maleantes tuvo como sujetos los mayores de 18 años de edad, sin abarcar delitos y faltas (Art. 20); y según

⁶⁴Según el Art. 94 del Código de Instrucción Criminal de 1882, “*La fianza de la haz es el prometimiento solemne que una persona capaz de obligarse, hace de la seguridad del reo, sujetándose á presentarlo en juicio, siempre que se lo mande la autoridad competente.*”

⁶⁵Sin embargo, por Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa, del 23 de abril de 1904, se ordenó aplicar la detención preventiva a los Abogados, Escribanos y Procuradores, procesados por delitos relacionados al abuso del ejercicio de la profesión, estipulando en el Art. 1º lo siguiente: “*La Corte Suprema de Justicia, en los ocho primeros días de las sesiones ordinarias del Cuerpo Legislativo, hará remitir á la Secretaría del mismo un estado de las causas pendientes contra Abogados, Escribanos Públicos y Procuradores, por delitos cometidos en el ejercicio de su profesión u oficio...*”. Y en el Art. 3º decía: (Inciso 1º) “*Al aparecer semiplena prueba de uno ó varios delitos á los cuales se refiere la presente ley, con robustez moral suficiente, á juicio de la Corte Suprema ésta declarará al procesado suspenso, provisionalmente, en el ejercicio de la profesión u oficio...*” (inciso 2º) “*La mala fama del procesado, sus malos antecedentes conocidos y otras circunstancias semejantes, serán causa suficiente para decretar dicha detención provisional.*” -Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa del 23 de abril de 1904; publicado en el Diario Oficial Num. 109; Tomo 56, del 10 de mayo de 1904.

⁶⁶*Ley Represiva de Vagos y Maleantes*; Decreto Legislativo N° 27, del 18 de julio de 1940; publicado en el Diario Oficial N° 185, Tomo 129, del 20 de julio de 1940.

su Art. 4º las autoridades competentes para aplicarla fueron: “a) *El Director General de Policía; b) El Juez Especial de Policía; c) Los Alcaldes Municipales en sus respectivas jurisdicciones; d) Los Comandantes de Sección del Cuerpo de Seguridad...quienes se limitaran a instruir las diligencias y darán cuenta al Director General de Policía para la imposición de la pena correspondiente.*”. El Art. 2º definía 9 categorías de Vagos, entre las cuales se encontraban: “a) *Los que habitualmente y sin causa justificada, no ejerzan profesión u oficio lícito y que, por tanto, constituyan una amenaza para la sociedad...;d) Los que habitualmente transitan por las vías públicas, fomentando la ociosidad y otros vicios;...i) Los que se hagan pasar como estudiantes y no comprueben con la matricula...que hacen estudios...*”. Y el Art. 3º estipulaba 13 categorías de Maleantes, tales como: “a) *Los rufianes y alcahuetas de uno y otro sexo;...e) Los brujos..., adivinadores y todos los que por medio de artes ilícitas exploten la ignorancia y superstición...; h) Los que habitualmente y por lucro se presten para actuar en juicios como testigos, o servir como fiadores; i) Los pederastas reconocidos que acostumbren frecuentar las reuniones de menores...; k) Los ebrios consuetudinarios que con frecuencia sean vistos en las vías y lugares públicos y que, además, sean provocadores de riñas y escándalos...; 1) Los curanderos...*”

Según el Art. 8º de esta ley, se imponía como pena más grave la “*detención policial*”, con tres meses de duración, la cual se cumplía en las cárceles de la Dirección General de Policía, o bien en campamentos de Trabajo del Estado o Municipio (Art. 9º); se consideraban Campamentos de Trabajo las construcciones, u obras de mantenimiento, de carreteras, canalización, drenajes, etc. (Art. 10), esta disposición se relacionaba con el Art. 44 de la Constitución de 1939, el cual estipulaba: “*Nadie debe*

permanecer detenido o preso en otros lugares que los destinados al efecto por la ley. Sin embargo, el Estado podrá dedicar a los presos a trabajos públicos fuera de dichos lugares conforme a la ley.”. En el caso de las personas que cumplían los tres meses de detención policial, y no se dedicaban a trabajo lícito en 60 días después de liberados, la pena aumentaba a 6 meses (literal c. del Art. 8º). Según el Art. 5º, la autoridad correspondiente debía fundamentar la sentencia definitiva, en los siguientes elementos de convicción: a) la denuncia o el parte policial; b) dos testigos u otro medio de prueba; c) los antecedentes y el informativo de los medios de vida y conducta de la persona sindicada.

La laguna legal más grave de esta Ley fue su falta de plazos para retener a la persona sindicada, y para dictar la sentencia definitiva; por tanto, es procedente suponer que en estos casos se aplicaban supletoriamente los plazos señalados en el inciso 2º del artículo 43 de la Constitución de 1939, el cual establecía la notificación del motivo de la detención, recibimiento dentro de las 48 horas de indagatoria; y el término de inquirir de 6 días debía dictarse la libertad o arresto provisional.

1.2.6.2 *Ley de Estado Peligroso de 1953*

Esta Ley⁶⁷, derogó mediante su Art. 31 la anterior Ley de Vagos y Maleantes de 1940. En un inicio, el Art. 1 de la Ley del Estado Peligroso establecía la jurisdicción de estado peligroso a cargo de jueces de peligrosidad, nombrados por la Corte Suprema de Justicia bajo la categoría de Jueces de 1ª Instancia; pero con posterioridad se realizó una reforma

⁶⁷“*Ley de Estado Peligroso*”; Decreto Legislativo del 15 de mayo de 1953; publicado en el Diario Oficial No. 92, Tomo No. 159, del 25 de mayo de 1953; con última reforma publicada en el Diario Oficial No. 135, Tomo No. 200, del 19 de julio de 1963.

pasando esta jurisdicción a la competencia de los jueces de lo penal⁶⁸, debiendo estos jueces llevar un libro de registro de las personas las cuales ellos declaraban en estado peligroso (Art. 22).

La presente Ley del Estado Peligroso se aplicaba a mayores de 18 años de edad (Art. 2). El Art. 4 establecía 20 categorías de Estado peligroso, entre las cuales se encontraban: 1º) vagos habituales; 2º) mendigos habituales; 3º) ebrios y toxicómanos habituales; 4º) rufianes y proxenetes...; 10º) sujetos inclinados al delito; etc.

Las medidas de seguridad aplicadas dependían de la categoría de peligroso, y según el criterio prudencial del juez (Art. 13). El Art. 7 regulaba las siguientes medidas de seguridad: 1) Diversas modalidades de Detención, tales como: a) Internamiento por tiempo indeterminado en casa de trabajo, en colonias agrícolas, hospital psiquiátrico; en asilo o institución para alcohólicos y toxicómanos; b) Internamiento en casa de reforma, según el tiempo acordado por el juez; c) Destino por tiempo indeterminado, prestando trabajo en beneficio del Estado. Otras medidas de seguridad eran: 2) De observación (sin restricción de la libertad ambulatoria); 3) Eliminatorias – expulsión al extranjero-; 4) Patrimoniales, con multa máxima de 500 colones y mínima de 50 colones; 5) Prestación de Jornada de trabajo; y 6) Caución de buena conducta.

El juez podía ordenar la “retención” del presunto sujeto peligroso, pudiendo enviarlo, mientras se resolvía definitivamente su caso, a talleres de

⁶⁸La Competencia del estado peligroso se delegó a los jueces de lo penal por reforma a esta la Ley del Estado Peligroso, publicada en el Diario Oficial No. 133, Tomo 184, del 22 de julio de 1959.

algún Centro Penal o a una Colonia Agrícola (Art. 14), con separación de los peligrosos asegurados (Art. 8), y el Art. 32 inciso 2º, establecía que:

“La retención se cumplirá en los locales o centros destinados para estos efectos por el Ministerio de Justicia o en Centros penales de la República adecuado, procurando la separación entre los sujetos peligrosos y los reclusos de delitos”.

El procediendo contra el sujeto peligroso iniciaba con la *“formación del expediente pericial de peligrosidad”* y *“la práctica de la información sobre la vida del peligroso”* (Art. 8). El dictamen pericial, realizado por Médico, pedagogo o trabajador social, no era vinculante para el juez (Art. 11, último inciso); sin embargo, el Art. 6 de la misma Ley regulaba la necesidad de la práctica de esta prueba pericial para declarar el estado peligroso, la cual tenía la finalidad de examinar la personalidad, la conducta y las causas sociales de la peligrosidad del sujeto sindicado, para aplicarle el mejor tratamiento a través de una medida de seguridad.

En el expediente de peligrosidad intervenían un fiscal, el presunto peligroso, su representante legal o apoderado, o en su defecto un agente del Procurador General de Pobres. Según el Art. 13, el plazo establecido para emitir resolución razonada era de 30 a 120 días; en el caso de declararse el estado peligroso el juez debía aplicar una o varias medidas de seguridad, simultáneas o sucesivas, pudiendo revisarlas cada cierto tiempo, de oficio o a petición de parte (Art. 21), resolviendo: *“a) Variar las medidas impuestas; b) Darlas por terminadas; c) Declarar la libertad condicional del asegurado...; d) Decretar su libertad definitiva, y cancelar su inscripción en el respectivo registro; y c) Rehabilitarlo mediante resolución motivada y a petición del interesado.* La resolución del juez de lo penal admitía el recurso

de revisión para ante la “*Cámara de Segunda Instancia de lo criminal*” (Art. 15); ésta podía confirmar, reformar o revocar la resolución del juez a quo (Art. 17).

Reflexión. Esta Ley mejoró, hasta cierta manera, el respeto de las garantías constitucionales, en relación con la Ley de Policía del siglo XIX, y de la Ley Represiva de Vagos y Maleantes de 1940; pues, encargo a un juez de lo penal la jurisdicción de estado peligroso; permitió la libre apreciación de la prueba; el control de la actividad judicial del juez a quo, mediante recurso de revisión ante las Cámaras de Segunda Instancia de lo Criminal; estipuló plazos breves para dictar sentencia definitiva; y garantizó la contradicción, al intervenir el fiscal, el sujeto sindicado y su defensa.

Con todo, no obstante a las referidas mejoras, la Ley de Estado Peligroso fomentó un alto nivel de discrecionalidad de las autoridades competentes, debido a su sentido extensivo y la regulación de tipos abiertos, repercutiendo en la violación de la libertad ambulatoria, por medio de la figura de la retención, y la excesiva discrecionalidad judicial en la imposición de medidas; por otro lado, acorde a su ideología fascista, esta Ley pretendió prevenir daños hipotéticos derivados de situaciones de peligro, aplicando medidas para asegurar al sujeto peligroso⁶⁹; esta actividad rebasó en mucha mayor medida la acción represiva contra conductas tipificadas como delito,

⁶⁹El penalista argentino FONTAN BALESTRA, explica la naturaleza y fundamento de las medidas de seguridad, según la ideología fascista, en los términos siguientes: “...*Con los conceptos de peligrosidad y defensa social, resultó posible y lógica la aplicación de sanciones a los alienados... Surgieron así las llamadas medidas de seguridad, que según el criterio que se tenga de la pena, se distinguen o no de ella, en cuanto a su naturaleza... las medidas de seguridad destinadas a los imputables, su fundamento y medida estriba en la peligrosidad que, sumada a la culpabilidad, determina para estos sujetos una responsabilidad asegurativo-social...*” –FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Introducción y Parte General*; actualizado por Guillermo A. C. Ledesma; 1ª edición; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 1998; pág. 542.

las cuales de conformidad al principio de lesividad del bien jurídico, para analizar la intencionalidad del sujeto e imponerle una pena, requieren la producción de un daño concreto, lo cual es uno de los fundamentos de la prohibición de la responsabilidad objetiva⁷⁰.

1.2.7 Código Procesal Penal de 1973

Este Código⁷¹ reguló la detención provisional en el Art. 247, exigiendo para decretarla comprobar el cuerpo del delito y la participación delincinencial, bastando esta última en los delitos de: *“homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, estragos, hurto, robo, estafa, extorsión y actos de terrorismo.”*⁷²; además, según el Art. 250, en delitos con pena mínima de 3 años de prisión y cuando se acreditaba una posible causa de justificación, la regla general era la libertad provisional, pero el Art. 251, enumeraba en 6 ordinales las excepciones a esta regla. En la excarcelación la regla general era la caución patrimonial, y la excepción la caución juratoria (Art. 253). Con todo, por su naturaleza inquisitiva este Código permitió en la cultura jurídica salvadoreña el desarrollo del reglamentarismo-positivista de la detención provisional, estudiado más adelante⁷³.

⁷⁰La Lesividad del Bien Jurídico y la Responsabilidad, son principios rectores del Derecho Penal moderno, regulados en el Art. 3 y Art. 4, respectivamente, del Código Penal vigente. – Código Penal (con sus últimas reformas); Decreto Legislativo N° 1030, del 26 de abril de 1997; publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

⁷¹“Código Procesal Penal 1973”; Decreto Legislativo No. 450, del 11 de octubre de 1973; publicado en el Diario Oficial No. 208, Tomo 241, del 09 de noviembre de 1973.

⁷²Como puede verse, este Pr. Pn. 1974 ya no incluye el delito de Usurpación para decretar la detención provisional, aparecido en el Art. 66 del Código de Instrucción Criminal de 1904, arriba comentado, esto es una muestra palpable de que dicha medida cautelar fue usada con fines ilegítimos, pues, estuvo al servicio del aseguramiento de la Acumulación Originaria de Capital, realizada en el ocaso del siglo XIX y principios del XX en nuestro país.

⁷³En el Capítulo IV del presente trabajo, se estudian las dos principales corrientes jurídicas de la detención provisional, siendo estas: la reglamentarista-positivista, que promueve la aplicación de esta medida cautelar como regla general; y la excepcionalista, que exige la aplicación excepcional de dicha medida.

1.2.7.1 *Ley de Defensa y Garantía del Orden Público de 1977*

Con base a la doctrina de la Seguridad Nacional, que en esencia planteaba la búsqueda del enemigo comunista incluso en la población civil, los gobiernos militaristas de los 70's adoptaron, para contener la Guerra Civil en nuestro país, una serie de medidas políticas, militares y legislativas; ejemplo ilustrativo de esta clase de medidas fue la presente Ley especial⁷⁴, la cual en su artículo 1 estableció 18 hechos considerados delitos, como ejemplo, se mencionan los siguientes: "...4° Los que inciten o fomenten la rebelión o sedición;...14° Los que participen en alguna organización que sustente doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia, o que se inscriban como miembros de ella". Por su parte, el Art. 9 establecía la competencia en la aplicación de esta Ley de defensa y garantía del orden público, de las Cámaras de 1ª y 2ª Instancia de lo Penal, de la Primera Sección del Centro; conocía en Apelación la Sala de lo Penal, y en Casación la Corte en pleno. En materia de detención provisional, esta ley prohibía la excarcelación en todos los delitos por ella regulados (Art. 6); y según el Art. 15, sólo con la admisión de la denuncia se decretaba la detención por el término de Inquirir, y para decretar la detención provisional bastaba cualquier presunción sobre la participación delincuencia del imputado o imputados, no existiendo la apelación para dicha medida cautelar, de conformidad al Art. 18, esto último significó aplicar las reglas de cosa juzgada a la prisión preventiva, convirtiéndola automáticamente en pena anticipada⁷⁵.

⁷⁴"*Ley de Defensa y Garantía del Orden Público*"; Decreto Legislativo N° 407, del 24 de noviembre de 1977, publicado en el Diario Oficial N° 219, Tomo N° 257, del 25 de noviembre de 1977.

⁷⁵El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966), ya constituía a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley de Defensa y Garantía del Orden Público, ley de nuestra República, en virtud del Decreto Legislativo No. 27, del 23 de noviembre de 1979; publicado

1.2.7.2 *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado de 1996*

Con la firma de los Acuerdos de Paz el 16 de enero de 1992 dio inicio una prolongada fase de post-guerra. En el anterior contexto, y bajo la administración presidencial del gobierno arenero del Dr. Armando Calderón Sol, la Asamblea Legislativa decretó en 1996 esta Ley especial⁷⁶, la cual reguló en su Art. 14 dos modalidades para decretar la detención preventiva, la primera, basada sólo en la comprobación de la participación delincuenciales en los delitos referidos por la misma ley; y la segunda modalidad, donde el juez decretaba por escrito la detención provisional del reo ausente, para hacerse efectiva por la Policía, en aplicación supletoria del ordinal 3º del Art. 138 del Pr. Pn. 1974. En caso de reo presente, el o la juez penal debía realizar las diligencias extrajudiciales en un plazo no mayor de quince días. El referido Art. 14, y otra serie de artículos de esta Ley, fueron declarados inconstitucionales el 14 de febrero de 1997, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁷⁷.

en el Diario Oficial No. 218, de la misma fecha, por tanto, los Arts. 6, 15 y 18, de la referida Ley de Defensa..., cometió desacato a las obligaciones contraídas en aquél Pacto Internacional, en especial contra los párrafos 3 y 4 de su Art. 9, los cuales prohíben utilizar la prisión preventiva como regla general, y reconoce el derecho a recurrir ante un tribunal para revisar toda detención, respectivamente. Sin embargo, también aquéllas disposiciones relacionadas cometieron desacato contra el párrafo 6 del Art. 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ya era ley de El Salvador en virtud de Decreto Legislativo No. 5, del 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 113, del 19 del mismo mes y año-, que dice: "...*En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido...*", lo cual fue incumplido por el Art. 18 de esta Ley de Defensa y Garantía, al suprimir expresamente el recurso de apelación contra la detención provisional.

⁷⁶"*Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado*"; Decreto Legislativo N° 668 del 19 de marzo de 1996; publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, del 22 de marzo de 1996.

⁷⁷Las disposiciones declaradas inconstitucionales de esta ley fueron los incisos 2º y 4º del Art. 2; Arts. 4, 5, 12; inciso 1º del Art. 14; Arts. 15 y 22. Hubieron un total de 21 demandas

1.2.8 Código Procesal Penal de 1996

Este Código⁷⁸ fue concebido al inicio como un texto legal basado en la doctrina del garantismo penal, sin embargo, en detrimento de su original visión garantista se han promulgado más de trescientas contrarreformas; resultando de las contrarreformas de finales de 1999 y 2004, contenidas en el inciso 2º del Art. 294, la obligatoriedad de la detención provisional en 64 delitos, esto se estudia en el Capítulo VI del presente trabajo académico. Por otro lado, su entrada en vigencia fue el 20 de abril de 1998; regulando hasta la fecha de los artículos 285 al 307 las medidas cautelares penales.

Con respecto a los requisitos para decretar la detención provisional, se establece en los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996, la existencia del delito y la probable autoría o participación del imputado en el mismo (*fumus boni iuris*), así como los criterios del peligro de fuga del imputado (*periculum in mora*); la obstrucción en la investigación; la reiteración delictiva, la alarma social y la frecuencia de hechos análogos; todo lo cual es estudiado con detalle en el Capítulo IV de este trabajo.

Los artículos 294 y 295 tienen el logro de haber estipulado, por primera vez en la historia jurídica de El Salvador, las medidas alternativas o

de inconstitucionalidad interpuestas contra esta ley, las cuales se resolvieron en la sentencia definitiva de Inconstitucionalidad; Ref. 15-96 Acomulados; de las 15:00 horas, del 14 de febrero de 1997. El texto completo de esta sentencia puede consultarse en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; *Sentencia de Inconstitucionalidad de artículos 2 inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el Crimen Organizado*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; (Publicaciones Especiales, N° 23); San Salvador; El Salvador; 1997.

⁷⁸“Código Procesal Penal 1996”, Decreto Legislativo 904, del 4/12/1996; Diario Oficial N° 11, Tomo 334, del 20/1/1997; y según su Art. 455, entró con vigencia a partir del 20 de abril de 1998, por Decreto Legislativo N° 203, del 8/01/1998; Diario Oficial N° 5, Tomo 338, del 9/01/1998.

sustitutivas de la detención provisional, reguladas como un mecanismo para hacer efectiva la excepcionalidad de dicha medida cautelar, en concordancia con los Pactos y Convenciones Internacionales suscritos por nuestro país.

En materia de motivación de las resoluciones judiciales, este Código ha mejorado notablemente la exigencia de esta garantía, estableciendo en el inciso 3º del Art. 3 el deber de fundamentar las circunstancias que benefician y perjudican a la persona imputada; y el Art. 130 regula la obligación de los y las juzgadores de expresar en la fundamentación los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas; en relación a la motivación de la resolución cautelar mediante la cual se impone la detención preventiva, el Art. 285 reitera la obligación de fundamentarse; y el Art. 296, No. 3, especifica el deber de expresar los fundamentos de cada requisito por los cuales se decreta esta medida cautelar.

1.2.8.1 *Ley Anti-Maras de 2003*

Según su Art. 49, esta Ley Anti-Maras⁷⁹ tuvo una vigencia de 180 días; siendo declaradas inconstitucionales muchas de sus disposiciones, a un mes de caducar⁸⁰. El Art. 2 reguló como ámbito de aplicación de la presente ley a toda persona mayor de 12 años de edad, llegando incluso a establecer el procesamiento penal como adulto de los menores de edad, en los casos donde el equipo multidisciplinario, adscrito al juzgado de menores competente, determinara que el menor de edad tuviere un discernimiento de adulto (incisos 3º y 4º del Art. 2), esto jamás había sido planteado en

⁷⁹*Ley Anti-Maras*: Decreto Legislativo No. 158, del 9 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 188, Tomo 361, del 10 de octubre de 2003.

⁸⁰*Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad de la Ley Anti-maras*, Ref. 52-2003 Ac.; de las 15 horas, del 1º de abril de 2004; publicada en el Diario Oficial No. 70; Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004.

ninguna ley a lo largo de la historia jurídica de El Salvador. Los destinatarios de la ley anti-maras eran los integrantes de maras o pandillas, a quienes el Art. 6 sancionaba con dos a cinco años de prisión. En relación a las medidas de detención, esta ley facultó a la policía nacional civil para ejecutar distintas figuras de restricción de la libertad personal, regulando en el Inc. 1º del Art. 35 la detención preventiva policial por 24 horas, para presentar al capturado ante el juez de paz. La ley facultaba para ejercer la acción de acusación ante los tribunales al agente policial; al apoderado del Director de la policía; al Fiscal General de la República y sus auxiliares (Art. 30, en relación al Art. 35, último inciso). En el inciso 2º del Art. 35, reguló una retención policial hasta por 72 horas, con el fin de fichar al detenido y advertirle de su presentación voluntaria ante el juez de paz competente. Según el inciso 2º del Art. 39, en la misma audiencia oral de acusación debía el juez de paz imponer la sanción pertinente, de las enumeradas en el Art. 4; y la sentencia definitiva pronunciada admitía el recurso de revisión ante el juez de instrucción respectivo (Art. 33 en relación con el Art. 41); la decisión sobre esta revisión no admitía recurso alguno (Inciso 2º del Art. 41).

Por sus características, esta Ley se orientó en las mismas doctrinas de la ley de policía del siglo XIX, Ley de Vagos y Maleantes de 1940 y en la Ley del Estado Peligroso de 1953, las cuales tuvieron como base filosófica la criminología de la escuela positivista fundamentalista clásica, fundada por Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garofalo, constituyendo un derecho penal de enemigo⁸¹. En este último sentido, la presente ley anti-maras

⁸¹En la sentencia de inconstitucionalidad de la presente Ley anti-maras, la Sala dijo en una sus partes: *“...el principio de culpabilidad, como principio básico del Derecho Penal, también implica una contraposición al Derecho Penal de autor, pues deslegitima la punición de conductas sin el elemento subjetivo del delito; es decir, a partir de dicho principio ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión, por tanto, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es,*

recupera los mecanismos utilizados en dichas leyes, ya que otorgó a la policía amplias facultades para detener a las personas a su discreción. Además, esta Ley Anti-maras es la primera de una generación de leyes destinadas al combate de las maras o pandillas en El Salvador, la última de este grupo ha sido promulgada muy recientemente como *Ley de Proscripción de Maras o Pandillas*, la cual es incluida un poco más adelante. Toda esta generación de leyes contra las maras o pandillas, tienen una naturaleza jurídica antigarantista; enfocan la conducta delictiva en su forma exclusivamente antisocial y amoral; atacan a un sujeto o grupo de individuos teniendo como única consideración una sospechosa apariencia peligrosa⁸²; por tanto, es coherente bajo esos parámetros, que las leyes denominadas anti-maras, combate de grupos delincuenciales o proscripción de maras y pandillas, anulen el elemento subjetivo de la intención del autor para encuadrarse en la responsabilidad objetiva y la defensa social⁸³.

realizado con la conciencia y voluntad necesarias de una persona capaz de comprender y de querer producir un resultado dañoso.” –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 52-2003; 56-2008 y 57-2003 Ac.; publicada en el Diario Oficial No. 70, Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004; pág. 283.

⁸²Al respecto la Inconstitucionalidad de la Ley anti-maras dice: *“Por el contrario, el primer aspecto que resalta en un Derecho Penal antigarantista, es la concepción no formalista, sino antológica o sustancialista, de la desviación penalmente relevante; según esta concepción, el objeto de conocimiento y tratamiento penal no es solamente el delito, en cuanto formalmente previsto en la ley, sino la desviación criminal en cuanto inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente –no suficiente para justificar el castigo-, confiriéndole relevancia penal sólo en cuanto síntoma alarmante de la peligrosidad de su autor.”* –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 52-2003; 56-2008 y 57-2003 Ac.; publicada en el Diario Oficial No. 70, Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004; pág. 289.

⁸³Siempre de la inconstitucional de la presente ley, se cita lo siguiente: *“Los delitos en los que no se exige la intencionalidad del sujeto, pertenecen a un sistema sin culpabilidad, que se refleja en un ordenamiento penal primitivo informado por la responsabilidad penal objetiva, llegada, no al conocimiento y voluntad de la acción o del hecho delictivo, sino a un criterio de resultado. Este sistema, en puridad, es un ordenamiento que privilegia estructuralmente la función penal de la defensa social y que, por ello, descuida el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano teórico. Mediante estas figuras delictivas de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa, resultan debilitados también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan imputado y delito, junto con el resto de garantías procesales en materia de prueba y*

La presente Ley Anti-Maras tuvo como antecedente una serie de planes operativos de la policía nacional civil para allanar el camino de su aprobación legislativa, siendo el más significativo de todos ellos el plan mano dura del ex-presidente Francisco Flores del partido ARENA, quien lo anunció en una de las Colonias populares de nuestro país el 23 de julio de 2003, en medio de un fuerte operativo policial, con ropas y tono desafiante a las maras⁸⁴. Estas medidas en El Salvador contra las maras o pandillas constituyeron una serie de acciones conjuntas tomadas a nivel centroamericano, donde cada uno de los países al mismo tiempo aplicaron sus propios planes internos de combate a dichos grupos, llamado en Guatemala Plan Escoba, en Honduras Plan Libertad Azul y en Nicaragua Super Mano⁸⁵. Todas estas medidas policiales y legislativas han sido

defensa...”–Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 52-2003; 56-2008 y 57-2003 Ac.; publicada en el Diario Oficial No. 70, Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004; pág. 290.

⁸⁴Lo planteado arriba puede reforzarse con lo siguiente: “*Los vecinos aseguran no ser maltratados por los pandilleros. En la zona quedan pocos de estos personajes. La noche fría del 23 de julio de 2003, el entonces presidente Francisco Flores se colocó delante de un enorme grafito en la colonia Dina, al sur de San Salvador, y anunció el inicio de su plan Mano Dura. Más de 11 meses han pasado desde entonces. El grafito fue pintado de blanco y recubierto con propaganda de las pasadas elecciones.*” La Prensa Gráfica; La Dina, 11 meses de Mano Dura; noticia publicada el 1 de julio de 2004. Vista el 1/09/2010 en <http://www.elsalvador.org/Embajadas/eeuu/Prensa2.nsf/aac7d56ca8fd884b852563be00610639/f59eee36a5c0579085256ec40077b4df?OpenDocument>

⁸⁵Estos planes anti-maras a nivel centroamericano fueron difundidos en los medios de comunicación con sensacionalismo y en el marco de la cercanía de elecciones, al respecto se transcribe lo siguiente: “*Los planes antipandillas denominados Mano Dura, Súper Mano, el Plan Escoba o Libertad Azul, inspirados en la doctrina de cero tolerancia y la intensa campaña mediática gubernamental que los acompañó mostró el interés decidido de los estados de criminalizar y perseguir a estos grupos, bajo una clara intención política electoral. En este escenario, la retórica alarmista adoptada en el discurso oficial, señalaba a las pandillas como los principales perpetradores de la delincuencia y criminalidad en cada uno de los países, adjudicándoles la responsabilidad de más del 50 por ciento de los delitos. Aun y cuando ese dato no se ha podido confirmar debido en algunos casos a la precariedad de las cifras existentes y en otros a la inexistencia de estadísticas oficiales que desagreguen el nivel de responsabilidad penal, algunos funcionarios gubernamentales continúan sosteniendo sin evidencia empírica este argumento (Rosales, 2004; Portillo, 2005; El Periódico, 2006). Aunque no hay un estudio particular que profundice en el impacto que este tipo de medidas han tenido en la estabilidad democrática y la gobernabilidad de la región, las evidencias encontradas en este y otros ensayos previos (Aguilar y Miranda, 2006, Aguilar, 2006, Cruz y Carranza, 2005), apuntan a señalar el efecto adverso y*

enmarcadas por sus críticos dentro de un populismo penal, destinado a encubrir las causas sociales, económicas y políticas del grave problema de las maras o pandillas en la región.

1.2.8.2 *Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales de 2004*

Esta Ley⁸⁶ derogó en virtud de su Art. 36 la Ley Anti-Maras, pero constituye la continuación de la política criminal basada en las ideas de la peligrosidad, retomada por el ex-presidente Antonio Saca del partido ARENA, a través del Plan Súper Mano Dura; en consecuencia, su orientación doctrinaria, contenido y propósitos están caracterizados por los mismos elementos de la referida Ley Anti-Maras.

Según su Art. 37, esta ley tuvo una vigencia de 90 días; el Art. 31 reguló la habilitación de los menores entre 12 y 18 años de edad, previa evaluación de su discernimiento, para procesarlos como adultos, en los términos del Pn. y Pr. Pn. 1996. La penalidad por pertenencia a maras o pandillas, según su Art. 4, tenía un máximo de 6 años de prisión. En relación a la detención provisional el Art. 19 prohibió aplicar medidas alternativas y sustitutivas a la misma, volviendo obligatoria su imposición. El Art. 20 mandó a la o el juez penal valorar el parte policial como prueba documental, en el cual se podían basar las resoluciones judiciales tomadas.

contraproducente de las políticas de mano dura en la región. –AGUILAR, Jeannette; “Las maras o pandillas juveniles en el triángulo norte de Centroamérica. Mitos y realidades sobre las pandillas y sus vínculos con el crimen.”; Ensayo consultado el 1º de octubre de 2010 en http://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/2sesion_especial/IUDOP/Las%20maras%20o%20pandillas%20juveniles%20en%20el%20tri%C3%A1ngulo%20norte%20de%20Centroam%C3%A9rica....pdf (página web oficial del Instituto de Opinión Pública de la UCA, IUDOP).

⁸⁶“*Ley para el Combate de las Actividades Delincuenciales de Grupos o Asociaciones Ilícitas Especiales*”, Decreto Legislativo N° 305, del 1º de abril de 2004; publicado en el Diario Oficial N° 65, Tomo 363, del 2 de abril de 2004.

1.2.8.3 *Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja de 2007*

Esta Ley⁸⁷ y su complemento, el Decreto de Creación de los Juzgados y Tribunales Especializados⁸⁸, mantienen su vigencia hasta la fecha. Dicha Ley considera como delitos de realización compleja los siguientes: Homicidio simple o agravado; Secuestro y Extorsión (Art. 1, inciso 4º); y ordena en su Art. 17 poner a los imputados detenidos, de conformidad con esta Ley, dentro de las 72 horas a disposición del Juez Especializado de Instrucción, quien celebrará en el mismo término, a solicitud de la Fiscalía, una audiencia especial de imposición de medidas cautelares⁸⁹. De la resolución judicial del juez especializado de instrucción con respecto a la detención provisional, puede interponerse el recurso de apelación con efecto suspensivo ante la Cámara Especializada de lo Penal respectiva (Art. 19 Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, en relación con los artículos 304, inciso 1º; y 411 Pr. Pn. 1996 –artículos 311, inciso 1º y 457 Pr. Pn. 2008). Según el Art. 20, la motivación de la prisión preventiva es realizada de conformidad al Código Procesal Penal⁹⁰.

⁸⁷“*Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*”; Decreto Legislativo N° 190, del 20 de diciembre de 2006; publicado en el Diario Oficial N° 13, Tomo 374, del 22 de enero de 2007.

⁸⁸“*Creación de los Juzgados y Tribunales Especializados Conforme a Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja*”; Decreto Legislativo N° 246, del 23 de febrero de 2007; publicado en el Diario Oficial N° 43, Tomo 374, del 5 de marzo de 2007.

⁸⁹En estos casos la Fiscalía por lo general siempre solicita como medida cautelar la detención preventiva, y los tres Jueces Especializados de Instrucción, creados en virtud del artículo 2 del Decreto de Creación de los Juzgados y Tribunales Especializados, también casi siempre la decretan.

⁹⁰La expectativa creada por el discurso oficial con la implementación de esta Ley Contra el Crimen Organizado, prometió la solución al grave problema de criminalidad en nuestro país, pidiendo el ex-presidente Antonio Saca el nombramiento de jueces valientes, entregados para realizar este trabajo arriesgado, es así como dichos funcionarios judiciales fueron llamados por el periodismo “Jueces Blindados”; en relación a esto último se transcribe lo siguiente: “*La Corte Suprema de Justicia (CSJ) tiene un mes para nombrar a los nuevos*

1.2.9 Código Procesal Penal de 2008

El presente Código⁹¹ sustituirá el actual Pr. Pn. 1996, y entrará en vigor el 1º de enero de 2011⁹². Ahora bien, este texto legal regula las medidas cautelares penales de los Arts. 320 al 344; y la detención provisional sigue basándose en las ideas de la peligrosidad, estipulando en sus Arts. 329 y 330 (Arts. 292 y 293 Pr. Pn. 1996), los requisitos para decretarla, es decir, la comprobación de la existencia del delito y la probable autoría o participación del imputado (*fumus boni iuris*), -No. 1 del Art. 329-; los criterios del peligro de fuga (*periculum in mora*) -No. 2 del Art. 329 y Nos. 1, 2 y 5 del Art. 330-; obstrucción en la investigación -No. 3 del Art. 330-; y la reiteración delictiva -No. 4 del Art. 330-. El Inc. 2º del Art. 331 vuelve a prohibir la sustitución de la detención provisional en los mismos 64 delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, añadiendo el delito de Desordenes públicos; esta última disposición se viene a incorporar al marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador, tema tratado en el Capítulo VI de esta investigación académica.

especializados o "blindados", y la Asamblea Legislativa para plasmarlo en la Ley Orgánica Judicial, después que el Presidente Elías Antonio Saca firmara ayer la Ley Contra el Crimen Organizado. Ahora sólo queda que el decreto se publique en el Diario Oficial, pero será letra muerta si no están a tiempo los funcionarios que juzgarán, de manera "expedita" según dijo Saca, delitos graves tales como homicidios horribles o masacres, secuestros y extorsiones. De hecho, el presidente sancionó el documento en el mismo sitio en que el 2 de junio del año anterior fueron asesinados tres niños y una embarazada por pandilleros, en el Plan de La Laguna, en Antiguo Cuscatlán. Dos de las víctimas eran testigos de procesos judiciales. –El Diario de Hoy; “Sólo falta nombrar a los jueces blindados. Requisito. El Presidente pidió que se seleccione a funcionarios "valientes" Como último paso, la Asamblea aún tiene que reformar la Ley Orgánica Judicial”; noticia publicada el 2 de enero de 2007. Consultada el 1º de octubre de 2010, en la página web de [elsalvador.com](http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=2913&idArt=1099073) en http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=2913&idArt=1099073

⁹¹“Código Procesal Penal 2008”, Decreto Legislativo 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009.

⁹²“Prórroga del Código Procesal Penal 2008, hasta el 1º de enero del 2011; Decreto Legislativo No. 472, del 22 de septiembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 183, Tomo 389, del 1 de octubre de 2010.

1.2.9.1 *Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal de 2010*

Esta nueva ley contra maras⁹³ fue el resultado de la iniciativa del actual presidente Mauricio Funes del partido FMLN, por medio de su ministro de Justicia y Seguridad Pública, e impulsada por su vice-ministro del mismo ramo Licenciado Henry Campos, quienes realizaron una consulta a sectores representativos de jueces, políticos, gremiales empresariales, etc.⁹⁴.

La Ley de Proscripción de Maras consta de 11 artículos, y según su Art. 1, en relación con el Art. 2, por decreto pretende proscribir la existencia de maras, pandillas, organizaciones y asociaciones criminales, mediante su declaratoria de ilegalidad. El Art. 3 dobla la inhabilitación de las personas naturales destinatarias de la presente ley, para formar parte de partidos políticos, sociedades anónimas o de cualquier persona jurídica; ejercer cargos de elección popular; ser funcionario o agente de seguridad pública, o

⁹³*“Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”*; Decreto Legislativo No. 458, del 1º de septiembre de 2010; publicado en el Diario Oficial No. 169; Tomo N° 388, del 10 de septiembre de 2010.

⁹⁴Sin embargo, la consulta se dirigió en especial a aquellos sectores con posibilidades de obstaculizar la eficacia de esta ley; esto lo dejan entrever algunas organizaciones no gubernamentales en lo siguiente: *“El gobierno actual reconoció inicialmente la ineficacia de las leyes y los planes de corte exclusivamente represivo, los que consideró una “herencia” deplorable y el punto de partida para un verdadero “cambio”. Pese a eso, el presidente de la República, Mauricio Funes Cartagena –ante la justificada presión social por la gravedad de la situación– de manera impulsiva y populista ha presentado un anteproyecto de Ley de Proscripción de Pandillas o Maras y Grupos de Exterminio, junto a una propuesta de reforma al artículo 345 del Código Penal, con el cual actualmente se castiga las agrupaciones ilícitas. El gobierno central ha intentado legitimar sus iniciativas mediante la “consulta” a diversos sectores. En dicho marco, la sociedad civil organizada fue la última en ser convocada a un espacio limitado de participación, poco representativo y con una exposición ligera de las propuestas, sin posibilidades de que los aportes brindados sean tomados en cuenta.”* –Comunicado de varias organizaciones de la Sociedad Civil, publicado el 13 de julio de 2010 en Woodrow Wilson International Center for Scholars Latin American Program. Consultado el 2 de octubre de 2010 en su sitio web oficial <http://scela.wordpress.com/2010/07/13/el-salvador-pronunciamiento-frente-al-anteproyecto-de-ley-de-proscripcion-de-pandillas-o-maras-y-gupos-de-extermio-y/>

agente de seguridad privada, etc.; esta regulación se torna curiosa, pues, en la práctica significa aceptar un nivel elevado de infiltración alcanzado por los grupos delincuenciales en las instituciones públicas y privadas.

Los artículos 5, 6 y 7 de la presente Ley de Proscripción, establece las reglas para las medidas cautelares penales tales como: decomiso, incautación, secuestro, embargo preventivo, inmovilización de cuentas bancarias, comiso. El Art. 8, sin necesidad, reafirma la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, en la investigación y solicitud de medidas cautelares necesarias. El Art. 10 ordena la creación de una ley especial para establecer las condiciones de retiro, deserción y rehabilitación de los integrantes de los grupos criminalizados⁹⁵.

1.3 ***A manera de conclusión***

Toda la experiencia histórica demuestra que la detención provisional es una institución central en los sistemas penales de cualquier época; su utilización a respondido tanto a fines procesales como punitivos; sin embargo, en la historia del derecho procesal penal salvadoreño, la detención provisional se ha aplicado como pena anticipada, pues, su regulación jurídica ha establecido fines propios de la pena de prisión para esta medida cautelar; y en el presente regula la obligatoriedad de su imposición en 65 delitos.

⁹⁵En relación a la detención provisional, la Ley no dedica ninguna clase de disposición, ni tampoco establece el principio de supletoriedad con el resto de leyes penales, lo cual indica su mala técnica legislativa, además, junto a la presente ley el ejecutivo promovió ante el legislativo la inclusión del Art. 347-A al Código Penal, creando el delito de *“Provisión de armas, municiones, explosivos y artículos similares a las agrupaciones ilícitas o crimen organizado”*; *“Intercalase el delito 347-A al Código Penal”*; Decreto legislativo No 464, del 9 de septiembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 183, Tomo No. 389, del 1º de octubre de 2010.

CAPITULO II

TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para profundizar en el análisis jurídico-penal de la detención preventiva es indispensable recurrir a la teoría general de las medidas cautelares, que estudia sistemáticamente los diversos institutos utilizados para el aseguramiento de la eficacia práctica de una eventual sentencia condenatoria. Los fundamentos de la naturaleza jurídica, características, presupuestos y fines legítimos de la detención provisional, tienen su origen en la referida teoría de las medidas cautelares; por tanto, asimilar sus postulados, y sus aplicaciones penales, contribuirá a la construcción de los resultados esperados de la presente investigación académica.

2.1 Objeto de estudio de la teoría general de las medidas cautelares de acuerdo a las principales corrientes doctrinarias

En el enfoque de la teoría general de las medidas cautelares existen tres principales corrientes doctrinarias, teniendo cada una de ellas su propio criterio acerca de cuál es el auténtico objeto de estudio de esta teoría, y las mismas se agrupan de acuerdo a los siguientes temas: la *Acción Cautelar*, el *Proceso Cautelar* y la *Providencia Cautelar*. En la primera posición se encuentran quienes miran en la acción impulsada por el solicitante de la medida una acción cautelar, con la pretensión de beneficiarse de sus efectos. En el segundo se agrupan los expositores concentrados en estudiar el proceso cautelar para decidir la adopción de dichas medidas, el cual es un proceso conexo al principal. Y en la tercera posición están los teóricos que sistematizan su estudio a partir de las características de la resolución judicial

mediante la cual se impone la medida cautelar. Esas afirmaciones se documentan en la siguiente cita:

*“... la doctrina ha tratado de estudiarlas formando una categoría sistemática, bien bajo el perfil de la acción (acción asegurativa o cautelar) que se dirige a la emanación de una de estas providencias, bien bajo el perfil del proceso (proceso cautelar), a través del cual se construye una de estas providencias, o bien finalmente, bajo el perfil de la providencia en sí misma (providencia cautelar), que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales.”*⁹⁶

2.1.1 Acción Cautelar

Según la doctrina, Acción⁹⁷ es un poder para requerir del Órgano judicial una resolución conforme a las leyes y la Constitución, sobre todas las peticiones debidamente formuladas⁹⁸, de conformidad a su potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir, de su jurisdicción⁹⁹, por tanto, en

⁹⁶CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*; prólogo de Eduardo J. COUTURE; traducción al castellano de la 1ª edición italiana de 1935 por Marino Ayerra Merín; Librería “El Foro” S.A.; Buenos Aires, Argentina; 1996; pág. 31.

⁹⁷El Art. 124 de nuestro Código de Procedimientos Civiles –Código de Procedimientos Civiles (con sus últimas reformas); Decreto Ejecutivo del 31/12/1881; Diario Oficial No. 1, Tomo 12, del 1º de enero de 1882; derogado por el Art. 705 del Código Procesal Civil y Mercantil-, definió este concepto así: “Acción es el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe.”; de esta manera se confundía en especial la Acción con la Pretensión, y dicha definición se refería sólo a las Acciones de Condena; además, de identificar la Acción con los medios para impulsar el proceso, tales como la Demanda, la Denuncia y la Acusación.

⁹⁸Ver definición de Acción en OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...*; ob. cit.

⁹⁹La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado son las dos expresiones concretas de la jurisdicción, según la siguiente opinión doctrinal: “La función jurisdiccional consiste, según se desprende de los arts. 117.3 CE y del 2.1 de la LOPJ en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ello pudiera hacer pensar que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado) –BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares*; Cuadernos de Derecho Judicial; 1ª edición; Consejo General del Poder Judicial; Madrid, España; 1993; pág. 13. El anterior criterio doctrinario expresado,

análogo sentido a esta acción principal se habla de la acción cautelar como objeto de estudio de la teoría de las medidas cautelares. En Colombia, por ejemplo, esta concepción obtuvo asidero legal, tal como dice lo siguiente:

“En lo que respecta a Colombia, las cautelares han sido vistas y reguladas de diferentes maneras: en el Código de 1872 se utilizó las nomenclaturas de “acciones del demandante”...incluyendo...el arraigo del demandado,...el deposito o secuestro,...la acción exhibitoria,...el asentamiento,...la prueba en rebeldía,... “la suspensión”,...”¹⁰⁰

2.1.2 Proceso Cautelar

Las etapas esenciales del proceso cautelar clásico están invertidas en relación al proceso principal, pues, mientras este último divide su estructura en Demanda, Emplazamiento, Contestación de la Demanda, Prueba, Sentencia y Ejecución de la Sentencia¹⁰¹, el orden del proceso cautelar

informa el Inciso 1º del Art. 172 de nuestra Constitución; y es adoptado también por nuestra Sala de lo Constitucional en la Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, ref. 46-2003, de las 9:00 horas, del día 14/04/2005; y en la Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, ref. 19-2006, de las 9:00 horas, del día 8/12/2006.

¹⁰⁰QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares. Comentarios a la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*; 2ª edición; Okey e Impresores; Santa Fe de Bogotá; Colombia; 1991; pág. 12. Empero, este autor estudia en su teoría de las medidas cautelares el proceso cautelar, como se mira más adelante.

¹⁰¹Nuestro recién derogado Código de Procedimientos Civiles de 1881, reguló estas etapas en su Art. 190 así: *“las partes principales del juicio son: demanda, citación o emplazamiento, contestación, prueba y sentencia”*, y la etapa de la ejecución de la sentencia se estableció por separado en el *“Capítulo V, De las Providencias Judiciales y de su Ejecución”*, del Art. 417 y s.s. En el Código Procesal Civil y Mercantil, vigente a partir del 1º de julio del corriente año 2010, la Ejecución Forzada de las Sentencias, y de otra clase de títulos, se regula en el Libro Quinto *La Ejecución Forzada*, Art. 551 y s.s.; en este Código, siguiendo la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, divide el proceso declarativo en proceso común -Art. 239 y s.s.; y proceso abreviado, Art. 418 y s.s., teniendo para cada uno las mismas fases esenciales del proceso principal –Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Legislativo No. 712, del 18/9/2008; Diario Oficial No. 224, Tomo 381, de fecha 27/11/2008; prórroga de su vigencia hasta el 1º de julio de 2010, por Decreto Legislativo No. 220, del 21/12/2009; Diario Oficial No. 241, Tomo 385, del 23/12/2009.

clásico está formado por la Acción, Pretensión, Decisión, Ejecución y Contradicción. Lo anterior puede reforzarse con la siguiente cita literal:

“El proceso, en general, constituye una actividad (lugar, tiempo y forma) y además un procedimiento en donde la secuencia (acción, pretensión, contradicción, decisión y ejecución) se encuentra invertida (acción, pretensión, decisión, ejecución y contradicción)¹⁰² que no impide su realización total como corresponde a todo proceso”¹⁰³

Además otro sector de la doctrina mira el proceso cautelar gozando de cierta autonomía, aunque mantenga su condición de instrumentalidad con el proceso principal, pues tiene una pretensión procesal independiente, así como criterios especiales de competencia y normas propias¹⁰⁴, en ese sentido para dichos teóricos el objeto de estudio de la teoría de las medidas cautelares es este proceso cautelar; como ejemplo tenemos la tratadista española Dra. Silvia BARONA VILAR, quien expone lo siguiente:

“...la actividad jurisdiccional cautelar como proceso, diferente del proceso de declaración y del de ejecución, aunque se halle en esa situación

¹⁰²No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, no regula el proceso cautelar en ese orden, ya que la regla general es la audiencia a la parte contraria (Art. 733, No 1), y la regla excepcional la imposición sin audiencia previa (Art. 733, No. 2), por tanto, la contradicción, realizada en una *“Vista para la audiencia de las partes”*; según el Art. 734, aquí aparece antes de la decisión tomada sobre la adopción o no de la medida cautelar.

¹⁰³QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares*; Ob. cit.; pág. 13.

¹⁰⁴Sin embargo, un renombrado jurista argentino no observa autonomía en el proceso cautelar sino un instrumento por excelencia del proceso de conocimiento o de ejecución; así interpretamos la lectura siguiente: *“El proceso cautelar tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento y actuación se pretenda obtener mediante un proceso (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin (desaparición de los bienes del presunto deudor, o modificación de la existencia de hecho existente al tiempo de deducirse la pretensión)...La característica principal de este tipo de procesos consiste en que carecen de autonomía, pues su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso.”* –PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*; Tomo I y II; 8º edición actualizada; Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 1991; pág. 88.

*de instrumentalidad respecto de ellos. Y entre otras razones, como apunta ORTELLS RAMOS, porque la pretensión procesal objeto del proceso cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal, que en muchos casos es necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares, normas distintas de las que se refieren al proceso principal...”*¹⁰⁵

También esta línea la sigue el colombiano Héctor Enrique QUIROGA CUBILLOS, quien admite como objeto principal de la teoría de las medidas cautelares el estudio del proceso cautelar, observando en 1990 cómo esta posición se refleja en los textos legales de Italia y Alemania, y además en el criterio de la doctrina española, lo cual lo plantea de esta manera:

“Las cautelas constituyen un verdadero proceso que corre paralelo al llamado proceso principal...Los alemanes al comentar su Código de Procedimiento civil (Z.P.O.), de 30 de enero de 1877, en su artículo 916 y s.s. vieron en la tramitación del embargo preventivo todo un proceso y así lo denominaron “proceso de embargo”...Los italianos hablaron de proceso cautelar, dándole diferentes clasificaciones y observándolo desde diferentes puntos de vista; pero la mayoría, por no decir que todos¹⁰⁶, han mantenido el criterio que el proceso cautelar es un proceso especial, ya que así lo

¹⁰⁵BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 16.

¹⁰⁶Sin embargo, con la publicación en 1935 de la *“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...”* –Ob. cit.–, de CALAMANDREI, no es cierto que en la escuela italiana predomine el estudio del proceso cautelar. Ahora bien, en relación al Código de Procedimiento Civil italiano y un Decreto Real, vigentes en su época, en la pág. 31 del referido libro aparece que dichas leyes regularon de forma global las *“providencias conservatorias o interinas”*, lo cual no tenía como objeto el proceso cautelar, esto dice así: *“Nuestra ley no contiene una regulación general de las providencias del juez que, calificadas de manera diversa en numerosas disposiciones diseminadas en los Códigos, se hayan designadas de manera global en los arts. 389 del Código de Procedimiento Civil y 39 del Real Decreto de 31 de agosto de 1901, como “providencias conservatorias o interinas;...”*

consagró el Código de Procedimiento Civil italiano (libro cuarto, título I, capítulo III)...La Ley de Enjuiciamiento Civil Española no contiene una regulación sistemática en esta materia; en el proyecto de ley de enjuiciamiento ha sido tocado este tema pero no se habló de proceso cautelar¹⁰⁷; su doctrina más autorizada así la entiende y la explica.”¹⁰⁸

También el argentino Jorge Leonardo KIELMANOVICH, siguiendo a su compatriota el maestro Hugo ALSINA¹⁰⁹, asume esta postura del estudio del proceso cautelar, concibiendo una pretensión cautelar de naturaleza provisional, distinta a la pretensión que es el objeto del proceso principal, esta opinión es expresada en estos términos:

“Por nuestra parte, concebimos al proceso cautelar como aquel que tiene por objeto una verdadera pretensión cautelar (de tutela anticipada y provisional del derecho o interés de las personas involucradas en el proceso contencioso o extracontencioso), diversa de la pretensión o petición definitiva que se discute en el mismo, ...”¹¹⁰

¹⁰⁷ Aquí se refiere este autor al proyecto de lo que hoy en día se llama la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, con vigencia a partir del 7 de enero de 2001, que derogó la Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero 1881; además, la referida nueva ley de Enjuiciamiento Civil Española 2000, sí tiene como objeto el proceso cautelar, regulado en el Libro III *De la Ejecución Forzada y de las Medidas Cautelares*; Título VI *De las Medidas Cautelares*; Capítulo II *Del Procedimiento para la adopción de medidas Cautelares*, Art. 730 en adelante.

¹⁰⁸ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares*; Ob. cit.; pág. 11.

¹⁰⁹ Este autor se vincula con ALSINA cuando expresa lo siguiente: *“Es que, como enseña Alsina, si el Estado prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos –salvo supuestos excepcionálísimos-, no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, y debe por tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas...Se impone, de tal suerte, el empleo de urgentes y simplificados procedimientos judiciales para obtener la oportuna composición de la litis, a la par que el dictado de veloces resoluciones preventivas o cautelares...”*—KIELMANOVICH, Jorge Leonardo; *Medidas Cautelares*; 1ª edición; Rubinzal-Culzoni Editores; Buenos Aires, Argentina; 2000; pág. 15.

¹¹⁰ *Ibidem*; pág. 20.

El criterio del proceso cautelar orienta también a nuestro Código Procesal Civil y Mercantil 2010, pues ordena en su Art. 451 tramitar todo lo relacionado con las medidas cautelares en pieza separada sin suspender el proceso principal. Es importante en este punto matizar las influencias recibidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000¹¹¹, ya que en esta última Ley el proceso cautelar desde la solicitud (Art. 732), hasta el auto de aplicación (Art. 735) o denegación de la medida cautelar (Art. 736), es caracterizado por la contradicción, resuelta con audiencia a la parte contraria (Art. 733 No. 1, en relación con el Art. 734). En cambio, nuestro Código Procesal Civil y Mercantil adopta el proceso cautelar clásico, pues la medida cautelar es decretada sin audiencia previa a la parte contraria, según el Inc. 1º de su Art. 453; y la estructura de dicho proceso cautelar está dividida en la acción cautelar (Arts. 431 y 432, Inc. 1º); pretensión cautelar (Art. 432, Inc. 2º); providencia cautelar (Art. 453); ejecución de la medida cautelar (Art. 454) y contradicción (Art. 455, Inc. 2º).

2.1.3 Providencia Cautelar

La teoría de las medidas cautelares de Piero CALAMANDREI se centra en las características de la providencia cautelar; especialmente en la relación de instrumentalidad existente entre la medida cautelar y la sentencia definitiva, de donde surgen los demás caracteres de dicha providencia, lo anterior es planteado por este tratadistas en los términos siguientes:

“...Así, pues, el objeto central del estudio que sigue será no el “proceso cautelar” sino la “providencia cautelar”; debido a que, como se verá, el

¹¹¹Ley de Enjuiciamiento Civil española, Aprobada por el Congreso de los Diputados el 7 de enero de 2000; publicada en Boletín Oficial del Estado el día siguiente como *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*; con vigencia desde el 7 de enero de 2001. Dicho sea de paso, el sistema de las medidas cautelares regulado en esta Ley constituye uno de los mejores sistemas, debido a que procura un pleno respeto de las garantías constitucionales.

proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado (veremos, por ejemplo, que, según los casos, el proceso que tiende a una providencia cautelar, puede ser ordinario o sumario).”¹¹²

2.1.4 Criterio seguido en el presente trabajo

En cada propuesta arriba comentada no puede verse en la práctica una separación absoluta, incluso los autores construyen sus esquemas teóricos integrando la Acción Cautelar, el Proceso Cautelar y la Providencia Cautelar¹¹³, por tanto, con insistencia enérgica se reitera que la diferencia entre cada tendencia doctrinaria se encuentra en el objeto específico concebido como eje central de reflexión. En el anterior sentido, nuestra opinión se inclina por considerar a la teoría de las medidas cautelares basada en el estudio de las características de la providencia cautelar como el esquema teórico mejor logrado para alcanzar un análisis jurídico más profundo sobre estas instituciones, éste parece ser también el criterio seguido en el Art. 285 del Código Procesal Penal 1996 (Art. 320 Código Procesal Penal 2008), que a su tenor expresa: (inciso 1º) *“Las medidas cautelares serán impuesta mediante resolución judicial fundada...(inciso 2º)*

¹¹²CALANMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 32.

¹¹³Como ejemplo se tiene la opinión doctrinal transcrita a continuación: *“El concepto de medida cautelar se ha pretendido diferenciar del de proceso cautelar en base a la necesidad de distinguir aquellas resoluciones urgentes que preparan la iniciación de un proceso o surgen en el curso del que ya se inicio, pero de cualquier modo en íntima conexión con éste, de otros supuestos en que el ejercicio de la acción cautelar permite un desenvolvimiento procesal autónomo para mantener o constituir un estado de hecho, y conseguir fines tan diversos como son los que puede inspirar la necesidad del aseguramiento. Hablaríamos en este caso de la autonomía del proceso frente al carácter instrumental de la medida”* –PLAZA GONZALEZ, Gregorio; *El Aseguramiento de Bienes Litigiosos*; en BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 177.

“El auto que imponga una medida cautelar o la rechace será revocable o reformable...”; así mismo el inciso 1º del Art. 296 Pr. Pn. 1996 (inciso 1º del Art. 334 Pr. Pn. 2008), que dice: *“El auto que imponga la detención provisional o internación...”*

Además, la crítica más autorizada en esta materia, surgida de la escuela italiana, demuestra la necesidad de retomar la providencia cautelar como eje de la investigación de la teoría de las medidas cautelares, así lo ha dejado planteado CALAMANDREI, a quien tanto procesalistas civiles como procesalistas penales toman de base en la esencia de sus formulaciones teóricas, al respecto este gran pensador jurídico dice lo siguiente: *“De estos tres puntos de vista, prefiero el tercero, pues me parece que toda clasificación de las acciones que se funde en la diversa naturaleza de la providencia judicial a que tiende la acción, lo mismo que toda clasificación de los procesos que se funde en los fines que las partes se proponen alcanzar a través de las providencias a que el proceso se dirige, se resuelve en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de las cuales los varios tipos de acción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa.”*¹¹⁴

Por consiguiente, la presente investigación estudia la providencia cautelar, sus principales características, presupuestos y, de soslayo, su extraterritorialidad; así como algunas medidas cautelares específicas, utilizadas en el proceso civil y en el proceso penal. Sin embargo, a partir del Capítulo IV el objeto de reflexión es la medida cautelar de la detención provisional, a la cual se aplica lo pertinente de esta corriente doctrinaria.

¹¹⁴CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 32.

2.2 Distinción entre Tutela cautelar y Tutela preventiva

La clave para la comprensión de la naturaleza exacta de las medidas cautelares está en distinguir con claridad la tutela cautelar de la tutela preventiva. De esta manera, si las medidas cautelares son el ejercicio de la tutela cautelar, debe tenerse claro que ésta a su vez es una de las múltiples expresiones de la tutela preventiva, por eso se habla entre estos conceptos de una relación de género y especie. El género de medios comprendidos en la tutela preventiva tienen como causa *el peligro genérico* a un daño jurídico al derecho reclamado. En cambio, las especies de medios de la tutela cautelar tienen como causa *el peligro específico* a un daño jurídico provocado en un derecho aparente (*fumus boni iuris*); este peligro específico a su vez es causado por la demora del proceso en dictar sentencia definitiva (*periculum in mora*). Lo anterior es acreditado con lo siguiente:

*“Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque en ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el sólo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos...de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés de obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico...”*¹¹⁵

¹¹⁵CALANMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 40 y 41.

Siguiendo a CALAMANDREI, el tratadista español Eduardo FONT SERRA se adhiere a la misma opinión antes transcrita, sobre la distinción entre tutela preventiva y tutela cautelar, teniendo como idea central el peligro genérico y la protección al derecho justicia –tutela preventiva-; y el peligro específico y la anticipación de la consecuencia jurídica –tutela cautelar-; lo anterior lo expresa este distinguido jurista de la siguiente manera:

*“...los términos justicia preventiva y justicia cautelar es corriente verlos como equivalente. La verdad es que...no pueden identificarse, sino tan sólo relacionarse...Por tutela preventiva debemos entender aquella función que pueden asumir, en ciertos casos, los órganos jurisdiccionales, para proteger el derecho a la justicia de los ciudadanos ante el peligro genérico de que puede ocasionarse un daño jurídico...En cambio la tutela cautelar se ejerce por los tribunales con la finalidad de anticipar la actuación del Derecho...ante la aparente existencia de un peligro específico, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del Derecho sea, en su momento imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho durante el transcurso del proceso... En otras palabras, la justicia preventiva es el género y la justicia cautelar una de sus múltiples y heterogéneas especies.”*¹¹⁶

En otras palabras, la tutela preventiva consiste en proteger un derecho mediante la prevención a su *posible daño jurídico*, en estos casos especiales el ejercicio de la jurisdicción es realizado por el o la juzgador no para declarar el derecho sino para declarar el peligro de lesión a este derecho. Estas distinciones vitales entre tutela cautelar y tutela preventiva son

¹¹⁶FONT SERRA, Eduardo; *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva*; en GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, y otros; *El Sistema de Medidas Cautelares*; ob. cit.; págs. 142 y 143.

enfanzadas con frecuencia por CALAMANDREI en varias partes de su obra citada, como por ejemplo en la siguiente nota:

“En las denuncias de obra nueva y de daño temido se encuentra está especialísima característica: que el juicio definitivo sobre el mérito contempla la declaración de un peligro que amenaza un derecho del reclamante, y la determinación de las medidas más aptas para eliminarlo; y la sentencia que se pronuncia en esta fase definitiva tiene naturaleza preventiva, en cuanto provee a impedir, antes de que ocurra, el daño que derivaría de la violación de un derecho. Pero este peligro que amenaza el derecho del reclamante, y a eliminar el cual se provee definitivamente en el juicio de mérito, no debe confundirse con el periculum in mora, ...”¹¹⁷

Un caso práctico de tutela preventiva es el derecho del poseedor a denunciar la obra nueva que ponga en peligro su derecho de servidumbre, tal como lo contempla el inciso 1º del Art. 931, en relación con el Art. 932, ambos de nuestro Código Civil¹¹⁸. Otro caso sería el derecho de querellar contra la obra ruinoso, en la cual el actor puede pretender la orden judicial de su demolición con la finalidad de prevenir el daño a su derecho de propiedad, esto es regulado en el Art. 933 del mismo Código Civil¹¹⁹.

¹¹⁷CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; ob. cit.; pág. 82.

¹¹⁸Código Civil (con sus últimas reformas); Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, publicado en la Gaceta Oficial el 1º de mayo de 1861, por orden de Decreto Ejecutivo, publicado este último en la Gaceta Oficial No. 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

¹¹⁹Sin embargo, siendo válido expresar una sana preocupación por la escasez de estudios en el campo de la tutela cautelar, todavía con mayor razón es válido denunciar la escasísima producción de análisis jurídico de la tutela preventiva, esto ha disminuido la efectividad de la protección de derechos por la vía de esta clase de tutela, en ese sentido la siguiente opinión comparte este señalamiento diciendo lo siguiente: “...otras de las manifestaciones de la justicia preventiva se hallan –algunas posiblemente por falta de profundización doctrinal-, en un claroscuro. Es difícil determinar lo que tienen de preventivas y de no preventivas. Es más, algunas son preventivas únicamente en cuanto opuestas a represivas, lo cual si se adopta una concepción muy estricta de preventividad, no se

A modo de cuadro comparativo: la tutela cautelar supone un peligro específico y la tutela preventiva un peligro genérico. La causa del peligro específico en la tutela cautelar es la demora del proceso (*periculum in mora*), y en la tutela preventiva es la posibilidad de daño jurídico de un derecho. En la tutela cautelar se declara la existencia de un peligro específico, y en la tutela preventiva la certeza del peligro de lesión al derecho reclamado. En la tutela cautelar basta con el derecho aparente (*fumus boni iuris*), en cambio la tutela preventiva requiere de la certeza del derecho que se encuentra en peligro de ser lesionado. La decisión judicial tomada en la tutela cautelar es instrumental, y en la tutela preventiva es de carácter definitivo.

2.3 Características esenciales de la providencia cautelar y su regulación jurídica en los procesos civil-mercantil y penal salvadoreño

2.3.1 Instrumentalidad y Provisionalidad

De conformidad a la teoría de las medidas cautelares cuyo objeto de estudio es la *providencia cautelar*, las características esenciales de estos tipos de resoluciones jurisdiccionales son su *instrumentalidad* y *provisionalidad*, de las cuales se derivan el resto de sus caracteres¹²⁰. Esta relación dialéctica se expresa en una interdependencia recíproca entre

admitirá.” –FONT SERRA, Eduardo; Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...; ob. cit.; págs. 143 y 146.

¹²⁰Adherido a este criterio también se encuentra ASENSIO MELLADO, quien afirma lo siguiente: “Constituye la provisionalidad, junto a la instrumentalidad, de la cual deriva, la nota más importante a la hora de calificar una medida como cautelar. Instrumentalidad y provisionalidad encuentran su fundamento, su razón de ser, en la misma causa, es decir, en la existencia de un proceso y la necesidad de garantizar la futura efectividad de la sentencia.” –ASENSIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional; prólogo de Vicente Gimeno Sendra, 1ª edición, Editorial Civitas, S.A, Madrid, España; 1987; pág. 43.

dichas características¹²¹. Con todo, es la instrumentalidad la nota más importante para definir la providencia cautelar, y esto es así porque sus efectos provisionales anticipan la eficacia práctica de una eventual sentencia condenatoria. Esta relación de Instrumentalidad es reconocida por nuestra Sala de lo Constitucional como un medio decisivo para mantener la vigencia del proceso principal, ante dificultades que frustren la petición del demandante, dicho criterio lo expresa nuestra jurisprudencia constitucional siguiente:

*“Medidas Cautelares. La adopción de una medida cautelar en el proceso o procedimiento tiende a mantener viva y resguardada la materia del mismo, mientras se dicta la resolución definitiva, pues con esa medida se intenta evitar la realización de actos o eventos que impidan o dificulten la satisfacción de la petición o pretensión deducida, mediante una incidencia provisional en la esfera del demandado o en los bienes en conflicto...(AMPARO, ref. 768-2004 de las 12:05 del día 2/2/2005)”*¹²²

La anticipación de la eficacia práctica de la eventual sentencia condenatoria, de parte de los efectos provisionales de la instrumentalidad de la providencia cautelar, previene el daño jurídico al derecho aparente (*fumus boni iuris*), y neutraliza de manera momentánea las condiciones o circunstancias del peligro específico, atribuidas a la demora de la sentencia

¹²¹Así es manifestado en la opinión doctrinaria siguiente: “...se puede deducir de...la instrumentalidad y la provisionalidad su íntima interconexión...así: la tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero, a la vez, al ser instrumental debe ser provisional (Esto es, por estar en función de una resolución principal que la extinguirá, no puede tener un carácter definitivo)...De la interconexión entre instrumentalidad y la provisionalidad derivan las demás características que se atribuyen a la justicia cautelar...” –FONT SERRA, Eduardo; Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...; Ob. cit.; pág. 145.

¹²²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005*, Centro de Documentación Judicial; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2007; págs. 131 y 132.

definitiva (*periculum in mora*), este es el fundamento de la llamada relación de instrumentalidad existente de la providencia cautelar con respecto a la providencia principal¹²³. Lo antes expresado se funda en esta doctrina:

*“...en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva¹²⁴...Esta relación de instrumentalidad...que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar...”*¹²⁵

El Código Procesal Civil y Mercantil regula la instrumentalidad en su Art. 431, que retoma la esencia del Art. 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000¹²⁶. Y el Pr. Pn. 1996 regula la instrumentalidad en el Inc. 1º

¹²³La escuela italiana ha influido en el criterio de notables tratadistas españoles, quienes admiten esta relación de instrumentalidad de las medidas cautelares, referida a la anticipación realizada de la eficacia práctica de los efectos de la sentencia definitiva, en este sentido se hace la siguiente cita textual: *“Es a CALAMANDREI a quien se debe realmente la atribución del carácter instrumental de las medidas cautelares, doctrina ésta que ha sido seguida por la mayoría de autores de nuestra doctrina procesal. El núcleo central de la doctrina de Calamandrei radica en afirmar que las medidas cautelares están preordenadas a una resolución definitiva, cuya eficacia viene asegurada por aquéllas preventivamente.”*—BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 19.

¹²⁴Siguiendo esta línea encontramos la nota transcrita a continuación: *“La instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar...es...dependiente de una tutela principal.”*—FONT SERRA, Eduardo; *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...*; Ob. cit.; pág. 144.

¹²⁵CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 44.

¹²⁶En la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, el tema de las medidas cautelares tiene una importancia decisiva en la eficacia del proceso civil, muestra de ello es el nombre del Libro III: *De la Ejecución Forzada y de las Medidas Cautelares*—del Art. 517 y s.s.—;

del Art. 285 (Inc. 1º del Art. 320 Pr. Pn. 2008), al decir: *“Las medidas cautelares...durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación...”*. En ambos tipos de procesos se verifica el mismo enfoque sobre el aseguramiento de la eventual sentencia condenatoria logrado por el carácter instrumental de las medidas cautelares.

En cuanto a la provisionalidad de la resolución cautelar, ésta proviene de la *limitación de la duración de sus efectos*, es decir, estos efectos provisionales se extinguen con los efectos definitivos de la resolución principal del proceso¹²⁷, en este tiempo intermedio –entre dichos efectos– tiene vigencia la medida cautelar. Lo anterior planteado es la idea central de lo transcrito a continuación:

“...la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal...sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional,...con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar

desarrolladas por su Título VI *De las Medidas Cautelares* –Art. 721 y s.s. –; denominando el Art. 726 *Características de las medidas cautelares*.

¹²⁷Esta misma opinión de la escuela italiana sostiene el español Eduardo FONT SERRA, al decir: *“La segunda nota fundamental de la tutela cautelar, es la provisionalidad. La provisionalidad supone que la efectividad de la justicia cautelar tiene una limitación en el tiempo. La resolución cautelar se extingue en el momento en que se dicte la resolución definitiva del proceso, al que sirve de instrumento la tutela cautelar...”* –FONT SERRA, Eduardo; *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...*; Ob. cit.; pág. 144–. Así también la jurista española Silvia Barona Vilar, se adhiere a este criterio diciendo: *“Las medidas cautelares se mantendrán en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento. De este modo, desaparecerán los mismos cuando en el proceso principal se halla logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de aquéllas.”* –BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 20. Consúltese además ASECIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; págs. 43 y 44.

*entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.”*¹²⁸

El Código Procesal Civil y Mercantil regula la provisionalidad de las medidas cautelares tanto en su Art. 452¹²⁹ (sentencia condenatoria), como en su Art. 456 (sentencia absolutoria), éstas disposiciones rigen supletoriamente la provisionalidad de las medidas cautelares patrimoniales penales, según el Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008). Para las cautelas personales penales, la provisionalidad es regulada en el Art. 360 del Pr. Pn. 1996 (Art. 398 Pr. Pn. 2008), referido a la sentencia absolutoria; y el Art. 361 Pr. Pn. 1996 (Art. 399 Pr. Pn. 2008), en el caso de la sentencia condenatoria.

2.3.2 Variabilidad (regla *rebus sic stantibus*) y Temporalidad

Otras características relacionadas con la duración de la providencia cautelar son la variabilidad¹³⁰, fundada en la regla *rebus sic stantibus*, y la

¹²⁸CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 36 y 37.

¹²⁹En la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, la provisionalidad aparece mencionada expresamente en el número 2 de su Art. 726.

¹³⁰Según nuestra Sala de lo Constitucional, esta característica se refiere a la variación o modificación del estado sustancial de los hechos, que sirvieron de fundamento a la providencia cautelar, lo cual es un examen exclusivo de la o el juez que la dictó, de conformidad a la inmediación, así queda expresado en lo siguiente: “...es necesario señalar que las medidas cautelares se rige por el principio *rebus sic stantibus*, en virtud del cual es posible su alteración, variación y aún su revocación, siempre que se altere el estado sustancial de los datos por los cuales se adoptaron. Sobre la base de tales premisas, se debe afirmar que calificar si se han modificado las circunstancias que permitieron adoptar una providencia asegurativa corresponde a la autoridad que conoce de los hechos por su necesaria inmediación con el caso llevado a su conocimiento, de manera que tal labor no compete a esta Sala. (AMAPRO, ref. 744-2004 de las 09:34 Horas del día 7/1/2005)”– CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005...; Ob. cit.; pág. 133.

temporalidad, las cuales es fácil confundirlas entre sí y con la *provisionalidad*. La variabilidad de la medida cautelar consiste en la mutación de las condiciones del *periculum in mora* o bien, del *fumus boni iuris*, entonces, toda disminución en cualquiera de estos dos presupuestos será razón suficiente para modificar, revocar, levantar o sustituir las medidas cautelares impuestas¹³¹.

La variabilidad surge de la *Instrumentalidad* de la providencia cautelar, pues debido a la anticipación de los efectos de la sentencia definitiva realizada por este tipo de resolución judicial, la medida cautelar con esto está regulando el futuro esperado de la sentencia definitiva, dentro de lo cual cabe la posibilidad que se transformen durante el proceso las condiciones que motivaron su aplicación, esto se fundamenta en lo siguiente:

“También las providencias cautelares pueden considerarse emanadas con la cláusula “rebus sic stantibus”¹³², puesto que las mismas no tienen una declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre; sino que constituyen, para proyectarla en el porvenir¹³³, una relación jurídica nueva (relación cautelar), destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige”¹³⁴

¹³¹En el sentido arriba expresado se transcribe con respecto a la variabilidad la siguiente opinión doctrinaria: *“Partiendo del principio rebus sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo pueden ser modificadas, sustituidas por otras, alzadas...si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas”* –BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 20 y 21.

¹³²La locución latina rebus sic stantibus significa: *“continuando así las cosas”* –OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales...*; Ob. cit.

¹³³La armonía del sistema de análisis de las providencias cautelares de CALAMANDREI queda demostrada en la referencia de la variabilidad de las medidas cautelares como resultado de su Instrumentalidad, enseguida se transcribe esta citación: *“De esta variabilidad por circunstancias sobrevenidas estando pendiente el juicio principal (que es*

La base legal de la variabilidad de las medidas cautelares civiles-mercantiles es el Art. 455 del Código Procesal Civil y Mercantil. Y la variabilidad de las medidas cautelares penales esta regulada en el Art. 306 (Art. 343 Pr. Pn. 2008) y Art. 307 Pr. Pn. 1996; constituyendo la variabilidad tanto en el proceso civil-mercantil, como en el proceso penal, una modificación en las circunstancias o motivos que fundaron la medida cautelar adoptada.

En relación a la Temporalidad, alguna opinión doctrinaria la deriva de la instrumentalidad y provisionalidad, haciéndola depender del desaparecimiento de las circunstancias en las cuales se fundó la providencia cautelar, lo cual marca una clara diferencia con la variabilidad donde los motivos sólo han mudado en el tiempo sin desaparecer por completo¹³⁵. Sin embargo, en el anterior criterio no se toma en cuenta que si el presupuesto desaparecido se tratara del *fumus boni iuris* podría finalizar el proceso principal¹³⁶. Por eso, la temporalidad es una característica destinada a

fenómeno común a todas las sentencias con la cláusula “rebus sic stantibus”), se debe distinguir otro fenómeno, que es exclusivo de las providencias cautelares, y que es una consecuencia típica de su instrumentalidad: la extinción ipso iure de sus efectos en el momento en que se dicta, con eficacia de sentencia, la providencia principal...”—CALANMANDREI, Piero; Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...; Ob. cit.; pág. 91.

¹³⁴Ibidem; pág. 90.

¹³⁵Esta es la opinión siguiente: “*Temporalidad. De este modo puede afirmarse que las medidas cautelares nacen para extinguirse, consecuencia clara de su carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a la adopción de las medidas cautelares, se procederá al alzamiento o extinción de las mismas.*”—BARONA VILAR, Silvia, y otros; Las Medidas Cautelares...; ob. cit.; pág. 19.

¹³⁶La falta de fundamento del *fumus boni iuris* podría repercutir en la absolución del demandado porque esto anunciaría también la falta de fundamento de la acción principal, esto está referido en la cita siguiente: “*...Téngase presente que la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la apariencia del derecho: y que, aun cuando el juicio sobre la acción cautelar se desarrolla con la garantía de la cognición ordinaria...esta cognición aunque sea plena y a fondo, no va más allá, por lo que se refiere al derecho principal, de la simple hipotética apariencia...si después, en el juicio principal, se estableciera que la apariencia...del derecho no corresponde a la existencia del mismo, esto*

regular en especial a la medida cautelar de la detención provisional, la cual dentro de la historia de las instituciones jurídicas es la medida cautelar más grave utilizada no sólo en el proceso penal, sino la más grave y delicada medida de prevención utilizada en todo el sistema judicial, ya que tiene por objeto restringir *la libertad ambulatoria* del imputado, sin haber sido declarada su culpabilidad, es así como la temporalidad busca suavizar los efectos de dicha medida cautelar a través de un sistema de plazos¹³⁷.

2.3.3 *Características resaltadas en nuestra jurisprudencia constitucional: Instrumentalidad, Provisionalidad, Variabilidad y Temporalidad*

Nuestra Sala de lo Constitucional a sentado jurisprudencia¹³⁸ bastante estable sobre las características de las medidas cautelares penales, resaltando la Instrumentalidad, Provisionalidad, Variabilidad y Temporalidad, esta última con importancia decisiva en la detención provisional. Por ejemplo la doctrina contenida en el siguiente Hábeas Corpus plantea esto de manera muy extensa:

“Interesa resaltar la Instrumentalidad de las medidas cautelares las cuales han de estar supeditadas a un proceso penal en curso; de ahí que al ser la detención provisional instrumental a un proceso penal, pendiente y

serviría para demostrar que es infundada la acción principal...” –CALANMANDREI, Piero; Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...; Ob. cit.; pág. 83.

¹³⁷ Este sistema de plazos es regulado en el inciso 2º del Art. 6, en relación con el No. 3 del Art. 297, ambos del Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 8, en relación con el No. 3 del Art. 335, ambos del Pr. Pn. 2008)

¹³⁸ La jurisprudencia de los diversos niveles de instancia del Órgano jurisdiccional surge de la interpretación de las normas jurídicas generales (leyes secundarias) y normas jurídicas individuales (sentencias), en congruencia a los principios y valores de la Constitución de la República (norma jurídica fundante); se sugiere en ese sentido el estudio del tema *“La construcción escalonada del orden jurídico”*, según la doctrina kelseniana; en KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*; traducción de la 2ª edición en alemán, por Roberto J. Verlengo; Universidad Nacional Autónoma de México; 2ª reimpresión de la 1ª edición en español de 1979; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie G: Estudios Doctrinales 20; México, D.F.; 1982; pág. 232 y s.s.

*principal, lógicamente habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas. En tal sentido, es indiferente que el procedimiento acabe mediante sentencia o auto de sobreseimiento...Por dicha razón, las medidas cautelares son también provisionales –en términos generales- como máximo han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal, sin embargo, en el caso de la detención provisional, es también una medida temporal por cuanto el legislador ha querido establecer unos plazos máximos de duración; ahora bien, con anterioridad a dichos plazos...puede también finalizar o convertirse en distintas medidas, si se modifican los presupuestos y circunstancias que han justificado su adopción. En ese sentido están sujetas a la regla rebus sic stantibus, tan sólo permanecen en tanto subsistan los presupuestos que la han justificado.”*¹³⁹

En la línea anterior, alguna jurisprudencia define la Instrumentalidad en su función preventiva¹⁴⁰, refiriéndose a la neutralización del peligro de la frustración de la providencia principal, lográndose de este modo asegurar las resultas del proceso, no haciendo inútil el ejercicio de la jurisdicción. Por otro

¹³⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007. Sentencia Definitiva de HÁBEAS CORPUS, Ref. 207-2006 de las 12:01 Horas, del día 18/05/2007*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2008; págs. 244 y 245.

¹⁴⁰Por ejemplo, en la siguiente sentencia definitiva la Sala de lo Constitucional destaca la instrumentalidad operando en el aseguramiento de la ejecución de lo juzgado, esto lo plantea así: “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 la 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 juzgado, 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 frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria.” –Sentencia Definitiva; Inconstitucionalidad, Ref. 28-2006 AC.; de las 12:00 Horas; del 12/04/2007; Diario Oficial N° 71, Tomo N° 375; del 20 de abril de 2007; pág. 182.

lado, de conformidad al criterio de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el fundamento de las características de las medidas cautelares está contenido en los siguientes artículos de la Constitución: Art. 2 –seguridad jurídica-; Art. 8 –principio general de libertad-; Art. 11 –juicio previo-; Art. 12 –principio de inocencia-; y Art. 15 –principio de legalidad¹⁴¹.

2.4 **Condiciones o Extremos de la providencia cautelar**

El inminente peligro específico de daño jurídico al derecho reclamado torna urgente la providencia cautelar, la cual reacciona a través de su instrumentalidad adelantando provisionalmente los efectos de la decisión final de la causa, por tanto, para decretar una medida cautelar el o la juzgador requiere de dos condiciones o extremos¹⁴²: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro de daño jurídico a este derecho aparente, en razón de la demora del proceso para dictar sentencia definitiva (*periculum in mora*)¹⁴³. Esta doctrina es la que informa el criterio jurisprudencial de nuestra Sala de lo Constitucional, en la exposición de la

¹⁴¹Este planteamiento es realizado por la Sala de lo Constitucional así: “...la detención provisional es una auténtica medida cautelar, por lo que son predicables respecto a ella las siguientes características, todas directamente deducibles de la normativa constitucional – arts. 2, 8, 11, 12, 13 y 15 Cn...” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; Ob. cit.; pág. 243.

¹⁴²Como se verá en el Capítulo IV, con respecto a la detención provisional, además del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, debe examinarse la obstrucción en la investigación como fundamento de esta medida cautelar.

¹⁴³Las dos condiciones estudiadas deben ser satisfechas en la resolución cautelar mediante la cual se imponga la medida precautoria; lo anterior se encuentra en la siguiente citación: “Para poder llenar su función de prevención urgente las providencias cautelares deben, pues, contentarse, en lugar de con la certeza que solamente podría lograrse a través de largas investigaciones, con la apariencia del derecho que puede resultar a través de una cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*). Diremos, pues, que los extremos para obtener la providencia cautelar (condiciones de la acción cautelar) son estas dos: 1º apariencia de un derecho; 2º peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho...” –CALANMANDREI, Piero; Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...; Ob. cit.; pág. 77.

siguiente Sentencia Definitiva, que dice: “*En tal sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –fumus boni 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.*”¹⁴⁴

2.4.1 *Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho) como resultado de un juicio de probabilidad*

Ahora bien, según su instrumentalidad la providencia cautelar declara la apariencia del derecho como resultado de un *juicio de probabilidad*, el cual se plantea con base a la hipótesis que la sentencia definitiva será favorable a los intereses del solicitante de la medida cautelar. La instrumentalidad de esa hipótesis siempre deviene de la anticipación de los efectos prácticos de la eventual sentencia condenatoria, los cuales considera el o la juez que probablemente serán confirmados por la sentencia principal¹⁴⁵, es decir, que

¹⁴⁴Sentencia Definitiva; Inconstitucionalidad, Ref. 28-2006 AC.; de las 12:00 Horas; del 12/04/2007; Diario Oficial citado; pág. 182.

¹⁴⁵Que la probabilidad planteada en la existencia de la apariencia del derecho es un juicio hipotético en razón de la Instrumentalidad, lo demuestra Calamandrei como una condición de la providencia cautelar, terminando su análisis en la siguiente conclusión: “...el carácter hipotético de este juicio está íntimamente identificado con la naturaleza misma de la

la apariencia del derecho se convertirá cuando se dicte la sentencia definitiva en una declaración de certeza sobre la existencia de ese derecho; esta orientación se recibe del texto siguiente:

“Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil¹⁴⁶, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la sentencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor...de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad...”¹⁴⁷

providencia cautelar y es un aspecto necesario de su instrumentalidad...”—CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 78.

¹⁴⁶Este análisis del *fumus boni iuris* es tomado por la doctrina española, dándole el mismo carácter de juicio de probabilidad de una hipótesis que será confirmada o negada en la sentencia definitiva, a lo anterior se refiere esto: *“...el Fumus boni iuris, es decir la aparente existencia de un derecho amenazado, es un principio informador de la tutela preventiva que tiene distinto alcance en sus diversas especies...en la tutela cautelar –como nos indica Calamandrei-, basta que la existencia del derecho aparezca como verosímil y probable; la sentencia de fondo del proceso nos dirá si la hipótesis de la tutela cautelar coincidía con la existencia cierta del derecho amenazado.”*—FONT SERRA, Eduardo; *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...*; Ob. cit.; pág. 146. También la tratadista española Silvia BARONA VILAR, influenciada por esta escuela italiana, construye el *fumus boni iuris* a través de un juicio de probabilidad del derecho aparente, el cual plantea una hipótesis instrumental a la sentencia definitiva, esto es explicado por ella así: *“Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris). Este presupuesto determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va a suponer una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado...Implica, por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela.”*—BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 23 y 24.

¹⁴⁷CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 77.

No obstante a lo anterior, debe tenerse claro que esos planteamientos tienen plena validez en el proceso civil, no así en materia procesal penal, y en especial en la medida cautelar de la detención provisional¹⁴⁸, pues si fuera aplicado en toda su pureza el principio del *juicio de probabilidad del derecho aparente*, como el juicio hipotético que espera confirmación en la sentencia definitiva, tendríamos entonces un problema fundamental, ya que este principio se traduce en el proceso penal como un *juicio de probabilidad sobre la autoría o participación*, lo cual degeneraría en el pre-juzgamiento del imputado, por ese motivo el peligro de fuga (*periculum in mora*) debe constituir el principal parámetro de la o el juez penal en la adopción de las medidas cautelares penales.

En el proceso civil¹⁴⁹, la apariencia de buen derecho como juicio de probabilidad debe ser acreditado por el solicitante de la medida cautelar, según el Inc. 2º del Art. 433 Código Procesal Civil y Mercantil (esta misma orientación tiene el No. 2 del Art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000).

En el proceso penal, la apariencia de buen derecho se traduce en la probable autoría o participación del imputado en el delito atribuido, deducida mediante un juicio de probabilidad, según el número 1 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (Art. 329, N° 1 Pr. Pn. 2008), sin embargo, como es estudiado en el Capítulo IV del presente trabajo de investigación, en la doctrina existen distintas posiciones sobre la interpretación de este presupuesto.

¹⁴⁸La naturaleza, característica y presupuestos de la detención provisional como medida cautelar, son los temas del Capítulo IV del presente trabajo, aquí se menciona esta medida cautelar porque es necesario trazar los límites del enfoque del *fumus boni iuris*, contenido en la doctrina arriba expuesta.

¹⁴⁹En las acciones del proceso civil-mercantil la apariencia de buen derecho presupone el examen de legitimidad procesal del demandante, y legitimidad de la relación jurídica material del título que acredita la obligación (contrato, cuasi-contrato, título valor, etc.).

2.4.2 *Periculum in mora* (peligro en la demora) como resultado de un juicio de certeza sobre la existencia del peligro específico

La clase de peligro que el o la juez debe tener en cuenta para decretar la medida cautelar surge de las condiciones gestadas en la demora necesaria del proceso, el cual para cumplir con las investigaciones señaladas por la ley –debido proceso– requiere un tiempo prolongado. El *periculum in mora* trata de un peligro específico al derecho aparente, causado por las referidas condiciones dispuestas a impedir la satisfacción total del derecho reclamado, y por tanto, pueden convertir en inútil la sentencia principal; esta enseñanza se encuentra en la siguiente doctrina:

“...para reconocer la existencia del periculum in mora que lo autoriza a proveer interinamente, no es el de examinar si el derecho del reclamante está en peligro, sino el de ver si este peligro sería susceptible de agravarse e incluso de transformarse en daño irreparable¹⁵⁰, cuando, para determinar las medidas más aptas para prevenirlo, se hubiese de esperar hasta la emanación de la providencia principal...”¹⁵¹

Esta necesaria demora del proceso tiene la contradicción interna de poner en peligro los resultados del proceso, aún siendo natural por su finalidad

¹⁵⁰En la doctrina española, de igual manera se observa la influencia del pensamiento jurídico italiano en la concepción del *periculum in mora*, reiterando el temor razonable a la demora normal del proceso para dictar la decisión final, como motivo esencial del peligro de daño jurídico al derecho aparente, esta doctrina dice así: *“Pasando a analizar los principios fundamentadores de la justicia cautelar, uno de ellos se concreta en la necesidad de eliminar el periculum in mora, consistente en el temor razonable de que durante el desarrollo del proceso se pueda alterar la situación controvertida...causándose un daño jurídico. Es decir, en la tutela cautelar el peligro razonable se centra en que el derecho puede ser violado como consecuencia de la duración del proceso jurisdiccional; por el retardo de la sentencia que se dictará”* –FONT SERRA, Eduardo; *Las Medidas Cautelares como manifestación de la Justicia Preventiva...*; Ob. cit.; pág. 145.

¹⁵¹CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 82.

de recoger todas las investigaciones requeridas para elaborar un juicio de certeza positivo o negativo en la sentencia definitiva¹⁵². El peligro específico basado en la demora del proceso es un principio aceptado en la mayoritaria opinión doctrinal, y sirve tanto para fundamentar la procedencia de medidas cautelares en el proceso civil como medidas cautelares en el proceso penal.

Ahora bien, por tener cada uno de esos tipos de procesos la regulación de distintas finalidades –el proceso civil declara derechos y ejecuta obligaciones; el proceso penal sanciona los culpables de delitos–; por esta razón en cada proceso se prioriza alguna clase de medida cautelar específica, de esta manera en el proceso civil predominan las medidas cautelares reales; y en el proceso penal las medidas cautelares personales. A esto último se refiere el siguiente párrafo:

“La adopción de medidas...de cautela responde, según Chiovenda, al peligro de no conseguir jamás, o al menos oportunamente, el bien garantizado por la ley, o por el temor de que su obtención se aplaze mientras el proceso se tramita con daño de quien lo reclama. En el terreno civil y en el penal, la actividad precautoria es una limitación de derechos

¹⁵²El argumento central del *periculum in mora* es el peligro específico, gestado en la demora del proceso, que pone en riesgo la pretensión del actor, este es el criterio seguido por la mayoría de expositores de derecho, como por ejemplo el siguiente: *“Presentada la demanda ante la jurisdicción, a ésta le es imposible satisfacer inmediatamente la pretensión incoada, se requiere para ello que medie un plazo que, por lo general, es demasiado largo y se pone en peligro la satisfacción de la pretensión del demandante...Se está siempre ante un peligro amenazador e inminente, el cual debe contrarrestarse con medidas de tal naturaleza que lo enerven. El peligro que constituye el fundamento de la medida cautelar no es otra que la demora, la tardanza que requiere un proceso hasta su terminación, este es el llamado *periculum in mora*.”* –QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 33. En este sentido también se encuentra la siguiente opinión: *“Peligro en la demora. A través de él se pretende afirmar la necesidad de que las medidas cautelares se adopten cuando haya un peligro que amenace la efectividad del proceso y de la sentencia.”* –BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 24.

*subjetivos; en el primero predominan las garantías reales y en el segundo las personales.”*¹⁵³

En la providencia cautelar debe verificarse un juicio de certeza sobre la existencia del peligro específico de daño jurídico al derecho aparente (*fumus boni iuris*)¹⁵⁴; empero, por su urgencia, el referido juicio de certeza no se trata de una exhaustiva investigación del peligro específico, por tanto, aquél depende de la medida cautelar específica y de su regulación jurídica acorde a las finalidades de cada tipo de proceso¹⁵⁵. En otras palabras, las condiciones o circunstancias de los hechos que sirven de fundamento fáctico al peligro específico son un marco de posibilidades, según el tipo de medida específica¹⁵⁶ y del proceso donde opere. Un ejemplo es el siguiente caso:

“Ahora bien, lo que puede examinar esta Sala es si en el proceso penal al aplicar la detención provisional, se han respetado las garantías mínimas para tal efecto, establecidas en la Ley, la Constitución y la propia

¹⁵³BETANCOURT, Sergio Huacuja; *La Desaparición de la Prisión Preventiva*; Editorial Trillas, 1ª edición; México D.F.; septiembre de 1989; pág. 51.

¹⁵⁴Este planteamiento se funda en la indicación doctrinaria siguiente: *“Por lo que se refiere a la investigación sobre el peligro, el conocimiento en vía cautelar puede dirigirse a conseguir, dentro del mismo procedimiento cautelar y antes de que se dicte la providencia principal, la certeza (juicio de verdad, no de simple verosimilitud) sobre la existencia de las condiciones de hecho que, si el derecho existiese, serían tales que harían verdaderamente temer el daño inherente a la no satisfacción del mismo.”* –CALAMANDREI, Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 78.

¹⁵⁵Esta orientación teórica se recibió de aquí: *“Sin embargo, como también una cognición completa y a fondo sobre el punto exclusivo del peligro podría exigir una dilación incompatible con la urgencia de la providencia, la declaración de certeza del peligro puede obtenerse de diversas maneras, correspondientes a las especiales finalidades asegurativas a que cada tipo de medida cautelar deber servir.”* CALAMANDREI Piero; *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 78 y 79.

¹⁵⁶Por ejemplo, en el proceso penal si el o la juez ordena conforme a ley la citación del imputado para su comparecencia a un acto o diligencia, y éste no se presenta, procede la aplicación de la medida cautelar de la detención provisional, según el número 1 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (Art. 330, número 1, Pr. Pn. 2008); y si el imputado no tiene una justificación legítima de su incomparecencia la medida continua vigente. Este sería un caso regulado por la ley procesal penal como criterio del peligro de fuga (*periculum in mora*), fundamentado en la incomparecencia del imputado a un acto del juicio.

jurisprudencia constitucional, como por ejemplo, y entre muchas otras, que las autoridades en sus resoluciones establezcan la configuración de los presupuestos para decretar la medida precautoria más grave, manifestando las razones conforme a las cuales consideran que dichos presupuestos concurren, e indicando la mínima actividad probatoria incorporada al proceso que sirve de cimiento objetivo, mínima actividad que no solamente debe invocarse, sino, además, debe constar en el proceso penal.” ¹⁵⁷

Por último, el *periculum in mora* de las medidas cautelares civiles y mercantiles es regulado por el Inc. 1º del Art. 433 Código Procesal Civil y Mercantil, estableciendo los elementos de urgencia y peligro específico por la demora del proceso. En las medidas cautelares penales, los criterios objetivos y subjetivos de estos presupuestos son regulados en el No. 2 del Art. 292 y Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 329, y Art. 330 Pr. Pn. 2008). Debe enfatizarse el hecho que en las cautelas personales penales, además de los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, comunes a toda medida cautelar, debe acreditarse la obstrucción de la investigación.

2.4.3 *Mínima actividad probatoria del fumus boni iuris y periculum in mora*

Para evitar medidas cautelares arbitrarias es necesaria la mínima actividad probatoria en el establecimiento del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*¹⁵⁸, este principio adquiere relevancia constitucional por su vinculación

¹⁵⁷ Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 36-2008, de las 12 horas, del 8/07/2008. Consultada el 10/07/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

¹⁵⁸ La motivación de las resoluciones judiciales desempeña una función de garantía contra la arbitrariedad, en ese sentido, si el o la juez no fundamenta la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar tomada se tornaría en una medida arbitraria, lo cual en caso de no ser protegido por la jurisdicción ordinaria, es motivo de agravio en la demanda de AMPARO, este criterio está inmanente en el extracto jurisprudencial siguiente:

con la presunción de inocencia, en sus expresiones de trato al imputado y de valoración de prueba, por tanto, debido a la anticipación de los efectos prácticos de una eventual sentencia condenatoria, realizados provisionalmente por las medidas cautelares, es imprescindible la mínima actividad probatoria para decretar su procedencia.

Esta necesidad es todavía más imperante cuando la medida cautelar es tan grave como la detención provisional, donde el efecto provisional es la privación de la libertad física, existiendo varios casos resueltos a favor del imputado por nuestra jurisprudencia constitucional de hábeas corpus, debido al irrespeto a esta mínima actividad¹⁵⁹. La referida mínima actividad probatoria en la comprobación del *fumus boni iuris* y *el periculum in mora* es exigida por el último inciso del Art. 433 del Código Procesal Civil y Mercantil¹⁶⁰, debiendo el solicitante relacionar las pruebas o indicios en la solicitud de la medida cautelar como requisito de admisibilidad. En el proceso penal, la mínima actividad probatoria se establece, para el *fumus boni iuris* en el No. 1 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 329 Pr. Pn. 2008)¹⁶¹; lo cual constituye un requisito de admisibilidad del Requerimiento

“En tal virtud, las medidas cautelares proveídas en sede ordinaria no constituyen materia de conocimiento de la jurisdicción constitucional, salvo que sean arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas, debiéndose en consecuencia éstas debatir y resolver en principio de acuerdo a la ley secundaria que las rige.” –Improcedencia, AMPARO, Ref. 768-2004 de las 12:05 horas, del día 2/02/2005. Consultada el 10/07/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

¹⁵⁹ Por ejemplo, en el hábeas corpus relacionado a continuación, la Sala de lo Constitucional examina si hubo la mínima actividad probatoria en la comprobación de la probable participación delincuencia (*fumus boni iuris*) del imputado, por lo que se sugiere su estudio: Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 36-2008; de las 12 Horas, del día 8/07/2008, la cual puede ser consultada en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

¹⁶⁰ La Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, regula el *fumus boni iuris* y *el periculum in mora* en los números 1 y 2 de su Art. 728.

¹⁶¹ Al respecto se transcribe el siguiente párrafo de hábeas corpus: “Así, del análisis de la actuación apuntada, se logra inferir que la Jueza de Instrucción, se limitó a plasmar las

Fiscal, según el ordinal 3º del Art. 247 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 294 Pr. Pn. 2008); y para el *periculum in mora* en el No. 2 del Art. 292, y Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329, y Art. 330 Pr. Pn. 2008).

2.4.4 *Fundamentación del fumus boni iuris y del periculum in mora*

En el Capítulo V de la presente investigación, se estudia la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales como una exigencia de la seguridad jurídica y del derecho de defensa, enfocada como garantía contra la arbitrariedad. Esta actividad judicial constituye un deber de la o el juzgador de explicación acerca de las razones de la decisión tomada, lo cual posibilita el control judicial mediante los recursos ante instancias superiores; en ese mismo sentido, fundamentar el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, aplicando las técnicas de la argumentación, constituye otra condición de procedencia de la resolución cautelar; este criterio es apoyado por nuestra jurisprudencia constitucional¹⁶². La base legal de la

consideraciones del delito calificado como Apropiación o Retención Indevida, a partir de lo dicho por la representación fiscal en el requerimiento fiscal respectivo y la parte acusadora en su escrito de querrela, no haciendo referencia a los indicios probatorios contenidos en el proceso penal; con lo cual no se logra evidenciar si dentro del proceso penal se ha cumplido con una mínima actividad probatoria para imputar al favorecido el cometimiento del ilícito penal; y es que, de no existir la misma, la restricción de libertad de la persona que la sufre sería contraria a lo establecido en la Constitución.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 92-2005, de las 12:22 horas, del 5/1/2005. Consultada el 29/08/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

¹⁶²Por ejemplo, enseguida se copia un fragmento de hábeas corpus, en el cual se procede a examinar si existe la suficiente motivación del *fumus boni iuris*: “*En consecuencia, en atención a lo consignado por la peticionaria sobre lo cual esta Sala puede pronunciarse, en el presente caso se examinará si la detención provisional impuesta al señor Hernández Contreras, en lo que atañe al presupuesto del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, ha sido impuesta conforme a una resolución motivada en la cual la autoridad jurisdiccional explicita la configuración de la existencia del delito y la probable participación del procesado, y que permita constatar la existencia de una mínima actividad probatoria que soporte tal configuración...*” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 7-2008 Acumulados, de las 10 horas, del 26/06/2009. Consultada el 29/08/2010 en

obligación de motivar las resoluciones judiciales en el proceso civil y mercantil son los Arts. 216 y 218 del Código Procesal Civil y Mercantil. Y en el caso del proceso penal son los Arts. 3, Inc. 3º y Art. 130 Pr. Pn. 1996 (Art. 4, Inc. 3º y Art. 144 Pr. Pn. 2008).

2.5 ***Extraterritorialidad de la ejecución de las Medidas Cautelares***

Hasta aquí se han estudiado los temas básicos de la teoría general de las medidas cautelares, tratando su objeto de estudio, la distinción entre tutela cautelar y tutela preventiva, las características esenciales de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Para cerrar este Capítulo se estudiara el ámbito de aplicación de la medida cautelar en el espacio, referido a la extensión de sus efectos fuera del territorio nacional del juez que las emitió, pues, la efectividad de la sentencia definitiva puede en algunos casos verse frustrada por la falta de arraigo del demandado o imputado, o bien, por la carencia de bienes en el país donde se sigue la causa en su contra. Por tanto, ante esas situaciones se estudiarán los mecanismos de la extraterritorialidad de la ejecución de las medidas cautelares civiles y penales, regulados por las leyes vigentes en El Salvador.

Del estudio de este tipo de leyes vigentes, se exceptúa la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, suscrita por el gobierno salvadoreño pero no ratificada por el Legislativo, por tanto, no constituye ley de nuestra república. Se incluye por haber servido de modelo a la regulación de la Cooperación Judicial Internacional en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil. Además, se comenta brevemente el *Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada*,

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

el cual está suscrito pero no ratificado por la mayoría de Estados miembros del SICA, pero debido a su pertenencia a la serie de instrumentos jurídicos del Derecho Comunitario centroamericano es meritorio relacionarlo.

2.5.1 *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (pendiente de ratificación por El Salvador)*

Esta Convención fue adoptada en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979, por varios Estados miembros de la OEA, siendo hasta la fecha Ratificada, Aceptada y declarada en Adhesión solamente por siete países, los cuales son: Argentina, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Guatemala y Colombia¹⁶³; y Suscrita pero no Ratificada por los nueve siguientes: Bolivia, Chile, El Salvador¹⁶⁴, Costa Rica, Haití, Honduras, Panamá, República Dominicana y Venezuela¹⁶⁵.

La *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*¹⁶⁶ se enmarca en la serie de Instrumentos Jurídicos Interamericanos adoptados por la OEA para la promoción de la Cooperación Jurídica y Judicial entre sus miembros, y los países que sin ser miembros

¹⁶³Del total de 35 Estados miembros de la OEA (ver página oficial de la OEA, lista de Estados miembros en http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp -Consultada el 2 de julio de 2010), sólo en este 20% de países es Ley de sus respectivas Repúblicas la presente Convención Interamericana.

¹⁶⁴En el caso de nuestro país, firmó la Convención el 8 de noviembre de 1980, pero a la fecha no ha sido Ratificada, Aceptada ni declarada en Adhesión, por tanto, debe quedar muy claro que esta *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* no constituye ley de la República de El Salvador.

¹⁶⁵Se sugiere ver el Estado de Firmas y Ratificaciones de esta Convención, consultado por el presente trabajo el 2 de julio de 2010, en el sitio web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>

¹⁶⁶El Texto íntegro de esta Convención puede consultarse en la página oficial del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA) en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html>

soliciten su adhesión. Esta expresión de la Cooperación Internacional busca desarrollar mecanismos operativos en la aplicación de las normas interamericanas. Lo anterior se funda en lo siguiente:

*“Como se encuentra señalado en la carta constitutiva de la OEA y reafirmado en la "Declaración de Panamá sobre la contribución interamericana al desarrollo y la codificación del derecho internacional" (Res. AG-EC.12, XXVI-0-96), el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y en esa medida los tratados adoptados en el ámbito de la Organización constituyen un valioso patrimonio que es necesario preservar, desarrollar y difundir ampliamente...En ese sentido, el aporte de este documento está constituido por la información sobre el contenido y estado actual de suscripciones, ratificaciones y vigencia de los tratados interamericanos en lo referido a la cooperación jurídica y judicial, que debe cumplir un papel fundamental para alcanzar una efectiva operatividad de las normas y una garantía para avanzar en la obtención de los objetivos comunes acordados por los Estados miembros.”*¹⁶⁷

Ahora bien, el principio de cooperación jurídica y judicial internacional se diferencia del principio sobre cumplimiento de sentencias extranjeras, las cuales son ejecutadas por los países con base a Convenciones, Tratados especiales, procedimientos internos de homologación de resoluciones extranjeras; etc.; por tanto, cuando el interesado solicita una medida cautelar anterior a la sentencia principal, en este caso opera el principio de Cooperación Jurídica y Judicial Internacional. En cambio, si la medida cautelar responde a un acto para el cumplimiento de la sentencia extranjera

¹⁶⁷ Organización de los Estados Americanos (OEA); Departamento de Derecho Internacional; *“LA COOPERACIÓN JURÍDICA Y JUDICIAL EN LAS AMÉRICAS (Documento presentado por la Secretaría General/Subsecretaría de Asuntos Jurídicos)”*; transcripción de los incisos 2º y 3º de la Presentación de este documento. Consultado el 3 de julio de 2010 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/doccoope.htm>

y busca su efectividad práctica, se está ante el principio de la Ejecución de una Resolución Judicial Extranjera; estos planteamientos se fundan en la siguiente cita literal, que toma a su vez como base las soluciones establecidas por los Tratados de Montevideo¹⁶⁸:

*“Retomamos el pensamiento de Goldschmidt, ... Cuando mediante el embargo se persigue una finalidad extraterritorial, anterior a la ejecución o reconocimiento de la sentencia definitiva, se está en la presencia de un instituto perteneciente a la problemática de la cooperación judicial internacional. Si, en cambio, se dispone el cumplimiento del embargo, después de dictada la sentencia y en instancia de ejecución o reconocimiento de ésta, la figura del embargo pasa a integrar el capítulo del cumplimiento de las resoluciones definitivas extranjeras. Con arreglo al objeto de esta tesis, procede el examen del embargo en su función de su pertenencia a la colaboración judicial interetática, examinando particularmente las soluciones establecidas por los tratados de Montevideo...”*¹⁶⁹

¹⁶⁸ Tratados de Montevideo de 1889 y 1939-1940, sobre Derecho internacional Privado, que regula las siguientes materias: *“Tratado de Derecho Civil Internacional y Tratado de Derecho Comercial Internacional* (suscritos en Montevideo, Uruguay, el 12 de febrero de 1889); *Tratado de Derecho Procesal Internacional del 11 de enero, Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística del 11 de enero, Tratado de Patentes de Invención del 16 de enero, Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica del 16 de enero* (Montevideo, 1889). *Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889*. También comprende los siguientes: *Tratado de Derecho Civil Internacional, Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional, Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, Tratado de Derecho Procesal Internacional* (todos adoptados en Montevideo, el 19 de marzo de 1940) *Tratado sobre Propiedad Intelectual del 4 de agosto de 1939. Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940”*. En cuanto a su ratificación, los Tratados de 1889 han sido ratificados por: Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay (Ecuador sólo ratificó el de Profesiones Liberales); y los Tratados de 1939 y 1940 han sido ratificados por: Argentina, Paraguay y Uruguay. Fuente: pagina web de María Blanca Noodt Taquela (abogada). Consultora en Derecho Internacional; Buenos Aires, Argentina; consultada el 4 de julio de 2010 en <http://www.noodttaquela.com.ar/tratados.htm>

¹⁶⁹ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares. Comentarios a la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares...*; ob. cit.; pág. 347.

2.5.1.1 *Clases de Medidas Cautelares reguladas en la Convención*

El Art. 2 de la Convención, menciona medidas cautelares reales y personales de forma enunciativa, por tanto, pueden requerirse otras medidas cautelares del mismo género, relativas a las materias reguladas por la misma Convención; como ejemplos, regula la custodia de hijos y alimentos provisionales; el aseguramiento de bienes muebles e inmuebles, mediante el embargo; la anotación preventiva de la demanda y la intervención judicial de empresas; en consecuencia, por la especialidad de Derecho Internacional de Derecho Privado de esta Convención, puede concluirse que su objeto corresponde con los procesos civil, mercantil y familiar.

2.5.1.2 *Trámite de Ejecución*

La parte interesada puede pedir al juez de la causa la adopción de medidas cautelares en país extranjero; luego mediante exhorto o carta rogatoria a través de los medios consulares o diplomáticos, debe requerir a la autoridad designada en el país extranjero (Art. 13 de la Convención)¹⁷⁰, la ejecución de la medida cautelar, la cual es procedente si reúne los requisitos establecidos en los artículos 14 y 15 de la Convención. En cuanto a las costas del trámite corren por cuenta del interesado, según el Art. 16 de la

¹⁷⁰La autoridad competente de país extranjero para canalizar el exhorto o carta rogatoria es asignada por el mismo gobierno suscriptor, quien deberá informarlo a la Secretaría General de la OEA (último inciso, Art. 13 de la Convención); como ejemplo tenemos Argentina, donde la autoridad asignada para esta tarea, y por tanto competente, es el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, el cual recibe los exhortos y las Cartas rogatorias, esto fue informado por el gobierno argentino a la Secretaría de la OEA el 4 de septiembre de 1984. Por su parte, Uruguay designó al Ministerio de Educación y Cultura como la Asesoría Central de Cooperación Jurídica Internacional, informándolo el 30 de agosto de 1985. Esta información se consultó el 4 de julio de 2010, en el sitio web de la OEA, Departamento de Derecho Internacional; Estado de Firmas y Ratificaciones de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>

Convención; pero si la medida cautelar se trata de alimentos provisionales, es aplicada de oficio sin necesidad de relacionar por quien corren las costas (Art. 16, Inc. 2º de la Convención).

2.5.2 Regulación de la Cooperación Judicial Internacional en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño

El Código Procesal Civil y Mercantil de nuestro país, regula esta forma de Cooperación Internacional en el Libro I, Título IV, Capítulo II “*Cooperación Judicial Internacional*”, del artículo 149 al artículo 159, bajo la condición de reciprocidad entre los Estados. Otorga a los particulares interesados la facultad de solicitar de los tribunales salvadoreños la realización de requerimientos a los tribunales extranjeros para ejecutar actos de mero trámite, medidas cautelares y sentencias extranjeras.

2.5.2.1 Alcances y efectos de la regulación

El Art. 149 del Código Procesal Civil y Mercantil regula el principio de Cooperación Judicial Internacional en El Salvador, sustentado a su vez bajo condición de reciprocidad (última parte, del último inciso del Art. 154 y última parte del 2º inciso del Art. 157, ambos del Código Procesal Civil y Mercantil). Sus efectos y alcances comprende el requerimiento de actuaciones de mero trámite (Art. 151 Código Procesal Civil y Mercantil), providencias cautelares (Art. 154 Código Procesal Civil y Mercantil), y providencias definitivas (Art. 157 Código Procesal Civil y Mercantil). La parte interesada puede impulsar la ejecución del mero trámite, de la medida cautelar y de la sentencia definitiva, transmitiendo el requerimiento por exhorto o carta rogatoria a

través de las vías diplomáticas –agentes consulares y diplomáticos– (Art. 152 Código Procesal Civil y Mercantil).

2.5.2.2 Regulación de los actos de mero trámite

En relación a los actos de mero trámite estipulados en el Art. 151 del Código Procesal Civil y Mercantil¹⁷¹, además de complementarse con la *Convención Interamericana Sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*¹⁷²; también es aplicable en estos trámites la *Convención Interamericana Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*¹⁷³, las cuales son leyes de nuestra

¹⁷¹Este Art. 151 del Código Procesal Civil y Mercantil, menciona como ejemplos de actos procesales de mero trámite la notificación, citación, emplazamiento, obtención de prueba e informes; en ese sentido se complementa con la *Convención Interamericana Sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*, la cual según su Art. 2 está limitada a los actos procesales civiles y mercantiles siguientes: “a. La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b. La recepción y obtención de pruebas de informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto.”; inclusive, en su Art. 3 esta Convención reitera la anterior limitación, y prohíbe expresamente en especial los actos coactivos.

¹⁷²CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXHORTOS O CARTAS ROGATORIAS, suscrita por El Salvador (contiene reserva del Art. 7, y una declaración); ratificada por Decreto Ley No. 236 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, del 19 de mayo de 1980; publicado en Diario Oficial No. 98, Tomo 267, del 27 del mismo mes y año. Esta Convención tiene vigencia en 17 países miembros de la OEA, equivalente al 48.6% del total, siendo estos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela; y España que declaró su Adhesión el 14 de julio de 1987 –Fuente: sitio web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Estado de Firmas y Ratificación de la *Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias*; consultada el 5 de julio de 2010 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-36.html>

¹⁷³Así también, supletoriamente debe aplicarse la *CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RECEPCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO*; ratificada por Decreto N° 236 de la Junta Revolucionaria de Gobierno, el 19 de mayo de 1980, publicado en el Diario Oficial N° 98, Tomo 267, del 27 de mayo de 1980; la cual está vigente en 15 países miembros de la OEA, correspondiente al 42.86% del total; siendo los siguientes: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela .–Fuente: sitio web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Estado de Firmas y Ratificación de la *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*; consultada el 5 de julio de 2010 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-37.html> –. El Art. 2 de esta Convención regula como objeto: “Los exhortos o cartas rogatorias emanados de

República aplicables en materia civil y mercantil. Asimismo, en este procedimiento debe tenerse en cuenta la regulación de los Exhortos y las Cartas rogatorias regulados en los Arts. 388 a 393 del Código de Bustamante, en el cual desde 1928 ya se encuentran las mismas reglas relativas a la tramitación de estos actos por la vías diplomáticas (Art. 388); el examen de legalidad, competencia y oportunidad del acto, de conformidad a las leyes del juez exhortante, sin perjuicio de la jurisdicción del juez exhortado (Art. 389); el juez exhortado resuelve la petición hasta el alcance de su competencia (Art. 390). Para el cumplimiento del objeto del exhorto o carta rogatoria, rigen las leyes del juez exhortante, y la forma del procedimiento es según las leyes del exhortado (Art. 391); el exhorto debe estar redactado en el idioma del juez requeriente, acompañado de una traducción al idioma del juez requerido (Art. 392); el gasto es cubierto por los interesados (Art. 393)¹⁷⁴.

2.5.2.3 Regulación del cumplimiento de medidas cautelares

Los requisitos de procedencia para la ejecución extraterritorial de las medidas cautelares serán según las leyes del Estado requirente, pero su ejecución y cumplimiento efectivo se rigen de conformidad a las Leyes de

procedimiento jurisdiccional en materia civil o comercial, que tuvieren como objeto la recepción u obtención de pruebas o informes, dirigidos por autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención o las de otro de ellos”

¹⁷⁴Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), adoptado por los países miembros de la UNIÓN PANAMERICANA –Organismo interamericano anterior a la OEA-; suscrito por El Salvador el 20 de febrero de 1928; y Ratificado por Decreto Legislativo sin número, del 30 de marzo de 1931; publicado en el Diario Oficial del 10 de junio de 1931. Este Código fue ratificado por los siguientes países: El Salvador, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela –Esta información y el Código de Bustamante fueron consultados el 3 de julio de 2010, en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Tratado Internacional # 151 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/lnsgeneral.htm>

nuestro país (Art. 154 Código Procesal Civil y Mercantil). El tercero excluyente puede plantear ante el o la juez salvadoreño su oposición a la ejecución de las medidas cautelares requeridas, sólo con el único efecto de comunicarse esta oposición a la autoridad judicial del Estado requirente, sin embargo, si la tercería es de dominio y de cualquier otro derecho real¹⁷⁵, la oposición surtirá efectos en El Salvador (Art. 155 Código Procesal Civil y Mercantil). El cumplimiento de la medida cautelar no obliga al Estado salvadoreño a la ejecución de la sentencia definitiva extranjera (Art. 156 Código Procesal Civil y Mercantil).

2.5.2.4 Impropia regulación del cumplimiento de sentencias extranjeras en el Art. 157 del Código Procesal Civil y Mercantil

La regulación del Art. 157 del Código Procesal Civil y Mercantil, no obstante estar comprendida en el Capítulo Segundo acerca de la Cooperación Judicial Internacional, corresponde a un tema de cumplimiento de sentencias extranjeras, y por tanto, no pertenece a la esfera de esta clase de Cooperación. El artículo 157 del referido Código, establece la facultad de la Corte Suprema de Justicia para tomar medidas cautelares durante el proceso ejecutivo de una sentencia extranjera, de esta manera se complementa con la atribución 13ª del Art. 51 de la Ley Orgánica Judicial¹⁷⁶, como competencia de la Corte Plena para “*Conceder el exequátur correspondiente a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros...*”, bajo el procedimiento estipulado del Art. 451 al Art. 454, del Código de

¹⁷⁵ Los derechos reales están enumerados en el Inc. 3º, del Art. 567 del Código Civil, que dice: “*Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.*”

¹⁷⁶ Ley Orgánica Judicial (con sus últimas reformas de mayo de 2000), Decreto Legislativo No. 123, del 6/06/1984, publicado en el Diario Oficial No. 115, Tomo 283, del 20/06/1984.

Procedimientos Civiles derogado; y del Art. 555 al Art. 558 del Código Procesal Civil y Mercantil¹⁷⁷.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que si la sentencia emana de un tribunal de país extranjero con el cual El Salvador tiene Convenios bilaterales en esta materia, o bien, esté obligado por Tratado Internacional multilateral, la autorización de la Corte Plena para ejecutar dicha sentencia no es necesaria, pues, en estos casos la normativa aplicable son esos Instrumentos Jurídicos Internacionales, según el Art. 144 de la Constitución de nuestra República, en relación con el Art. 555 del Código Procesal Civil y Mercantil. Pero si la sentencia es pronunciada por un Tribunal Internacional, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁸, creado por un Tratado Internacional del cual es parte el Estado salvadoreño, y se haya reconocido la jurisdicción de ese tribunal internacional, tampoco es necesaria la autorización de la Corte Plena, de conformidad a la última parte de la atribución 13ª del Art. 51 de la Ley Orgánica Judicial.

¹⁷⁷El Art. 557, al igual que el Art. 157, y otros más del Código Procesal Civil y Mercantil, utilizan la denominación "*Corte Suprema de Justicia*". Esta terminología puede considerarse correcta en el contexto del derecho internacional público, no obstante a su falta de correspondencia con el Art. 50 de la Ley Orgánica Judicial, que estipula la "*Corte Suprema de Justicia en Pleno, o Corte Plena*", como el tribunal competente para autorizar la ejecución de las sentencias extranjeras, en cuyo proceso ejecutivo pueden adoptarse medidas cautelares, pues los trámites de esta naturaleza son realizados en reciprocidad a nivel de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados.

¹⁷⁸La función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es creada por el Art. 33, literal b.; y 52 en adelante, de la Convención Americana de Derechos Humanos – suscrita por los Estados miembros de la OEA el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, iniciando su vigencia el 18 de julio de 1978, según su Art. 74.2–. El objetivo de la Corte es la interpretación y aplicación de la referida Convención, según el Art. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Salvador ratificó la Convención Interamericana de Derechos Humanos por Decreto Legislativo No. 5, del 15 de junio de 1978; publicado en el Diario Oficial No. 113, del 19 del mismo mes y año; y reconoció la Jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por Decreto Legislativo No. 319, del 30 de marzo de 1995; publicado en el Diario Oficial No. 113, del 5 de mayo de 1995.

El ejemplo emblemático en la reciente historia de El Salvador, de sentencias pronunciadas a favor de particulares por un tribunal internacional, es la condena del Estado salvadoreño en el caso de las hermanas Serrano Cruz, mediante tres sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera de las sentencias fue pronunciada el 23 de noviembre de 2004, la cual trata sobre “*Excepciones Preliminares*”; la segunda sentencia fue pronunciada el 1º de marzo de 2005, que se refiere a la “*Sentencia de Fondo y Reparaciones*”; y la tercera sentencia fue emitida el 9 de septiembre de 2005, en relación a la “*Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas (Artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”¹⁷⁹

2.5.2.5 *Relaciones del Código Procesal Civil y Mercantil con la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*

La regulación jurídica de la Cooperación Judicial Internacional en materia de ejecución de las medidas cautelares, establecida del Art. 154 y s.s., del Código Procesal Civil y Mercantil, retoma la doctrina de la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, arriba estudiada, por consiguiente, es válido caracterizar aquellas disposiciones del referido Código con las mismas propiedades de esta Convención, en el sentido de enmarcarse en el Derecho Internacional Privado, bajo el movimiento de objetivos comunes de la Comunidad Internacional a través de la creación de mecanismos operativos para la

¹⁷⁹Estas tres Sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ser consultadas en el documento titulado: ASOCIACION PRO-BÚSQUEDA DE NIÑAS Y NIÑOS DESAPARECIDOS, *Un paso de Justicia y Esperanza contra la Impunidad. Recopilación de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las hermanas Serrano Cruz*, 1ª edición, Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños desaparecidos; San Salvador, El Salvador; 2006.

efectividad de las normas internacionales y de los acuerdos de cooperación, bajo el principio de reciprocidad entre los Estados.

Sin embargo, en las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil relacionadas, en su cotejo también evidencian una influencia de principios, mecanismo operativos, procedimientos y alcance de compromisos, regulados en la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*; así por ejemplo, el Art. 153 de este Código, en correspondencia al Art. 6 de esta Convención, no compromete al Estado requerido a reconocer la sentencia extranjera por acceder a la ejecución de las medidas cautelares. Otro ejemplo ilustrativo de las influencias de la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares* es el Inc. 1º del Art. 3 de la Convención, en relación con el Inc. 2º del Art. 154 del Código, donde ambos regulan la misma regla de aplicación de leyes, así: la procedencia de la medida cautelar es según las leyes del tribunal extranjero que las dictó, pero su ejecución, y su contracautela o garantía, es de conformidad a las leyes del Estado requerido. Un ejemplo más, el tercero opositor puede oponerse a la aplicación de las medidas cautelares, pero con el único objeto de comunicar al Estado extranjero, mediante la devolución del exhorto o carta rogatoria, la existencia de su oposición (Art. 155, Inc. 1º, del Código Procesal Civil, en relación con el Art. 5, del Inc. 1º, de la Convención). Un último ejemplo, el Inc. 1º del Art. 152 del Código Procesal Civil y Mercantil regula el mismo mecanismo operativo para el cumplimiento de las medidas cautelares establecido en el Inc. 1º del Art. 13 de la *Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares*, el cual es por medio de exhorto o carta rogatoria a instancia de parte interesada, solicitado por vía judicial, y por intermedio de cónsules u otros representantes diplomáticos.

2.5.3 *Notificación Roja y Mensaje de Difusión de INTERPOL para la detención y extradición de personas con órdenes de captura*

2.5.3.1 *INTERPOL (descripción de este organismo internacional)*

La Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), constituye la primera organización de policía internacional, y el segundo Organismo internacional, después de la ONU, con mayor número de Estados miembros, contando hasta la fecha con 186 países. Creada el 16 de noviembre de 1923 como “*Comisión Internacional de Policía Criminal (ICPC)*”, luego del Primer Congreso Internacional de Policía Criminal de 1914, celebrado en Mónaco, al cual asistieron agentes de policía, abogados y jueces de 14 países. En 1925, se propone el establecimiento del contacto directo de la Organización con las policías de cada país, evolucionando hasta llegar a la actual red de Oficinas Centrales Nacionales (OCN), ubicadas una por cada país miembro. En 1956 tras la promulgación de su Constitución la *ICPC* se convierte en la INTERPOL, la cual es reconocida como organización intergubernamental por la ONU en 1971, trasladando su sede a Nueva York, Estados Unidos, teniendo su primer representante especial ante Naciones Unidas en 2004¹⁸⁰.

2.5.3.2 *Oficina regional de la INTERPOL para México, Centroamérica y El Caribe (coordinadora de alto nivel)*

La INTERPOL divide sus zonas operativas en las siguientes regiones: *África, América, Asia y Pacífico Sur, Europa, Oriente Medio y Norte de*

¹⁸⁰INTERPOL; “*Breve historia de INTERPOL*”; consultada el 5 de julio de 2010 en el sitio web oficial de la INTERPOL en <http://www.interpol.int/public/icpo/governance/sg/historyES.asp>

África. En la actualidad se ha fundado recientemente una Oficina Regional de la INTERPOL con sede en El Salvador, para atender la región comprendida por México, Centroamérica y El Caribe, en virtud del Convenio suscrito entre el Ministro de Seguridad Pública y Justicia del gobierno salvadoreño y el Secretario General de la INTERPOL, el día 7 de abril de 2009, siendo ésta la sexta oficina regional establecida en el mundo¹⁸¹. Esta Oficina Regional no debe confundirse con la Oficina Central Nacional de la INTERPOL, ubicada en cada país, aún con sus vínculos estrechos, pues, por ejemplo, la referida Oficina Regional con sede en nuestro país¹⁸² opera como una Secretaría Técnica de una estructura compleja creada por el más alto nivel de los principales mandos de policía de esta zona, los cuales se coordinan en la denominada “Comisión de Jefes y Directores de Policía de Centroamérica, México y el Caribe (CJPCAMC)”; lo antes expuesto se deduce de lo siguiente:

“La relación principal de la OR-SAN es con la Comisión de Jefes y Directores de Policía de Centroamérica, México y el Caribe (CJPCAMC) de la cual desde este año 2009, la OR-SAN es la Secretaría Técnica. Para ello el Secretario General, Sr. Ronald NOBLE, visitó Nicaragua en abril de 2009 donde firmó el convenio entre las dos organizaciones. Los países miembros de la CJPCAMC son Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Haití,

¹⁸¹La Prensa Grafica; “Interpol formaliza instalación de sede centroamericana en El Salvador”; noticia publicada el martes 7 de abril de 2009; consultada el 5 de julio de 2010 en <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/judicial/27076--interpol-formaliza-instalacion-de-sede-centroamericana-en-el-salvador.html>

¹⁸²A escala mundial con esta Oficina regional instalada en El Salvador suman seis Oficinas de esta clase funcionando en diversas regiones, esto puede verificarse en la siguiente nota: “En el mundo existen seis de estas oficinas, que son: Abijan, Costa de Marfil; Nairobi, Kenia; Harare, Zimbabwe; Bangkok, Tailandia; Buenos Aires, Argentina y San Salvador, El Salvador.” –El Diario de Hoy, “El Salvador albergará oficina de la Policía Internacional”; noticia publicada el martes 7 de abril de 2009; consultada el 5 de julio de 2010 en http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=3520612

Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana¹⁸³

2.5.3.3 Oficina Central Nacional de la INTERPOL-El Salvador (encargada de la ejecución de las órdenes internacionales de capturas)

Esta constituye la Oficina específica de la INTERPOL para El Salvador como estado miembro de este organismo internacional. Esta Oficina forma parte de la Policía Nacional Civil, entidad operativa que inicia la persecución de las personas con órdenes de captura giradas por el sistema de notificaciones de la INTERPOL¹⁸⁴. En relación al funcionamiento de este sistema de notificaciones debe mencionarse que el mismo se clasifica con los colores Rojo, Azul, Verde, Amarilla, Negra, Naranja; y Notificaciones especiales de la INTERPOL y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁸⁵, las cuales son utilizadas para tareas específicas, según la función

¹⁸³ INTERPOL; “Oficinas Regionales. OR- San Salvador”; sitio web oficial de la INTERPOL; consultada el 5 de julio de 2010 en <http://www.interpol.int/Public/lcpo/srb/sansalvadorES.asp>

¹⁸⁴ A propósito de la misión de la INTERPOL-EL SALVADOR, se transcribe lo siguiente: “transmitir e intercambiar con la organización internacional de policía criminal, otros países o instituciones salvadoreñas competentes información relacionada a crímenes, sobre autores y cómplices, proceder a la captura o búsqueda de los mismos y poner a disposición de autoridad judicial si fuera requerido; enviar a nivel internacional las ordenes de captura cuando en ellas se disponga. Facilitar en todo momento la ejecución de cartas rogatorias, investigaciones y cualquier seguimiento informático que se solicite a esta división” –Policía Nacional Civil de El Salvador; página web oficial; consultada el 5 de julio de 2010 en http://www.pnc.gob.sv/conocenos/div_interpol.php

¹⁸⁵ Cada uno de los colores asignados al tipo de notificación corresponde a una acción específica, teniendo las siguientes: “**Rojas**- Se utilizan para solicitar la detención preventiva con miras a la extradición de una persona buscada, y se basan en una orden de detención o en una resolución judicial. **Azules** - Se utilizan para conseguir más información sobre la identidad de una persona, su paradero o sus actividades delictivas en relación con un asunto penal. **Verdes** - Se utilizan para difundir alertas o información policial sobre personas que han cometido delitos en un país y es probable que vuelvan a cometerlos en otros. **Amarillas** - Se utilizan para ayudar a localizar a personas desaparecidas, especialmente menores, o a descubrir la identidad de personas incapaces de identificarse a sí mismas. **Negras** - Se utilizan para buscar información sobre cadáveres sin identificar. **Notificaciones especiales de INTERPOL y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas** - Se

señalada para cada tipo de color por dicho sistema de notificaciones. Además de ese sistema, la INTERPOL utiliza el “mensaje de difusión”, enviado por cualquier Oficina Central Nacional de un país miembro, solicitándose la detención y extradición de una persona con órdenes de captura; esto último se funda en lo siguiente:

*“Otra herramienta de uso frecuente es el mensaje de difusión: el que envía una OCN a algunos o a todos los países miembros a través del sistema mundial de comunicación policial de INTERPOL, I-24/7 para solicitar la detención o localización de una persona o para recabar información complementaria en relación con una investigación policial. En 2009 se registraron 15.561 mensajes de difusión en la base de datos nominales de INTERPOL. A finales de 2009 estaban en circulación 28.295 notificaciones y 46.578 mensajes de difusión. El número total de personas objeto de notificaciones o de mensajes de difusión detenidas desde 2000 es de 31.765.”*¹⁸⁶

*utilizan para alertar a la policía sobre grupos y personas que son objeto de las sanciones impuestas por la ONU a Al Qaeda y los talibanes. **Naranjas** - Se utilizan para alertar a la policía, a los organismos públicos y a las demás organizaciones internacionales sobre materiales peligrosos, actos delictivos o hechos que representan un peligro potencial para la seguridad pública.”* –INTERPOL, Notificaciones; página web oficial de la INTERPOL en http://www.interpol.int/pv_obj_cache/pv_obj_id_32B75A6A824B56BA94CD684C62AEBD4D286E0300/filename/GI02es.pdf (Consultada el 5 de julio de 2010).

¹⁸⁶En cuanto al proceso de publicación de las notificaciones, la instancia competente es la Secretaria General de la INTERPOL, la cual se basa en las solicitudes de las OCN, y demás organismos con los cuales tenga acuerdos especiales la INTERPOL; sin embargo, estas solicitudes deben reunir unos requisitos, al respecto se transcribe lo que sigue: “De conformidad con la normativa de INTERPOL, la Secretaría General sólo publica notificaciones que reúnen todas las condiciones necesarias para el tratamiento de la información. Por ejemplo, no se puede publicar una notificación que viole el artículo 3 del Estatuto, en el que se prohíbe a la Organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos que revistan un carácter político, militar, religioso o racial. Asimismo, la Secretaría General se reserva el derecho a negarse a publicar una notificación si no lo considera conveniente o supone un peligro para la cooperación policial internacional, la Organización, su personal o los países miembros.” –Lo antes expuesto, y la cita de arriba tienen como fuente: INTERPOL, Notificaciones; página web oficial de la INTERPOL; ob. cit.

2.5.3.4 *Notificación roja de las Oficinas Centrales Nacionales (orden de detención preventiva con miras a la extradición)*

La notificación roja en el sistema de notificaciones de la INTERPOL es una solicitud de detención provisional para hacerse efectiva en país extranjero por competencia de la Oficina Central Nacional requerida, con el propósito de capturar a la persona y extraditarla al país requirente. En esta notificación es suficiente con la orden judicial de detención o la sentencia condenatoria emanada de la autoridad judicial correspondiente. En algunos Convenios bilaterales y multilaterales suscritos entre los gobiernos, existe el reconocimiento de status oficial de la INTERPOL, para transmitir la orden de detención provisional¹⁸⁷.

Como ejemplo del funcionamiento del sistema de notificación roja se tiene la captura, y posterior extradición desde Francia hacia nuestro país, del ciudadano salvadoreño Carlos Augusto Perla, ex-presidente de ANDA. La captura la hizo efectiva la INTERPOL-Francia el 28 de enero de 2004, en virtud de la orden de captura girada en su contra por el Juzgado Noveno de Instrucción de San Salvador, el 31 de octubre de 2003, por los delitos de Enriquecimiento Ilícito, Asociaciones Ilícitas, Peculado y Negociaciones Ilícitas. En este caso, la petición de extradición fue tramitada vía diplomática

¹⁸⁷Estas afirmaciones se basan en la siguiente información: *“El fundamento jurídico de las notificaciones rojas es la orden de detención o la sentencia judicial expedida o dictada por las autoridades judiciales del país interesado. Muchos países miembros de la Organización consideran que la notificación roja de INTERPOL equivale a una solicitud de detención preventiva válida. Además, en varios convenios bilaterales y multilaterales de extradición, tales como el Convenio Europeo de Extradición, el Convenio de Extradición de la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO) y el tratado modelo de las Naciones Unidas sobre la extradición, se reconoce a INTERPOL como un conducto oficial para transmitir solicitudes de detención preventiva.”* –INTERPOL, Notificaciones; página web oficial de la INTERPOL; ob. cit.

a través de Cancillería, institución encargada de canalizar el Supplicatorio realizado por la Corte Suprema de Justicia¹⁸⁸.

2.5.4 *Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada (pendiente de ratificación por El Salvador)*

Este Tratado está comprendido dentro del derecho comunitario, referido a la región centroamericana; y es clasificado en el conjunto de instrumentos jurídicos emanados del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), conformado por Belice, Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, y como Estado asociado República Dominicana¹⁸⁹.

El presente Tratado fue suscrito por los gobiernos de Belice, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana en la ciudad de León, Santiago de los Caballeros, República de Nicaragua, el 2 de diciembre de 2005, y hasta la fecha ha sido ratificado solamente por la República de Honduras¹⁹⁰. En el caso de El Salvador, y el resto de países suscriptores no aparecen como depositarios del Tratado, por lo tanto, aún carece de efectividad en la región.

¹⁸⁸ La Prensa Grafica; *"Perla detenido"*; publicación del 29 de enero de 2004; consultada el 5 de julio de 2010, en <http://archive.laprensa.com.sv/20040129/nacion/nacion18.asp>

¹⁸⁹ En la nomina de países miembros aparecen estos 7 países centroamericanos; un país asociado del Caribe; 4 países Observadores regionales, los cuales son: México, Argentina, Chile y Brasil; y 4 Observadores extrarregionales, siendo estos: España, China, Alemania e Italia. Fuente: SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), *Estados Miembros*; consultada el 6 de julio de 2010, en el sitio web oficial del SICA ubicado en la siguiente dirección electrónica: <http://www.sica.int/miembros/miembros.aspx?IdEnt=401>

¹⁹⁰ Ratificación en virtud del Decreto N° 31-2007, del Congreso Nacional de Honduras; publicado en la Gaceta, Diario Oficial de Honduras, N° 31,341, del 28 de junio de 2007. Depositando este Tratado en la Secretaria General del SICA, el 05/09/07; Fuente: SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), *Secretaría General*; consultada el 6 de julio de 2010, en el sitio web oficial del SICA ubicado en la siguiente dirección: <http://www.sica.int/busqueda/Centro%20de%20Documentación.aspx?IDItem=5032&IdCat=10&IdEnt=1&Idm=1&IdmStyle=1>

El objeto del presente Tratado es la detención y extradición simplificada de personas condenadas a pena de prisión, o con orden de captura por haberseles decretado la detención provisional, en ambos casos por delitos con un mínimo de un año de prisión (Art. 3). El Tratado establece la asignación de una Autoridad Central por cada Estado para canalizar las peticiones del Estado requirente (Art. 2), así como también las formalidades de la solicitud (Art. 4); Comunicación de la orden (Art. 6); Derechos y Garantías de las personas detenidas (Art. 7); procedimiento de la detención (Art. 8); casos de improcedencia de la solicitud (Art. 5); y otros¹⁹¹.

2.6 ***A manera de conclusión***

La teoría general de las medidas cautelares brinda las herramientas conceptuales básicas para la comprensión y la correcta utilización de sus institutos precautorios, por tanto, es imprescindible su estudio y asimilación para todas las ramas del derecho procesal, en este sentido, conocer las aplicaciones penales de dicha teoría, permite evaluar con un criterio técnico de calidad la situación actual de la detención provisional, y su regulación jurídica, en El Salvador.

¹⁹¹El texto completo del *Tratado Centroamericano relativo a la orden de detención y extradición simplificada* puede consultarse en el sitio web oficial del SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), *Secretaría General*; en esta dirección: <http://www.sica.int/busqueda/Centro%20de%20Documentación.aspx?IDItem=5032&IdCat=10&IdEnt=1&Idm=1&IdmStyle=1>

CAPITULO III

MEDIDAS CAUTELARES CIVILES Y MEDIDAS CAUTELARES PENALES

El avance de la teoría de las medidas cautelares, y de sus aplicaciones, ha logrado sus mejores resultados en el terreno procesal civil¹⁹². De la anterior materia hubo un traslado de postulados teóricos al campo procesal penal, adaptados a las singularidades de este proceso, en el cual se retomaron los principios del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, las principales características de las providencias cautelares, e inclusive el uso de institutos cautelares civiles, traducidos en el terreno procesal penal como *medidas cautelares reales o patrimoniales penales*.

Según lo antes expuesto, para la y el juez penal es elemental estudiar las medidas cautelares civiles, pues, en las medidas cautelares patrimoniales penales operan las reglas del proceso civil, de conformidad al Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008); además, y esto es lo fundamental, porque para comprender la naturaleza cautelar procesal muchas veces contradictoria de algunas medidas cautelares penales, y en especial la detención provisional, se requiere asimilar la original concepción civilista de los institutos precautorios, para criticar y superar la argumentación utilizada en la justificación de sus aplicaciones penales.

¹⁹²Según ASECIO MELLADO, falta la suficiente sistematización para considerar en estricto sentido como válida la existencia de una teoría general de las medidas cautelares, pero en todo caso acepta que para lograr esta legitimidad se ha avanzado más en el terreno procesal civil en relación al procesal penal, lo antes dicho es expresado por este jurista español en la siguiente nota: "...hay que convenir con CALAMANDREI, que está todavía por hacer una sistematización de la materia cautelar en lo referido a la elaboración de una teoría general de los institutos cautelares...Sus palabras, aunque lejanas en el tiempo, ya que datan de 1935, creemos que siguen conservando una gran actualidad...Con todo, la elaboración de una teoría general sobre las medidas cautelares se encuentra en este momento más avanzada en el proceso civil que en el proceso penal."-ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 61.

3.1 **Medidas cautelares civiles**

Como queda esbozado en el Capítulo II, los extremos de la providencia cautelar son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; y además, dicha providencia tiene una relación de instrumentalidad con respecto a la providencia principal, de donde nacen el resto de características de las medidas cautelares. Lo anterior, tiene plena validez cuando se trata de las medidas cautelares civiles, y por ello, para no redundar, es válido remitirse a dicho Capítulo. Por consiguiente, en seguida son descritas algunas de las medidas cautelares reales más comunes utilizadas en el proceso civil¹⁹³, y reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil.

3.1.1 *Embargo preventivo de bienes*

Regulado en el ordinal 1º del Art. 436, en relación con el Art. 438, ambos del Código Procesal Civil y Mercantil; por disposición expresa, este tipo de medida cautelar procede para deudas de dinero y cosas susceptibles de tasarse en dinero por medio de su precio (Inc. 1º del Art. 438 Código Procesal Civil y Mercantil), en ese sentido el embargo preventivo de bienes puede utilizarse en el proceso declarativo común (Art. 240 y s.s., Código Procesal Civil y Mercantil); y en el proceso especial monitorio por deuda de

¹⁹³En cuanto a las medidas cautelares personales civiles, igualmente importantes, no se abordaran porque dispararía el propósito de estudiar en esta parte las medidas cautelares reales civiles, el cual es contribuir a la comprensión de las medidas cautelares reales penales, en consecuencia, a continuación se relacionan los ejemplos citados por un autor sobre medidas cautelares civiles personales: *“Utilizando sistemas muy conocidos y sencillos, hemos elaborado la clasificación de los procesos cautelares para así darle entrada a todos los que puedan existir: A. Procesos cautelares de carácter personal I. Por el derecho de personas. 1 Interdicción provisoria II. Por el derecho de cosas. 1. Suspensión cautelar de obra nueva y destrucción cautelar de obra ruinosa III. Por el derecho de obligaciones 1. El arraigo del quebrado 2. Suspensión de actos de Asambleas y Juntas de Socios.”* –QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; *Procesos y Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 38.

dinero (Art. 489 en adelante, Código Procesal Civil y Mercantil), e inclusive en el proceso especial monitorio para obligaciones de Hacer, no Hacer o Dar (Art. 497 en adelante, Código Procesal Civil y Mercantil).

Los 4 ordinales del Inc. 2º del Art. 438 del Código Procesal Civil y Mercantil, establecen los supuestos para solicitar el embargo preventivo de bienes, acreditando la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), en los términos del ordinal 2º (instrumento público o privado atribuido al deudor, etc.); el peligro específico (*periculum in mora*) debe consistir en que el deudor no tenga domicilio en la república (ordinal 1º); cualquier forma de enajenación de los bienes del deudor, etc. (ordinal 3º); y que en la demanda de resarcimiento de daños, el demandado no tenga seguro de responsabilidad, o la compañía aseguradora esté en liquidación (ordinal 4º). El último inciso del referido Art. 438, regula la subsidiariedad del embargo preventivo, cuando estipula su procedencia si con su aplicación se logra igual o superior eficacia, y sea la medida menos onerosa, en comparación con otro tipo de medida cautelar más grave.

Con la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil a partir del 1º de julio del corriente año 2010, y su estructura operativa de juzgados civiles y mercantiles, se avecina en la práctica judicial salvadoreña la creación de una jurisprudencia civil y mercantil acorde a este sistema procesal. Sin embargo, para conocer la posición de nuestra Sala de lo Constitucional con respecto al embargo preventivo de bienes, debemos recurrir por ahora a la interpretación analógica de su criterio jurisprudencial aplicado al embargo del proceso ejecutivo, en el cual es clara su falta de aptitud para constituir derechos a favor del acreedor, debido a su condición de medida cautelar; y de conformidad al principio de mediación el o la juzgador emisor de la

resolución cautelar tiene competencia exclusiva para evaluar las variaciones de las circunstancias que fundaron la medida tomada, de acuerdo a la regla *rebus sic stantibus*, de esta manera lo ha asentado la Sala de lo Constitucional en la siguiente Improcedencia de Amparo:

*“Así las cosas, es necesario dejar claro en esta resolución que el embargo de bienes en un proceso ejecutivo es una medida cautelar que sirve para asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria, por lo que no otorga ni constituye derechos -de manera definitiva- a favor o en contra de una persona. En ese sentido, evaluar la adopción, modificación o revocación de una medida cautelar, corresponde al ente jurisdiccional ante quien penda el asunto.”*¹⁹⁴

3.1.2 Decreto de Embargo en el proceso ejecutivo

El proceso Ejecutivo es regulado en el Libro Tercero *Procesos Especiales*, Título Primero *El Proceso Ejecutivo*, Art. 457 al Art. 470 del Código Procesal Civil y Mercantil. La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional destaca el carácter especial del proceso ejecutivo, por su celeridad, objeto, tiempo, forma y resultados, ya que su trámite está preordenado no para declarar un derecho en conflicto de intereses, sino para la realización efectiva del cobro de un crédito incontrovertido. Esta doctrina es retomada por la Sala en la línea jurisprudencial que sigue:

“De acuerdo a las ideas de Jorge D. Donato –en su obra Juicio Ejecutivo-, tal figura es un proceso especial, de ejecución, mediante el que se hace efectivo el cumplimiento de una obligación documentada. Tal proceso se haya sometido a trámites específicos, distintos del ordinario –

¹⁹⁴Improcedencia; AMPARO; Ref. 219-2004; de las 10:32 Horas, del 11 de enero de 2005. Consultada en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el 22/06/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

v.gr., menor número de actos, reducción de sus dimensiones temporales y formales-, que le otorgan mayor celeridad en su desarrollo y conclusión...El juicio ejecutivo a diferencia del ordinario, no tiene por objeto la declaración de derechos dudosos o controvertidos que deben ser determinados o declarados por el juez, no es la discusión o controversia de un asunto, sino que es un proceso establecido con el propósito de que pueda hacerse efectivo el cobro de un crédito que viene establecido en un negocio que sirve de base a la ejecución. (INCONSTITUCIONALIDADES, Ref. 8-2003 Ac de las 15:43 Horas, de fecha 22/12/2004)”¹⁹⁵

Ahora bien, por su carácter de medida cautelar, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional aclara que el embargo utilizado en el proceso ejecutivo no significa la declaración de derechos a favor del acreedor sobre los bienes embargados, por lo que, el depositario judicial no puede exigir la desocupación y lanzamiento del deudor de su propio inmueble, no obstante haberse estipulado estas posibilidades en el Art. 622 inciso 2º del Código de Procedimientos Civiles derogado, disposición que ha sido contrarrestada mediante el amparo contra ley¹⁹⁶, si esta medida no es necesaria, y por tanto, estuviera en detrimento indebido del derecho de posesión.

¹⁹⁵Corte Suprema de Justicia, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2004*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2006; pág. 108.

¹⁹⁶El amparo contra ley en estos casos procede cuando no es necesario la entrega material del inmueble embargado al depositario, pero es solicitada por éste, pidiendo inclusive la desocupación y lanzamiento del deudor, en virtud del inciso 2º del Art. 622 del Código de Procedimientos Civiles derogado; esto se plantea en lo siguiente: *“Es necesario precisar que si bien la demanda se presenta contra actuaciones del Juez Quinto de lo Mercantil de San Salvador, en el fondo se trata de lo que la doctrina denomina amparo contra ley, porque lo que el Juez ha hecho es aplicar una disposición del Código de Procedimientos Civiles, que según el contenido de la demanda, no corresponde a lo que expresan los principios de nuestra Constitución...El Juez ordena el embargo, se practica éste en un inmueble hipotecado y se realiza la anotación preventiva, de esta manera el actor ejecutivo tiene ya a su favor medidas preventivas para asegurar el pago futuro. Si además de eso, se pide por el depositario extenderse más en esa protección que ya tiene, consistiendo esa nueva en*

Por consiguiente, no debe confundirse el embargo preventivo de bienes con el decreto de embargo. Este último es una etapa esencial del proceso ejecutivo, equiparando su notificación al Emplazamiento del Deudor (Art. 462 Código Procesal Civil y Mercantil); además, su procedencia presupone la admisión de la demanda (Art. 460, Inc. 1º Código Procesal Civil y Mercantil), y no admite recurso alguno (Art. 461, Inc. 2º Código Procesal Civil y Mercantil). En cambio, el embargo preventivo de bienes es una medida cautelar regulada para procesos de deudas de dinero o convertibles en dinero mediante fijación de precios (Art. 438, Inc. 1º Código Procesal Civil y Mercantil), no comprendidas en las acciones ejecutivas, y regulado por las disposiciones comunes para el resto de medidas cautelares (Arts. 431 al 434, y Art. 445 al 456 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Con todo, el embargo preventivo de bienes y el decreto de embargo coinciden en la misma institución para hacerse efectivos, pues, para ejecutarse cada una de esas medidas cautelares es utilizado el *embargo de bienes*, aplicado en el derecho general de prenda del deudor o en la caución¹⁹⁷ de la obligación; y pudiendo ser anotado en el Registro

lanzar al propietario del inmueble, surge que no existe un racional equilibrio entre las partes del proceso, y se experimenta por el deudor una limitación no justificada de sus derechos constitucionales, en este caso el de posesión...porque no se ha establecido que esa medida cautelar se ha dictado con conocimiento que de no hacerse es posible se diera un daño que hiciera difícil el cumplimiento de la sentencia definitiva. Dicho de otra forma, la medida cautelar de entrega material del inmueble debe de determinarse por el Juez con conocimiento de causa y el Juez motivar en su resolución por qué la dicta, por ejemplo si los inmuebles por adherencia, están siendo separados. Determinados los motivos para la entrega material del inmueble, dentro de la concepción de una medida cautelar, ello es posible; pero creer que aplicándose mecánicamente el artículo 622 inciso segundo se esta cumpliendo con la norma constitucional de oír previamente para privar de un derecho, es una concepción que esta Sala no puede aceptar...” –Sentencia Definitiva, AMPARO, Ref. 512-2001, de las 14:45 horas, del 3 de diciembre de 2002. Consultada el 6/07/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

¹⁹⁷ Las cauciones son garantías del cumplimiento de obligaciones, y pueden consistir en la fianza, hipoteca y prenda, esto según el Art. 44 del Código Civil.

correspondiente, cuando el embargo se trata de bienes raíces, inscritos a favor del deudor, de conformidad al Inciso último del Art. 727 del Código Civil¹⁹⁸.

3.1.2.1 *Embargo de Dinero y Saldos Bancarios*

El dinero del ajuar del ejecutado es inembargable, según el Art. 565 del Código Civil, pero en materia mercantil, según el Art. 556, Inciso 3º, del Código de Comercio, procede embargar el dinero de la empresa, hasta el monto que no impida el funcionamiento de sus actividades productivas; en la misma disposición relacionada, también se plantea la autorización del embargo de Saldos bancarios cuando estos representan créditos a favor de la empresa; en esta última medida cautelar la afectación del embargo se orienta a limitar el derecho de propiedad de la empresa sobre dicho crédito. Esto expresado se refuerza con la cita literal transcrita a continuación:

“Embargos de Saldos Bancarios. A) Diferencias respecto del embargo de dinero...A efectos del embargo, puede considerarse dinero al efectivo que se encuentra en poder del ejecutado, pero no los saldos bancarios, que son propiamente créditos realizables o no en el acto, que ésta es otra cuestión. Lo que se embarga en este caso no es una suma pecuniaria o, si

¹⁹⁸Una opinión doctrinaria para reforzar lo expuesto arriba, es la siguiente: *“El embargo preventivo...responde con precisión a la concepción teórica de las medidas cautelares. Es instrumental respecto a un proceso principal en el sentido más estricto de asegurar la ejecución de la sentencia...Es conservativo pero sólo con efecto asegurativo...Es una medida que hace referencia a los efectos ejecutivos...El embargo preventivo puede definirse como una actividad procesal diferenciada, pero dependiente de un proceso declarativo de condena a prestación pecuniaria, que produce, mediante la afectación de bienes al proceso, el efecto de asegurar la ejecución de la sentencia...Para conseguir el efecto de aseguramiento de la ejecución se utiliza, con finalidad sólo cautelar, una institución propia del proceso de ejecución por obligaciones dinerarias, el embargo de bienes”*—ORTELLS RAMOS, Manuel; El embargo preventivo (Síntesis de su régimen jurídico); en BARONA VILAR, Silvia, y otros; Las Medidas Cautelares...; ob. cit.; págs. 55 y 56.

se quiere, el derecho de propiedad sobre esa suma, sino el derecho de crédito que el ejecutado tiene sobre el banco”¹⁹⁹

3.1.3 La intervención o la administración judiciales de bienes productivos

Esta medida cautelar es idónea para asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva a través de la administración de bienes, que por su naturaleza productiva podría ser desproporcionado secuestrarlos o bien, volver inútil dicha sentencia definitiva si son embargados preventivamente. La doctrina identifica esta clase de bienes por su cualidad de producción, resultando necesario intervenir su administración para asegurar su capacidad y actividad productiva²⁰⁰. En esta clase de medida cautelar debe

¹⁹⁹CACHÓN CADENAS, Manuel; Catedrático de Derecho Procesal; *El Embargo. Casos prácticos en el uso forense*; en BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 98. Por otro lado, el Decreto de Embargo ejecutivo puede aplicarse a través de descuentos en el salario del demandado, teniendo la Sala de lo Constitucional el mismo criterio de no reconocer derechos a favor del actor, al respecto dice: “*El embargo y los descuentos de salario, como consecuencia de un proceso ejecutivo no constituyen en sí mismos un acto de privación de derechos ni implican una declaración en cuanto a la pretensión y resistencia planteadas en el proceso, pus como medidas cautelares, están destinados a asegurar la eficacia de una posterior decisión –la sentencia definitiva– (Improcedencia de Amparo; Ref. 392-2007, de las 09:24 horas del día 16/10/2007)*” - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; Ob. cit.; pág. 135.

²⁰⁰En lo económico, la capacidad productiva es una condición de la producción y productividad, teniendo la primera categoría unos factores para lograr el máximo de eficacia, esto es planteado en la siguiente cita literal: “...*La capacidad productiva del trabajo depende de una serie de factores, entre los cuales se cuentan el grado medio de destreza del obrero, el nivel de progreso de la ciencia y de sus aplicaciones, la organización social del proceso de producción, el volumen y la eficacia de los medios de producción y las condiciones naturales...*” –MARX, Carlos; *El Capital. Crítica de la Economía Política*; Tomo I, 4ª edición alemana de 1890 revisada por Federico ENGELS; traducción al castellano por Wenceslao Roces, Cuarta edición, Fondo de Cultura Económica, Sección de Obras de Economía; México, D.F.; 1966; págs. 7. Por otra parte, otra condición de producción es la capacidad productiva, la cual depende de unas características específicas, explicadas en la nota trascrita a continuación: “*La levita es un valor de uso que satisface una necesidad concreta. Para crearlo, se requiere de una determinada clase de actividad productiva. Esta actividad está determinada por su fin, modo de operar, objeto, medio y resultado...*”-Ibidem; pág. 9.

acreditarse el interés legítimo de mantener o mejorar la productividad del bien reclamado en el proceso; al respecto se transcribe lo siguiente:

“Si por algo destaca el aseguramiento especialmente es por la naturaleza de los bienes sobre los que recae, dado el valor que les confiere los productos que de ellos se obtiene...Por ello, para garantizar los intereses del actor conjugando los contrapuestos del demandado, la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰¹ arbitró una medida intermedia, que no conlleve la privación de los bienes productivos, sino que únicamente un control de su administración.”²⁰²

En la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881²⁰³, aparecía regulada la medida cautelar de El Aseguramiento de Bienes Litigiosos, en su Art. 1,419, que a su tenor decía: *“El que, presentando los documentos justificativos de su derecho, demandare en juicio la propiedad de minas, montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, plantaciones o establecimientos fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas”*. Esta medida cautelar fue sustituida por la actual *Intervención o Administración Judiciales de Bienes Productivos*, regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, en su Art. 727, que establece la intervención o administración de un bien productivo, si la acción principal de la demanda tiene como pretensión adquirir el dominio, usufructo u otro título relacionado con el interés legítimo de mantener, mejorar o asegurar la productividad. Por tanto, la Intervención o la

²⁰¹El autor se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, que reguló el Aseguramiento de los bienes Litigiosos del Art. 1,419 y s.s.

²⁰²PLAZA GONZÁLEZ, Gregorio. Magistrado; *El Aseguramiento de Bienes Litigiosos*; en BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; pág. 189.

²⁰³Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Gaceta 5 febrero 1881 a 22 febrero 1881; rectificación Gaceta 5 marzo 1881; y derogada por *Disposición Derogatoria Única* de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000.

Administración Judiciales de Bienes Productivos amplia su cobertura a bienes de producción no incluidos en el Aseguramiento de Bienes Litigiosos.

La anterior experiencia española es retomada por nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, que regula la Intervención o la Administración Judiciales de Bienes Productivos en su Art. 436, medida cautelar 2ª; en relación con su Art. 440, que hace la diferencia con la intervención y administración judicial de bienes autorizada por las leyes sustantivas²⁰⁴, y regula esta medida cautelar en los mismos términos del Art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 2000, arriba relacionado.

3.1.3.1 *Interventor con Cargo a la Caja*

En El Salvador la figura que hasta la fecha se acerca a la Intervención o administración de bienes productivos es la del Interventor con Cargo a la Caja, que ha sido una medida cautelar utilizada en los procesos ordinarios y ejecutivos de carácter civil, mercantil, e inclusive laboral, para el aseguramiento de derechos y obligaciones reclamados o declarados en esas clases de procesos judiciales. Esta medida cautelar es regulada en el inciso 2º, del Art. 556 del Código de Comercio, que expresa la universalidad de la empresa mercantil en virtud de la cual no puede embargarse un elemento aislado de la misma, constituyendo el depositario un Interventor

²⁰⁴ Así por ejemplo, tenemos el caso de la *Liquidación de Sociedades*, regulada del Art. 326 en adelante del Código de Comercio, donde según su Art. 328, Inc. 2º, los liquidadores actuando en calidad de administradores y representantes de la sociedad (Art. 327 Código de Comercio), a falta de su nombramiento por cualquier motivo, corresponde nombrarlos a la autoridad judicial competente, a petición de cualquier socio o de la Fiscalía General de la República. –Código de Comercio (con sus últimas reformas), Decreto Legislativo No. 671, del 26 de mayo de 1970; publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228, del 31 de julio de 1970–. Otro tipo de ley sustantiva en esta materia es el "*Convenio de intervención financiera y administrativa*", otorgado por una empresa mercantil a favor del Banco acreedor, como garantía del cumplimiento de las obligaciones pactadas.

con Cargo a la Caja, quien deberá ser un profesional o técnico con experiencia y pericia en el giro ordinario de la empresa²⁰⁵.

En nuestra legislación el Interventor con cargo a la caja ha sido una medida cautelar utilizada como herramienta auxiliar de la medida cautelar del embargo de la empresa mercantil, pues esta última medida se tornaría por sí misma contraproducente al paralizar la actividad productiva de la empresa; en este sentido la introducción en el Código Procesal Civil y Mercantil de la medida cautelar de la Intervención o administración de bienes productivos, se perfila como una medida cautelar más idónea y proporcional a la afectación de los derechos reales de propiedad y usufructo sobre bienes productivos, y asegura de mejor manera la rentabilidad de la empresa, ya que no utiliza el embargo de la misma, no afectando su buena imagen para no perturbar sus negocios.

3.1.4 *El secuestro de cosa mueble y su depósito*

Regulado en el Art. 436, medida cautelar 3ª; en relación con el Art. 442, Código Procesal Civil y Mercantil; el secuestro se perfecciona con el depósito, que es la custodia del bien secuestrado, a través de la entrega

²⁰⁵Esto expresado puede reforzarse con la siguiente jurisprudencia de la Sala de lo Civil: “La intervención es una figura clasificada como medida precautoria, que tiene por finalidad, impedir que el derecho u obligación cuyo reconocimiento o pago se pretende obtener judicialmente, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que dure el proceso de cobro respectivo. En ese sentido, nuestra legislación contempla la figura del Interventor con cargo a la caja, cuando se persigue mediante el proceso judicial respectivo, al titular de una empresa y se ordena el embargo de la misma, en cuyo caso se nombra un interventor que tendrá como función, supervisar las operaciones de la empresa a fin de asegurarse que las mercancías sean vendidas por su justo precio y que éste ingrese a la caja de la empresa.” – Sentencia Definitiva, CASACIÓN, Sala de lo Civil, ref. 1482 CAS. S.S., de las 9 Horas, del día 8 de septiembre de 2003. Consultada el 7/07/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

material del mueble (Art. 1,969 del Código Civil), condición requerida solo en esta clase de cosas o bienes²⁰⁶, y siempre que sea su entrega la pretensión principal del proceso. El depositario judicial puede ser una persona jurídica o natural (Inciso último del Art. 442 Código Procesal Civil y Mercantil). El secuestro del bien mueble, y su medida auxiliar el depósito, deben tener motivos racionales para solicitarse y concederlos²⁰⁷. En el inciso 1º del Art. 442 del Código Procesal Civil y Mercantil, se establece su procedencia tanto en la comprobación del *fumus boni iuris* al decir: “...*siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar...*”; como en el *periculum in mora*, bajo el criterio que los bienes se hallen en poder del demandado. Además, la relación de instrumentalidad entre el secuestro de cosa mueble con la sentencia principal es motivo legal para fundar esta medida cautelar, según el Inciso 2º del Art. 442 Código Procesal Civil y Mercantil La Sala de lo Constitucional reconoce dicho criterio en los términos siguientes: “*Como primer punto es preciso señalar que el secuestro de bienes, debido a su propia naturaleza,*

²⁰⁶El Art. 560 del Código Civil clasifica los bienes en muebles e inmuebles, definiendo los bienes como “*todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación*”, con lo cual los términos bienes y cosas se identifican. Por otro lado, los bienes muebles son todas las cosas corporales y los derechos no comprendidos en el artículo 561 del mismo Código, según su Art. 565, el cual asimismo brinda una regla de interpretación para las leyes y declaraciones individuales, diciendo que por la expresión *bienes muebles en general* debe entenderse las cosas muebles referidas por el Art. 562, usando como sinónimos bienes muebles y cosas muebles; y por último, el Art. 442 del Código Procesal Civil y Mercantil dice: “*procederá el secuestro de los bienes muebles objetos del proceso...*”; por consiguiente, es válido hablar del secuestro de bien mueble como sinónimo del secuestro de cosa mueble.

²⁰⁷Acerca de la relación entre secuestro y depósito se transcribe lo siguiente: “...*deben diferenciarse depósito y secuestro...mientras el depósito no se funda en ningún principio de racional desconfianza del poseedor de la cosa, el secuestro tiene éste por principal motivo y se pretende de manera urgente de sustraerse del bien en cuestión del influjo del poseedor, apelando para ello a la medida de seguridad que el secuestro representa. En el depósito la custodia es causa y fin único, mientras que el secuestro se preparan otras aplicaciones, como son las de garantizar los resultados de un juicio o la efectividad de un derecho. Para TOME el depósito es un medio instrumental del secuestro. Sin el depósito el secuestro carece de efectividad. Así, éste se concibe como medida cautelar*” –PLAZA GONZÁLEZ, Gregorio; El Aseguramiento de Bienes Litigiosos...; Ob. cit.; pág. 190.

*constituye una medida cautelar adoptada por el juez de la causa para garantizar una eventual y futura decisión sobre el fondo del asunto controvertido y no para otorgar, privar o reconocer derechos en contra o a favor de algún sujeto, no implicando tampoco una declaración en cuanto a la pretensión y resistencia planteadas en el proceso; todo ello en virtud de la instrumentalidad de aquél...En este sentido, cabe mencionar que, dentro de un juicio civil reivindicatorio, existe, a efecto de garantizar la eficacia de éste, la posibilidad de ordenar el secuestro de bienes, siendo la finalidad de dicha medida evitar o precaver un daño o perjuicio, consistente en la pérdida o deterioro de los bienes objetos del litigio.*²⁰⁸.

3.1.5 *El secuestro judicial regulado en el Código Civil*

El secuestro judicial estipulado en el Art. 2,009, Inciso último del Código Civil, está definido por el Art. 2,006 del mismo Código como: “...*el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor...El depositario se llama secuestre*”, y según el Art. 2,008 pueden secuestrarse bienes muebles e inmuebles; además, el depositario tiene la facultad de exigir el lanzamiento del poseedor del inmueble que no tenga la autorización debida, por ser considerado en los términos del Art. 2,011, Inciso 2º, del C.C., como “*intruso o perturbador*”; en este sentido se relaciona con el inciso 2º del Art. 622 del Código de Procedimientos Civiles derogado.

Con el inicio de la vigencia del Código Procesa Civil y Mercantil nos parece que esta medida cautelar ha sido absorbida en una serie de medidas

²⁰⁸Improcedencia; AMPARO, Ref. 480-2005, de las 10:21 Horas; del 6 de octubre de 2005. Consultada el 7/07/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

especializadas, mejorando la idoneidad, proporcionalidad y eficacia práctica de una eventual sentencia condenatoria. En el anterior sentido, la pretensión cautelar del secuestro de bienes muebles, regulada por el Art. 2,008 C.C., quedaría satisfecha por el Secuestro preventivo de bienes muebles permitido por el Art. 442 del Código Procesal Civil y Mercantil; de igual manera, la intervención de la administración del bien inmueble secuestrado estipulado en el Art. 2,012 C.C., se desarrolla mejor por La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, estatuida en el Art. 440 del Código Procesal Civil y Mercantil. En cuanto al Inciso 2º del Art. 2,011 C.C., respecto al lanzamiento del poseedor, incluyendo su propietario, de la cosa inmueble usada sin la autorización debida, toma la significación jurídica de una privación del derecho de posesión, contrariando el Art. 11 de la Constitución de nuestra República, inconstitucionalidad claramente determinada por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional con respecto al Art. 622, Inc. 2º, del Código de Procedimiento Civiles, dando lugar al amparo contra ley. En consecuencia, debe considerarse como mínimo la derogación tácita de las disposiciones del Secuestro judicial regulado por el Código Civil que no sean compatibles en materia de medidas cautelares con el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, de conformidad al Art. 50, inciso tercero, y Art. 51, ambos del Código Civil, en relación con la última parte del Inciso 1º del Art. 705 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.1.6 *La Anotación Preventiva de la Demanda*

La anotación preventiva de la demanda regulada en el Art. 443 del Código Procesal Civil y Mercantil, tiene supletoriamente como leyes especiales las disposiciones del procedimiento registral del Art. 719 y siguientes del Código Civil, y el Reglamento de la Ley de Reestructuración del

Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca; así como las leyes aplicables acorde al litigio (Código de Comercio, Ley de la Propiedad Intelectual, etc) .

Además de los requisitos de toda medida cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), la anotación de la demanda procede si la sentencia definitiva tendrá efectos en la inscripción del registro correspondiente (Propiedad Raíz e Hipoteca, Comercio, Propiedad Intelectual), en cuanto a la modificación del asiento de la inscripción. Según la opinión doctrinaria citada a continuación, la anotación preventiva de la demanda constituye un auxilio a la administración de justicia, pues su publicidad pone en alerta a todos los interesados para defender sus derechos:

*“La finalidad de la anotación de demanda consistirá en presentar a la jurisdicción el auxilio necesario para que el proceso civil pueda cumplir adecuadamente su contenido: la composición justa del (entero) litigio al implicar en el pleito a (todos) los directamente perjudicados.”*²⁰⁹

El ordinal 1º del Art. 719 C.C., enuncia los casos por los cuales procede la anotación preventiva de la demanda, diciendo que: *“El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, la constitución de cualquier derecho real, la declaratoria de nulidad de un instrumento relativo al dominio de bienes raíces, la cancelación de una inscripción en el Registro...el que demandare ejecutivamente el otorgamiento de una escritura de traspaso de dominio...o constitución de derecho real.”*

De tal manera, la preventividad de esta medida cautelar actúa anulando inscripciones de enajenación posteriores a la anotación preventiva de la

²⁰⁹PARDO NUÑEZ, Celestino Ricardo; *La Eficacia de la Anotación Preventiva de la Demanda*; en BARONA VILAR, Silvia, y otros; *Las Medidas Cautelares...*; Ob. cit.; págs. 118 y 119.

demanda, según el Art. 721 inciso 1º del C.C., a esto último esta referido el criterio doctrinario siguiente:

*“La anotación, para garantizar la inscripción del fallo, ha de forzar la cancelación de todo asiento posterior contradictorio o limitativo de sus pronunciamientos...la eficacia de la anotación no sería negativa sino positiva; la anotación fundará una pretensión de cancelación de todas aquellos asientos posteriores que publiquen hechos o actos que redunden en perjuicios de derechos que la sentencia reconozcan al anotante”*²¹⁰

Dentro de los principales efectos de la anotación preventiva de la demanda también es importante mencionar su impacto en la celebración de contratos, convirtiendo en objeto ilícito la enajenación del inmueble con anotación preventiva, según el Art. 1,335, ordinal 3º, del C.C. el asiento de la anotación preventiva contiene las circunstancias que fundamentaron la medida cautelar y su plazo de duración, señalados en la resolución judicial que la impuso, según el Art. 66 del Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca²¹¹.

3.1.7 La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda

Regulada en el Art. 436, medida 7ª, del Código Procesal Civil y Mercantil. Por ahora, en nuestra reciente experiencia judicial existió una medida cautelar análoga a la presente, regulada en el Art. 3 del Decreto

²¹⁰Ibidem; pág. 177.

²¹¹Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca; Decreto Ejecutivo N° 24, del 29 de abril de 1986, publicado en el Diario Oficial N° 76, Tomo N° 291, del mismo día y año.

Legislativo N° 46, del 17 de julio de 1997²¹²; por medio del cual el Superintendente de Valores podía solicitar a cualquier juez o jueza de lo mercantil, como medida precautoria, el congelamiento de fondos hasta por 180 días, de Sociedades y Empresas, así como el congelamiento de los fondos personales de sus directores, administradores y accionistas; en caso los fondos captados del público, y los créditos otorgados al interés legal establecido, fueran el resultado de operaciones fraudulentas.

Dicho sea de paso, este Decreto 46 fue promulgado en reacción del fraude financiero de las Sociedades FINSEPRO-INSEPRO, intervenidas el 3 de julio de 1997 por la Superintendencia del Sistema Financiero, debido a operaciones fraudulentas por sumas elevadas a 1,500 millones de colones, en un estimado de 1500 inversionistas; este caso alcanzó notoriedad por la magnitud de lo defraudado y por haber sido afectadas personas de la clase medida alta, así como por el señalamiento de personas con nombres de familias pudientes de El Salvador como responsables. Se constituyó en la principal noticia de todos los periódicos de circulación nacional en julio de 1997²¹³.

Según su Art. 5, el Decreto N° 46 tuvo una breve vigencia de 180 días, y generó en los casos donde se aplicó una nutrida controversia jurídica, la cual finalizó con la declaratoria por parte de la Sala de lo Constitucional de la

²¹²“Disposiciones Transitorias que facultan a la Superintendencia de Valores para que adopte medidas precautorias, ágiles y oportunas que garanticen en forma inmediata los intereses del Público”; Decreto Legislativo N° 46; del 17 de julio de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 133, Tomo 336, del 18 de julio de 1997.

²¹³Un resumen del caso FINSEPRO-INSEPRO, y su desenlace judicial, puede leerse en la nota periodística titulada “Caso Finsepro/Insepro en recta final. A juicio el mayor fraude del siglo”, publicada en El Diario de Hoy, el día 4 de junio de 2001, y consultada por la presente investigación académica el 9 de julio de 2010 en el sitio web de [elsalvador.com](http://www.elsalvador.com/noticias/2001/6/4/NACIONAL/nacio1.html) en <http://www.elsalvador.com/noticias/2001/6/4/NACIONAL/nacio1.html>

Corte Suprema de Justicia, que la medida cautelar regulada en el Art. 3, arriba relacionado, violó el Art. 21 de la Constitución, debido a su injustificada aplicación con efectos retroactivos; esto fue expresado en la Sentencia Definitiva de AMPARO, Ref. 429-99, de las 12 horas, del 12 de junio de 2000²¹⁴. En este mismo sentido, fueron amparados los demandantes en la Sentencia Definitiva de AMPARO, Ref. 317-97 Ac 318-97 Ac; 410-97 Ac; 412-97; de las 12:06 horas, del 26 de junio de 1998.

En la actualidad la medida cautelar de *Congelamiento de Fondos* puede ser solicitada en los mismos casos estipulados en el Decreto Legislativo 46, arriba relacionado, por el Superintendente del Sistema Financiero, en virtud del Decreto Legislativo N° 45²¹⁵; el cual se complementa con la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero²¹⁶.

²¹⁴En esencia el Amparo relacionado desarrolla su criterio en los términos siguientes: *"...esta Sala considera que, el presente caso, es un verdadero amparo contra "ley" heteroaplicativa, porque el decreto legislativo 46 necesitó, para producir sus efectos, de actos de aplicación posteriores emanados, para el caso, del Juzgado Primero de lo Mercantil de San Salvador, en cumplimiento exclusivo de dicha disposición...En el presente caso, el decreto legislativo 46, de fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y siete, no posee ninguna disposición ni ningún considerando que señale expresamente que es de orden público y que, además, sea de carácter retroactivo...La construcción jurisprudencial en este punto -irretroactividad de la ley-, aunque no muy extensa, ha sido bastante categórica al señalar, por ejemplo dentro del amparo 17-C-90 que "El carácter retroactivo que pueda darse a una ley de orden público debe estar consignado expresamente en la misma..."...De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el acto reclamado por el demandante es inconstitucional, pues consiste en la adopción de medidas cautelares frente a hechos sucedidos antes de la vigencia del decreto que posibilitan aquéllas...estimando entonces este punto la pretensión del demandante por violación al artículo 21 de la Constitución."* –Estas resoluciones definitivas de la Sala de lo Constitucional fueron consultadas el 8 de julio de 2010, en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

²¹⁵"Disposiciones Transitorias Relativas Al Sistema Financiero"; Decreto N° 45, del 17 de julio de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 174, Tomo 336, del 22/09/1997.

²¹⁶"Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero"; Decreto Legislativo N° 628, de fecha 22 de noviembre de 1990, publicada en el Diario Oficial N° 278; Tomo 309; del diez de diciembre de 1990; con Reformas contenidas en el Decreto Legislativo N° 621,

3.2 *Medidas cautelares penales*

Las medidas cautelares penales se dividen en reales o patrimoniales y personales, estas últimas predominan por estar más acorde a la finalidad del proceso penal. En esta materia es aplicable con su propio matiz la teoría de las medidas cautelares estudiada en el Capítulo II del presente trabajo, representando el *fumus boni iuris*²¹⁷ la comprobación de la existencia del delito y la probable autoría o participación del imputado, al respecto se cita el siguiente autor:

“Por su parte, el fumus boni iuris, al igual que en el proceso civil, también viene constituido por un juicio de probabilidad, pero no sobre la existencia de un derecho, sino sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. No basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, sino <<motivos bastantes>>...o, como dice AGUILERA DE PAZ, se exigen unos <<elementos que puedan servir de

del 1º de febrero de 1996, publicado en el Diario Oficial Nº 30, Tomo 330, del 13 de febrero de 1996; y en el Decreto Legislativo Nº 378, del 5 de abril de 2001, publicado en el Diario Oficial Nº 82, Tomo 351, del 3 de mayo de 2001.

²¹⁷Nuestra jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional al definir el *fumus boni iuris* confunde la responsabilidad penal con la autoría o participación del imputado, sin distinguir que si bien es cierto una persona podría ser autor o participe, pero no se convierte automáticamente en culpable, si existiera alguna causa de las excluyentes de la responsabilidad penal, enumeradas en el Art. 27 del Código Penal; esta confusión aparece en el criterio siguiente: *“Fumus boni iuris...consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del acusado en un hecho punible...requiere la observancia de dos especialidades: 1) desde un punto de vista formal se necesita algo más que un indicio racional de criminalidad, pues la detención provisional precisa que exista no solo constancia del hecho, sino que también el juez tenga “motivos” sobre la “responsabilidad penal” del procesado; es decir, se necesita verificar la existencia de elementos o razones de juicio fundados en hechos aportados por la investigación y que permitan concluir, de manera temporal, que el indiciado es con probabilidad autor o participe del hecho delictivo que se le atribuye. 2) Desde un punto de vista material, es menester que el hecho punible sea constitutivo de delito o no de falta. HABEAS CORPUS, ref. 73-2005, de las 12:08 del día 7/11/2005”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador; El Salvador; 2007; págs. 3 y 4.

*base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito...>.”*²¹⁸

Alguna jurisprudencia de nuestra Sala de lo Constitucional coincide con la doctrina arriba citada, interpretando el *fumus boni iuris* como el juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal de la persona imputada, con todo, ese criterio linda con la responsabilidad objetiva, prohibida en el Art. 4 de nuestro Código Penal; por tanto, nos parece mejor interpretar el *fumus boni iuris* como la comprobación de la existencia de un delito y la probable autoría o participación del imputado, tal como aparece de forma literal en el No. 1 del Art. 292, de nuestro Pr. Pn. 1996 (Art. 329, No. 1, Pr. Pn. 2008).

El *periculum in mora* está constituido por el peligro de fuga del imputado, y este extremo a nuestro parecer es más importante, pues, cuando el imputado acredita su voluntad de someterse hasta la finalización del proceso podría vincularse con las garantías mínimas para asegurar su comparecencia al juicio, sin embargo, este criterio no es dominante en nuestra práctica forense, por factores estudiados en el próximo Capítulo IV. Ahora bien, los criterios del peligro de fuga del imputado están señalados taxativamente en la ley penal; y de conformidad a la opinión doctrinaria este presupuesto se traduce para las cautelas penales de la manera siguiente:

“El periculum in mora viene representado por el peligro de fuga, de evasión del imputado al proceso que, consecuentemente, haría imposible en su día la ejecución de la presumible pena a imponer. Dicho peligro de fuga se deriva del lógico retraso con que la sentencia penal se produce. La larga duración de los procesos obliga a asegurar la persona del imputado con la

²¹⁸ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 62.

*finalidad esencial de lograr su presencia en el juicio oral o, lo que es lo mismo, para evitar que se frustre el proceso...”*²¹⁹

Por tanto, a continuación son descritas algunas de las medidas cautelares más utilizadas en el proceso penal; se inicia tratando el tema de las cautelas patrimoniales, y luego las personales. En relación con la medida cautelar de la detención provisional solamente se expondrán sus medidas alternativas o sustitutivas, dejando para el Capítulo IV su estudio exhaustivo.

3.2.1 Medidas cautelares patrimoniales penales

3.2.1.1 Las tres funciones de las cautelas patrimoniales penales

Las medidas cautelares patrimoniales penales desempeñan según el tipo de delito y la finalidad de su aplicación, una de las funciones siguientes: 1) aseguramiento de la prueba; 2) garantía del cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito; y 3) aseguramiento de la pena de multa. De estas tres, sólo la última función corresponde de manera genuina a la teoría general de las medidas cautelares, pues, tiene la finalidad de asegurar la eficacia práctica de una eventual sentencia condenatoria de multa²²⁰. En cambio, cuando la medida cautelar patrimonial es tomada con la

²¹⁹ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 63. Esta doctrina española es recogida por nuestra Sala de lo Constitucional en el siguiente Hábeas Corpus: *“En relación al periculum in mora, la Sala ha afirmado que se materializa en el peligro de fuga del enjuiciado, en otras palabras, se trata de la existencia de razones para creer que el imputado intentara evadir los efectos de una eventual condena, por lo que el juez con competencia en materia penal, a fin de no ver frustrados los resultados del proceso, decide coartar la libertad del imputado. HABEAS CORPUS, ref. 73-2005, de las 12:08 del día 7/11/2005”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005...; Ob. cit.; pág. 4.

²²⁰El Código Penal regula la pena de multa en su Art. 51 *Multa y su cuantificación*, que consiste en el pago de dinero al Estado, cuantificado en días multa. Algunos ejemplos de

finalidad de asegurar la responsabilidad civil derivada del delito, entonces, se persigue solamente asegurar la parte accesoria de una eventual sentencia penal condenatoria²²¹. Por último, cuando la medida real penal pretende proteger la prueba relacionada con el hecho punible investigado, el aseguramiento de la eventual sentencia condenatoria es indirecto, en tanto y en cuanto dicha medida tiene por finalidad aportar los elementos necesarios para el juicio de certeza o verdad.

Estas funciones de las cautelas reales penales no siempre se tienen presentes, inclusive hasta la misma Sala de lo Constitucional no las toma en consideración cuando define las medidas cautelares penales en general, ya que atribuye la propiedad de aseguramiento de la eventual sentencia condenatoria a todas las clases de medidas cautelares adoptadas en el proceso penal, sin diferenciar entre cautelas personales y las tres funciones desempeñadas por las patrimoniales, partiendo del supuesto que por contribuir al ius puniendo del Estado, las medidas cautelares penales contribuyen a las resultas del proceso, dicho criterio jurisprudencial dice así:

“En términos generales, las medidas cautelares son las herramientas procesales a través de las cuales se decide dotar de firmeza a la decisión

delitos sancionados con pena de multa son los siguientes: VIOLACION DE COMUNICACIONES PRIVADAS (Art. 184 C. PN.); UTILIZACIÓN DE LA IMAGEN O NOMBRE DE OTRO (Art. 190 C. Pn.); QUEMA DE RASTROJOS; Art. 278 INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE (Art. 262-A C. PN.); entre otros.

²²¹En la Sentencia penal condenatoria el o la juzgador y el Tribunal deben fijar el monto de la responsabilidad civil en los términos señalados en el Inc. 3º del Art. 361 Pr. Pn. 1996 (Incisos 2º y 3º del Art. 399 Pr. Pn. 2008 –en el Inc. 3º de este Art., se instituye la responsabilidad civil en abstracto, cuya liquidación es competencia de los juzgados civil y mercantil). Por otro lado, en la siguiente definición teórica de las medidas cautelares patrimoniales penales es destacado solo su aspecto pecuniario, sin referencia a la función de aseguramiento de la prueba que pueden realizar algunas medidas de este tipo: “...podríamos definir las medidas cautelares reales penales como aquellas medidas procesales de carácter asegurativo, funcionalmente preordenadas a la tutela de los intereses pecuniarios conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia” –PEDRAZ PENALVA, Ernesto; *Las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Ordinario Español (Contribución a su estudio)*; editorial Trivium; 1ª edición; Madrid; España; 1985; pág. 81.

que dicte el Órgano judicial encargado de pronunciarse sobre el fondo de un asunto sometido a su conociendo. Así, en materia penal, las medidas cautelares garantizan la actuación del ius uniendi del Estado, pues tienen como finalidad asegurar las resultas del proceso²²² o el cumplimiento efectivo de la sentencia; de ahí que surge la conveniencia de adoptarlas hasta que el fallo adquiere firmeza (Sentencia definitiva de HÁBEAS CORPUS, Ref. 207-2006 de las 12:1 horas del día 18/05/2007)”²²³

3.2.1.2 *Fundamento legal de las cautelas patrimoniales penales*

Según el Art. 305 del Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008), las cautelas reales deben ser acordadas por el o la juez penal como garantía de la multa o la responsabilidad civil²²⁴, por lo que, se rigen de acuerdo a las reglas del proceso civil. La jurisprudencia de nuestra Sala de lo Penal considera que este artículo 305 faculta al o la juez penal para ejecutar la responsabilidad civil del delito, aplicando el proceso civil, este criterio dice así:

“...los jueces de lo penal están facultados por la ley para desarrollar la ejecución de la responsabilidad civil a que se refiere la sentencia condenatoria dictada por ellos mismos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305 del Código Procesal Penal...Es decir,...ejecutar la responsabilidad civil, pero deben aplicar el procedimiento a que se refiere el

²²²Este error parece tener carta de ciudadanía en la práctica forense salvadoreña; según el cuadro 15 del Capítulo VII del presente trabajo; la opinión de los 25 especialistas en Derecho Procesal Penal salvadoreño sobre la pregunta 15 relativa a la consideración acerca de que si las medidas cautelares patrimoniales penales aseguran las resultas del proceso, el 44% dijo SI; el 36% NO; y un 20% NINGUNA.

²²³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007...*; Ob. cit.; pág. 243.

²²⁴El Art. 114 del Código Penal establece la obligación civil derivada de la ejecución de un hecho punible, y el Art. 2065 en adelante, del Código Civil, estipula la obligación de indemnizar al sujeto pasivo del hecho punible. Y el inciso último del Art. 2 de la Constitución, regula la indemnización por daños morales.

CAPITULO V, DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES Y DE SU EJECUCION, Sección 2ª, DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS, artículo 441 y siguientes, del Código de Procedimientos Civiles²²⁵ (Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 79-CAS-2005, de las 09:30 horas del día 13/02/2007)”²²⁶

Las cautelas reales penales de *Fianza por persona abonada*²²⁷; *Fianza por Casa aseguradora*; *Caución de prenda, hipoteca, dinero y títulos valores* son aplicadas como medidas alternas o sustitutivas de la detención provisional, según el Art. 295, No. 7 Pr. Pn. 1996 (Art. 332, No. 7 Pr. Pn. 2008), las cuales se rigen por las reglas del proceso civil, según el Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008), y son utilizadas por lo general en delitos de contenido patrimonial. En relación a las cauciones económicas²²⁸, la Sala de lo Constitucional ha pronunciado la siguiente jurisprudencia:

“..., sobre la obligación de rendir una caución económica, es preciso aclarar que la misma es una medida cautelar de contenido patrimonial, la cual implica una prestación de una seguridad 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. De lo anterior se infiere, que la finalidad de dicha

²²⁵Con la entrada en vigencia a partir del 1º de julio del corriente año 2010, del proceso Civil y Mercantil, este procedimiento se rige por el Libro Quinto *Ejecución Forzada*; Art. 551 en adelante, del Código Procesal Civil y Mercantil.

²²⁶CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007*; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador; El Salvador; 2009; pág. 2.

²²⁷La persona abonada garantiza el pago de una eventual condena de responsabilidad civil, y debe tener un perfil de honorabilidad, credibilidad, honradez y estabilidad económica, quien una vez aceptando su compromiso no podría renunciar sin causa justificada.

²²⁸En virtud de la subsidiariedad e idoneidad, la ley procesal penal prohíbe expresamente la aplicación de la caución económica si la condición de pobreza o carencia de medios de vida imposibilite al imputado dar cumplimiento a su imposición, esto según el Inc. 2º del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 332 Pr. Pn. 2008).

*medida cautelar no es más que asegurar la presencia del imputado al proceso mediante la estipulación de cierto “gravamen” a su patrimonio, por consiguiente la misma no genera una disminución o afectación al derecho de libertad física del imputado. (HÁBEAS CORPUS, Ref. 55-2005 de las 12:22 del día 10/8/2005)”*²²⁹

Las medidas reales penales deben ser idóneas para el delito investigado, piénsese por ejemplo en la Falsedad Material (Art. 283 Código Penal) y en la Falsedad Ideológica (Art. 284 Código Penal), del documento público de dominio de un inmueble; en este caso podría el o la fiscal pedir en audiencia inicial la anotación preventiva de la denuncia y el embargo preventivo del inmueble, en los términos de la anotación preventiva de la demanda y embargo preventivo en materia civil. Para ciertos delitos el o la juez puede ordenar la medida cautelar de Congelamiento o Inmovilización de Cuentas Bancarias, según el Art. 278 Pr. Pn. 2008; y en el caso de delitos de Droga según el Inciso 2º de este mismo Art. 278, en relación con el último Inc. del Art. 61 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, faculta a la o el fiscal del caso para ordenar esta misma medida.

En conclusión, las medidas patrimoniales penales utilizadas para el aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del delito, y para el cumplimiento de la pena de multa, se rigen por las reglas de las medidas cautelares civiles. En cambio, las cautelas reales penales destinadas al aseguramiento de la prueba relacionada con el hecho punible, tienen sus propias reglas especiales señaladas en el Pr. Pn.; entre esta clase, las medidas más comunes son el Secuestro, Decomiso y el Comiso, este último,

²²⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005...*; Ob. cit.; págs. 16 y 17.

como se verá, se aproxima más a una pena accesoria, pero es importante estudiarla por su relación directa con las dos primeras.

3.2.1.3 *Algunos tipos de medidas cautelares patrimoniales penales*

3.2.1.3.1 *Clase de bienes secuestrados en el proceso penal*

Los objetos relacionados con el delito pueden constituir bienes muebles y bienes inmuebles, por tanto, el secuestro penal puede recaer en cualquier clase de bienes, esto depende del delito atribuido y la finalidad de la medida, como ejemplo tenemos el secuestro del inmueble en el delito de USURPACION DE INMUEBLES, tipificado y sancionado en el Art. 219 del Código Penal, donde el o la juez podría adoptar dicha medida con la finalidad de determinar quien tiene mejores derechos sobre el inmueble usurpado, y garantizar la indemnización de la responsabilidad civil. En la siguiente improcedencia de demanda de Amparo aparece un ejemplo de un caso concreto en el cual se aplicó el secuestro penal de inmueble:

“Remitido el proceso al Juez Noveno de Instrucción, éste por auto de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil cuatro, confirmó la resolución pronunciada por el Juez Noveno de Paz, declarando que no procedía imponerle a los imputados ninguna medida cautelar de carácter personal...Sin embargo, en el último párrafo de la resolución de mérito, de forma oficiosa y con base en el artículo 189 del Código Procesal Penal relacionado con los artículos 2006 y siguientes del Código Civil, se ordenó el secuestro del inmueble en conflicto, fundamentando tal decisión en no haberse determinado hasta ese momento procesal cuál de las partes vinculadas en el litigio posee mejor derecho. En virtud de ello, se previno a las partes que proporcionaran un listado de

*personas para nombrar entre las propuestas una de ellas como depositario del inmueble secuestrado.”*²³⁰

La jurisprudencia constitucional considera que el Secuestro penal afecta los derechos a la posesión y propiedad, en la medida de suprimirse la disposición y usufructo de la cosa secuestrada, debido a eso su adopción debe ser mediante resolución motivada, de carácter excepcional, determinación precisa de los bienes secuestrados y el plazo de su duración²³¹.

3.2.1.3.2 *Secuestro y Depósito regulado en el Pr. Pn. 1996*

Este Secuestro regulado del Art. 180 al Art. 184-A del Pr. Pn. 1996, tiene diferentes reglas según el tipo de delito y las modalidades de objetos sujetos a comiso, no sometidos a comiso y casos de delitos contra la propiedad intelectual, por consiguiente, esta cautela real no se rige por las

²³⁰Improcedencia, AMPARO, Ref. 768-2004 de las 12:05 del día 2 de febrero de 2005. Consultada el 10 de julio de 2010, en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

²³¹Al respecto de los derechos constitucionales de propiedad y posesión afectados y la finalidad del secuestro penal se transcribe el siguiente párrafo de demanda de Amparo: “*Tal como lo ha acatado la jurisprudencia en la Inconstitucionalidad 21-2006, el secuestro de objetos es una medida de coerción real, consistente en la aprehensión judicial de objetos o cosas relacionadas con el delito, bienes sujetos a comiso o cualquier otro elemento que pudiera ser de importancia para la investigación...Se trata de una medida cautelar o asegurativa que afecta a los derechos constitucionales de propiedad y posesión, en la medida que priva a una determinada persona de la disponibilidad o aprovechamiento de un bien (arts. 2 y 22 Cn.)...Con relación a su fundamento jurídico, se acotó que el secuestro de objetos tiene por base el mismo fin del proceso penal, cual es el hallazgo de la verdad histórica y reconstrucción objetiva del suceso delictivo...Sin embargo, es de carácter excepcional y de duración limitada, ya que en razón de los derechos constitucionales afectados, sólo pueden ordenarse como último recurso, y dentro de un período razonable de tiempo, el necesario para los ulteriores actos investigados o técnicos.(Sentencia Definitiva de Amparo; Ref. 91-2006 de las 09:26 horas del día 24/09/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007...; Ob. cit.; págs. 44 y 45.*

reglas del proceso civil, no obstante lo estipulado en el Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008). La función del secuestro penal consiste en asegurar la prueba del hecho punible, lo cual es una finalidad atribuida por nuestra jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, dicho criterio se expresa en el extracto de la siguiente sentencia de inconstitucionalidad:

“De acuerdo con Jorge A. Clariá Olmedo, el secuestro es una medida coercitiva que sirve para la adquisición material de las fuentes de prueba. En otras palabras, es la aprehensión y retención de la cosa o efectos relacionados con el hecho que se investiga, limitando el derecho de uso y goce sobre ellos, con fines probatorios...Así conceptualizado, el secuestro de objetos es una medida de coerción real, consistente en la aprehensión judicial de objetos o cosas relacionadas con el delito, bienes sujetos a comiso o cualquier otro elemento que pudiera ser de importancia para la investigación.”²³²

El inc. 1º del Art. 180 Pr. Pn. 1996, faculta a la o el juez penal ordenar el secuestro de objetos sometidos o no a comiso, y los que puedan servir como medios de prueba. El inc. 2º, del mismo artículo, faculta a la fiscalía²³³

²³² Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, ref. 21-2006; de las 8:20 Horas, del día 5 de diciembre de 2006. Consultada el 10 de julio de 2010, en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

²³³ En relación a la facultad del fiscal de secuestrar objetos relacionados con el delito y la solicitud de su ratificación a la o el juez penal, la jurisprudencia constitucional tiene el criterio siguiente: “...dentro de las actividades de indagación fiscal propias de los actos iniciales de investigación, puede acontecer la necesidad de salvaguardar objetos que de forma presumible se encuentren relacionados con el delito, dado por ejemplo, su inevitable pérdida o deterioro. Tal razón avala, de manera solvente, la facultad de realizar de manera directa e inmediata el secuestro y, posteriormente, solicitar la ratificación del mismo ante el juez competente, sea como una solicitud previa a la presentación del requerimiento o como un elemento del referido escrito (art. 243 ord. 5º del C. Pr. Pn.), coincidiendo con las funciones establecidas en la Constitución...Como toda medida restrictiva de derechos, la solicitud de ratificación de secuestro de objetos deberá encontrarse debidamente motivada, estableciendo las razones por las cuales se considera necesaria la medida de aseguramiento, y señalando además de forma precisa –en los casos pertinentes- el tiempo

ordenar el secuestro, bajo la condición de ser ratificado dentro de las 48 horas por el o la juez penal competente. Asimismo, la policía tuvo desde la entrada en vigencia del Pr. Pn. 1996, la facultad para ordenar y solicitar la ratificación de la medida cautelar de secuestro, sin la dirección funcional de la fiscalía, sin embargo, a finales del 2006 esta parte del Inciso 2º del Art. 180, fue declarada inconstitucional por contraponerse al Art. 193 ordinales 3º y 4º de nuestra Constitución. El fallo de esta inconstitucionalidad concluye expresando lo siguiente:

*“...la norma que faculta a la policía para que pueda ordenar el secuestro y solicitar posteriormente la ratificación judicial respectiva, en ambos casos sin dirección funcional del fiscal, es inconstitucional, en virtud de que tales actuaciones en todo caso deben ser controladas por la Fiscalía...”*²³⁴

El Inc. 2º del Art. 182 Pr. Pn. 1996, autoriza a la o el juez ordenar el depósito del objeto secuestro a su juicio prudencial, teniendo en cuenta el tipo de delito, la clase de cosa secuestrada y la conveniencia de su depósito; y el Inc. 1º del referido artículo, prohíbe a todos los operadores del sistema penal constituirse en depositarios judiciales en el secuestro penal, a excepción de los casos claramente explicados en el Inc. 3º del mismo Art. 182; en este mismo artículo se establecen un conjunto de medidas para garantizar la legalidad y protección del secuestro, tales como: copias y reproducciones (Inc. 4º), sello del tribunal y firma del secretario (Inc. 5º),

en que debe encontrarse vigente. Igualmente, tal solicitud tampoco podrá ser resuelta de forma “automática” por parte del juez, quien debe analizar la conveniencia u oportunidad de la misma y resolver lo pertinente (art. 256, ord. 10º del C. Pr. Pn.)...(Sentencia definitiva de AMPARO, Ref. 91-2006 de las 09:26 horas, del día 24/09/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007...; Ob. cit.; pág. 46.

²³⁴Sentencia Definitiva de Inconstitucionalidad, ref. 21-2006; de las 8:20 Horas, del día 5 de diciembre de 2006. Consultada el 10 de julio de 2010, en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

condiciones para remover los sellos del tribunal (último inciso). El Art. 184 Inc. 1º Pr. Pn. 1996, permite la devolución de la cosa secuestrada en calidad de depositario al poseedor o propietario, siempre que no se trate de bienes sometidos a comiso, restitución o embargo; el tiempo de la devolución será tan pronto sea posible, pero en todo caso el o la juez debe mandar oír la opinión fiscal; este artículo 184 también contiene varias reglas relativas a casos particulares. Por último, existen unas reglas especiales para el secuestro de objetos en los delitos contra la propiedad intelectual, distribuida en cuatro literales del Art. 184-A Pr. Pn. 1996.

3.2.1.3.3 *Secuestro y Depósito regulado en el Pr. Pn. 2008*

En el Pr. Pn. 2008, la medida cautelar del secuestro penal está regulada en su Art. 284, el cual es necesario solamente cuando son afectados derechos patrimoniales²³⁵.

En este texto legal, el procedimiento para el secuestro utiliza la figura jurídica de la incautación²³⁶, realizada por el fiscal, de todos los objetos y documentos relacionados con el delito que puedan servir como medios de prueba, facultad concedida por el Art. 283 Pr. Pn. 2008. La medida cautelar penal de secuestro en este Pr. Pn. 2008, debe ser solicitada dentro de las 48 horas de la incautación, por la o el fiscal a la o el juez competente. Las

²³⁵Nuestro Código Civil divide de su Art. 567 en adelante, los derechos patrimoniales en reales y personales.

²³⁶Según el Diccionario de la Real Lengua Española, “*incautación* 1. f. Acción y efecto de *incautarse*.”; e *Incauarse* significa: “(De *in*⁻¹ y el lat. mediev. esp. *cautum*, multa). 1. prnl. Dicho de una autoridad judicial o administrativa: Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa. Cuando hay condena firme se sustituye por la pena accesoria de comiso.” –REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua Española, 23ª edición, 2010. Consultas de los términos incautación e incautarse, el día 11 de julio de 2010, en el sitio web oficial de dicha Academia en <http://www.rae.es/RAE/Noticias.nsf/Home?ReadForm>

reglas de la devolución o depósito de los bienes secuestrados se regulan en los artículos 287, 288 y 289 Pr. Pn. 2008; y en los delitos contra la propiedad intelectual en el Art. 291 Pr. Pn. 2008.

3.2.1.3.4 *Decomiso, Secuestro, Embargo preventivo y Comiso*

En la investigación del delito puede surgir la necesidad del decomiso de las cosas o documentos relacionados con el delito, de las cuales el o la juzgador o Tribunal deberán pronunciar en caso de sentencia condenatoria una declaración de comiso. Esta medida cautelar de decomiso, en algunos casos, constituye un imperativo de ley, como por ejemplo el Inc. 2º, del Art. 283 Pr. Pn. 2008, que exige a la o el fiscal ordenar el decomiso de objetos nocivos a la salud, de comercio o precedencia ilícita, y demás documentos u objetos no relacionados con derechos patrimoniales del imputado. En la sentencia de condena, según el Art. 361, Inc. 4º, del Pr. Pn. 1996 (Art. 399, Inc. 4º Pr. Pn. 2008), el o la juez o Tribunal deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de ley, para pronunciar como pena accesoria²³⁷ el comiso de los objetos, cosas o documentos decomisados, como por ejemplo la

²³⁷ Para alguna opinión doctrinaria salvadoreña, el comiso constituye una pena accesoria, y significa la pérdida de los derechos reales o personales sobre los objetos relacionados o derivados del delito, al respecto se transcribe la siguiente cita literal: *“Bastará indicar algunas cuestiones: a) el comiso consiste en la pérdida del derecho de propiedad respecto del condenado de los instrumentos del delito o de los productos obtenidos por la comisión del injusto; b) la fundamentación del comiso es variada de lege ferenda se le ha considerado una pena, una medida de seguridad o de una pena accesoria, esta última postura parece encajar en nuestra legislación por cuanto se le concibe como una consecuencia accesoria y dicha consecuencia para ser legítima sólo se puede devenir del delito; c) la determinación de ciertos objetos cuyo comiso es absoluto por ser sustancialmente ilícitos o constituir fuentes de peligro notorio; d) el comiso ordinariamente sólo puede ser decretado en sentencia definitiva condenatoria, a menos que la naturaleza de los objetos los haga sujetos a comiso imperativo; e) la decisión de declarar el comiso por cuanto puede comportar en ciertos casos una afectación al derecho de propiedad debe ser motivada; f) si media duda respecto de la propiedad de los objetos en cuanto al acusado, los objetos no deben ser comisados.”* –CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA; Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo 1, Artículo 1 al 164; 1ª edición; Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ; 2004; pág. 489.

legalidad del Registro regulado en los Arts. 173, 174, 175, 176 y 178-A Pr. Pn. 1996 (Arts. 191, 192, 193 y 194 Pr. Pn. 2008); del allanamiento, Art. 174, 176 y 177 Pr. Pn. 1996 (Arts. 192, 194, 195 y 197 Pr. Pn. 2008); y de la requisita personal, Art. 178 Pr. Pn. 1996 (Art. 196 Pr. Pn. 2008). De igual manera, en los términos del Art. 361, Inc. 4º, del Pr. Pn. 1996 (Art. 399, Inc. 4º Pr. Pn. 2008), los objetos o documentos secuestrados podrían convertirse en la pena accesoria de comiso, al haberse observado todas las reglas legales, antes comentadas. En los casos del embargo preventivo de bienes, solicitado por ejemplo en audiencia inicial, de conformidad al Art. 256, número 10); y no sea procedente su devolución, como sería el caso del Art. 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas²³⁸, el Tribunal deberá pronunciarse sobre el comiso del bien embargado; en ese mismo sentido, otro ejemplo es la decisión en la sentencia de condena sobre el dinero embargo preventivamente, y remitido a la Dirección General de Tesorería, bajo depósito a la cuenta Fondos Ajenos en Custodia, según el último Inc. del Art. 65 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.

3.2.2 ***Medidas cautelares personales penales***

Estas medidas cautelares tiene como objeto la restricción de la libertad ambulatoria del imputado, y otras manifestaciones de la libertad, pudiendo definirse como: *las medidas coercitivas procesales penales, aplicadas contra*

²³⁸El último Inc. del Art. 64 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, dice que el Tribunal decretará el decomiso del inmueble, esto en realidad se trata de un comiso, resultado del secuestro o embargo preventivo de dicho inmueble. Si es utilizada la medida cautelar del embargo preventivo, entonces, además deberá de oficio el o la juez mandar hacer la anotación preventiva en el Registro correspondiente, según el Art. 720 del Código Civil. –*Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (con sus últimas reformas)*; Decreto Legislativo No. 153, del 2 de octubre de 2003; publicado en el Diario Oficial No. 208, Tomo 361, del 7 de noviembre de 2003.

la libertad física, de circulación, de comunicación, de reunión, y otras manifestaciones de la libertad del probable autor o partícipe del delito, encaminadas al aseguramiento de su presencia en el juicio y la protección de la prueba; así como para asegurar la eficacia práctica de los resultados del proceso y, en consecuencia, los efectos de una eventual sentencia condenatoria²³⁹. A diferencia del proceso civil donde las cautelares reales son más utilizadas, en el proceso penal las medidas cautelares personales predominan por su vinculación con los resultados del proceso, pues, en la mayoría de delitos es aplicada la pena de prisión²⁴⁰. A continuación, se estudian las medidas cautelares privativas de la libertad ambulatoria, tomando el procedimiento seguido desde la detención realizada por la policía, hasta decretar el o la juez penal la libertad o detención provisional del imputado. Empero, debido a que la detención provisional será analizada en el próximo Capítulo IV, aquí solamente se describirán sus medidas alternativas o sustitutivas, las cuales no tienen por objeto restringir la libertad física, sino limitar la libertad de circulación, reunión y comunicación.

3.2.2.1 Detención y Retención

En el pasado, los conceptos Retención y Detención servían para distinguir distintos momentos en la privación de la libertad ambulatoria del imputado. La Retención se consideraba como el momento entre la detención

²³⁹ Definición propuesta por la presente investigación académica. Además, las medidas cautelares personales pueden clasificarse así: “1. detención; 2. prisión preventiva; 3. libertad provisional; 4. limitaciones a la libertad provisional como efecto de orden de comparecencia, citación intimatoria o emplazamientos;...9. medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios...De las anteriores la detención y la prisión preventiva son las más comunes por su frecuencia y por sus efectos...” –BETANCOURT, Sergio Huacuja; La Desaparición de la Prisión Preventiva...; Ob. cit.; pág. 51.

²⁴⁰ El Art. 47 del Código Penal, define la pena de prisión como “...una limitación a la libertad ambulatoria de la persona...”

y la prisión provisional. Sin embargo, el término Retención ha sido expulsado en la mayoría de legislaciones penales de los distintos países, por incidencia directa de la jurisprudencia, quedando la Detención como el concepto más feliz para reflejar la acción de privar de su libertad personal a quien se le atribuye un delito, con el propósito de individualizarlo. Este criterio es tomado de la siguiente doctrina española:

“...Aquí vamos a ceñirnos al concepto primario de libertad de movimientos, la libertad ambulatoria; la libertad de permanecer en un sitio determinado y trasladarse de un lugar a otro... Toda privación de esta libertad es una detención. El concepto jurídico coincide con su acepción gramatical: detener, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “privar de libertad por un tiempo breve”. El concepto de “retención” como zona intermedia, entre la detención y la prisión fue ya erradicado por nuestro Tribunal Constitucional, el cual –recordemos- califica de detención la privación de libertad a los solos efectos de la identificación personal (sentencia de 23 de noviembre de 1993, sobre recurso de inconstitucional de la Ley Orgánica 1/1992,...)”²⁴¹

El concepto de retención fue utilizado en algunas leyes penales especiales salvadoreñas, como por ejemplo la retención del sujeto peligroso en centro penitenciario o colonia agrícola, ordenada por el juez penal de conformidad al Art. 14 de la Ley del Estado Peligroso de 1953; otro caso fue el inciso 2º del Art. 35 de la Ley Anti-Maras de 2003, que estableció la retención policial hasta por 72 horas, a juicio prudencial del agente de policía. Con todo, la retención es un término legal impropio para expresar el

²⁴¹ ANDREU, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva (Comunicación)*; en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; *Detención y Prisión Provisional*; Consejo General del Poder Judicial; 1ª edición; Madrid, España; 1996; pág. 392.

pleno respeto al sistema de garantías constitucionales de la libertad física, exigido por el Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

3.2.2.1.1 *Detención: facultad y obligación*

La detención puede considerarse una facultad y una obligación. Como facultad libera de responsabilidad penal a quien realiza la privación de la libertad ambulatoria de una persona, siempre y cuando dicho acto de detención corresponda a los casos expresamente señalados por la ley; además la facultad de detención no tiene sujeto determinado, pudiendo ser cualquier persona la que prive de su libertad a otra.

En El Salvador hay un solo caso de detención como facultad²⁴², regulado en el Inc. 1º del Art. 288 Pr. Pn. 1996 (Inc. 1º del Art. 323 Pr. Pn. 2008), donde se autoriza a cualquier persona particular para aprehender al delincuente en flagrancia, el cual debe ser entregado inmediatamente a la Policía Nacional Civil.

La Detención como obligación es responsabilidad de los oficiales y agentes de policía, pudiendo emanar de un artículo de ley, o de una orden girada por la o el fiscal del caso, o bien, de la o el juez penal de la causa, aquí la casuística es amplia, pues la policía es la entidad operativa de la persecución y represión de los delitos²⁴³. Dicho sea de paso, en la Ley de

²⁴²En el caso de España la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula los siguientes casos de detención como facultad: *“Facultad de detener (art. 290 Ley de Enjuiciamiento Criminal)... determinados casos en que “cualquier persona”...puede detener a otra. Pueden clasificarse así: a) Delincuentes en transito criminal; b) Delincuentes en fuga (de Centro Penitenciario...para traslado,...); y c) Rebeldes”* –ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva (Comunicación); ob. cit.; pág. 392.

²⁴³ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva (Comunicación); ob. cit.; pág. 393.

Enjuiciamiento Criminal española se regula esta obligación de detención en los términos siguientes:

“Obligación de detener (art. 292)...impone la obligación correlativa a las autoridades y a los agentes de Policía Judicial, pero amplía los casos: a) todos los del art. 490; b) del procesado por delito...con pena superior a prisión menor y...por delito...con pena inferior cuando puede presumirse que no acudirá al llamamiento judicial...;c) del no procesado, que,...haya motivos bastantes para creer que cometió o participó en un hecho delictivo.”

En nuestro país, los casos de detención como obligación de la Policía Nacional Civil comprenden los siguientes:

a) Cuando se considere necesaria la presencia del imputado, y en caso de reo ausente, puede el o la juez ordenar su detención, según el inciso 1º del Art. 286 Pr. Pn. 1996 (Inc. 1º del Art. 321 Pr. Pn. 2008).

b) Delincuente en flagrancia, Inc. 1º del Art. 288 Pr. Pn. 1996 (Inc. 1º del Art. 323 Pr. Pn. 2008).

c) Por orden de el o la fiscal; o de la o el juez, Art. 289-A Pr. Pn. 1996 (Art. 326 Pr. Pn. 2008).

d) El imputado en fuga del lugar de detención, numero 1 del Art. 290 Pr. Pn. 1996 (numero 1 del Art. 327 Pr. Pn. 2008); y

e) Por tener objetos o señales de un delito, numero 3 del Art. 290 Pr. Pn. 1996 (numero 2 del Art. 327 Pr. Pn. 2008);

f) En ejecución de una difusión roja internacional, según el numero 3 del Art. 327 Pr. Pn. 2008²⁴⁴.

El Inc. último del Art. 290 Pr. Pn. 1996 (Inc. último del Art. 327 Pr. Pn. 1998), ordena a la Policía en los casos 1 y 2, enumerados en el mismo

²⁴⁴En este sentido se tienen las notificaciones rojas de las Oficinas Centrales Nacionales del sistema de la INTERPOL, estudiadas en el Capítulo II del presente trabajo.

artículo, poner a la orden y disposición de la o el fiscal a la persona imputada detenida, inmediatamente después de su captura; y en el caso 3, ordena practicar una investigación inicial, la cual según el inciso 1º del Art. 244 Pr. Pn. 1996 (inciso 1º del Art. 276 Pr. Pn. 2008), deberá informar a la Fiscalía General de la República en un plazo máximo de 8 horas²⁴⁵. Para proceder a la detención, los oficiales y agentes de Policía deben observar los principios establecidos en los nueve numerales del Art. 243 Pr. Pn. 1996 (Art. 275 Pr. Pn. 2008), entre los cuales se encuentran aplicar la fuerza necesaria y adecuada a la situación; el uso de armas solamente para salvaguardar vidas y evitar otros delitos; no cometer tortura, actos crueles o degradantes contra la persona detenida, etc.

La detención ejecutada por la policía es una medida de restricción de la libertad física, hasta cierta medida, aplicada en muchos casos con abuso de autoridad, producto de algunos vacíos legales de falta de control. Por ejemplo, en la experiencia cotidiana abundan testimonios de personas detenidas por la policía por “encontrarse en vías de investigación”, quienes son puestas en libertad antes del vencimiento de las 8 horas, sin haberseles imputado ningún delito. Además, atendiendo a la gran cantidad de personas detenidas puede afirmarse que nuestros agentes de policía practican una cultura de la represión²⁴⁶.

²⁴⁵El numeral 2 del Art. 327 Pr. Pn. 2008, absorbe los casos de los numerales 2 y 3 del Art. 290 Pr. Pn. 1996; y el numeral 3 del Art. 327 Pr. Pn. 2008, plantea la difusión o circulación roja internacional como obligación de la PNC de detener a una persona, estipulando el último inciso del mismo artículo aplicar “*las reglas previstas para la cooperación jurídica internacional*”.

²⁴⁶Según los datos estadísticos del Departamento de Información de Personas Detenidas, de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en el año 2008 fueron detenidas 28,512 personas; en el 2009 51,590; y solo a la mitad del presente año 2010, hasta el mes de junio, el total de detenidos era de 34,985. Estas cifras marcan una clara tendencia al ascenso continuo del uso de la detención policial en nuestro país. (ver Anexo 1: *Datos Estadísticos de las Personas que han sido Reportadas por la Policía Nacional Civil y los Tribunales del*

3.2.2.2 *Detención Administrativa decretada por el fiscal*

Según el Inc. 2º del Art. 13 de la Constitución, la detención administrativa decretada por el o la fiscal tiene un plazo de 72 horas, en este tiempo dicho operador del sistema deberá efectuar las diligencias iniciales de investigación, y poner a la orden y disposición de la o el juez penal competente a la persona imputada detenida. El anterior plazo constitucional es retomado por el Art. 289 Pr. Pn. 1996 (Art. 324 Pr. Pn. 2008²⁴⁷), precisando el comienzo de las setenta y dos horas a partir del momento de la aprehensión²⁴⁸, e impone al fiscal los mismo presupuestos exigidos a la o el juez para decretar la detención provisional. La potestad de la o el fiscal de ordenar la detención administrativa es parte de su poder coercitivo, otorgado por el Art. 85 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 77 Pr. Pn. 2008).

Con todo, la detención administrativa no está exenta de contradicciones con las garantías constitucionales. En primer lugar, el hecho que la ley exija para ordenar esta medida los mismos presupuestos para decretar la detención provisional²⁴⁹, convierte su naturaleza jurídica en una especie de

país al Departamento de Información de Personas Detenidas de la Corte Suprema de Justicia durante los años 2008, 2009 y hasta junio de 2010).

²⁴⁷En este Art. 324 Pr. Pn. 2008, se encuentra la variante esencial del plazo no mayor de diez días para la presentación del requerimiento fiscal, una vez girada la orden de detención administrativa, este plazo no aparece en el Art. 289 Pr. Pn. 1997.

²⁴⁸Según nuestra Sala de lo Constitucional el inicio de las 72 horas es a partir de la detención, por los efectos generados en los derechos del imputado, este criterio es expresado así: *“DETENCIÓN ADMINISTRATIVA. El plazo de las setenta y dos al que alude la norma constitucional, se cuenta a partir del momento en que se efectúa la captura de la persona, pues desde ese preciso instante se generan efectos en la esfera del imputado, en tanto este es privado efectivamente de su libertad física. (HÁBEAS CORPUS, ref. 198-2004, de las 12:04, del día 13/9/2005)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2005...; ob. cit.; pág. 7

²⁴⁹Las similitudes destacadas en adelante entre la detención administrativa y la detención provisional no debe llevar a su identificación, pues son actos muy diversos, emanados de autoridades distintas, y con diferentes finalidades, al respecto se transcribe el siguiente criterio jurisprudencial: *“DIFERENCIA CON LA DETENCIÓN PROVISIONAL. Las*

medida cautelar²⁵⁰, y por consiguiente, exige a la fiscalía orientar su criterio también en las características esenciales de la detención provisional, estudiadas con detalle en el Capítulo IV, tales como la relación de instrumentalidad, proporcionalidad, excepcionalidad y, en especial, la característica de *jurisdiccionalidad*, desconocida por la práctica forense debido a que la ley no establece ningún control judicial durante las 72 horas de la detención administrativa.

En el último sentido, se destaca el conflicto entre la detención administrativa y la garantía constitucional de imparcialidad, garantía con operatividad tanto en lo judicial como en lo administrativo²⁵¹. El o la fiscal asume en la mayoría de delitos la acusación, pilar del proceso acusatorio diseñado en función de la imparcialidad²⁵². La imparcialidad consiste en tomar decisiones sin prejuicios, lo cual es muy difícil encontrar en la práctica

detenciones administrativas y provisional, son actos diferentes en tanto que han sido pronunciados por autoridades distintas, en un momento también diferente, con plazos independientes para cumplirse y con una finalidad propia que justifica la existencia de cada una. (HÁBEAS CORPUS, ref. 198-2004, de las 12:04, del día 13/9/2005) –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2005...; Ob. cit.; pág. 7.

²⁵⁰El Inc. 2º del Art. 77 Pr. Pn. 2008, no menciona expresamente la detención administrativa, ésta queda comprendida dentro del poder coercitivo de la fiscalía bajo la fórmula de “ordenar las medidas cautelares que sean de su competencia”, por tanto, dicha disposición está reconociendo la naturaleza jurídica de la detención administrativa como una medida cautelar.

²⁵¹La imparcialidad de la fiscalía es exigida por el Inc. 3º del Art. 3 y el Inc. 2º del Art. 238 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 270 Pr. Pn. 2008), el cual exige la investigación de las circunstancias de cargo y descargo del imputado;

²⁵²Acerca del principio acusatorio como garante de la imparcialidad, se transcribe la siguiente cita: “El principio acusatorio tiene como objetivo el garantizar la imparcialidad...La imparcialidad es pues, una cualidad o forma de actuar en proceso,...En cuanto a esto, Julio Mair señala que: “...el concepto refiere, semánticamente, a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir” –CETINA, Gustavo; Prisión Preventiva. La Práctica de la Prisión Preventiva en el área metropolitana de la ciudad de Guatemala (1997); 1ª edición; Créditos Institucionales al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales; 1999; págs. 9 y 21.

debido a la costumbre dominante de extenderse las investigaciones fiscales solo a las circunstancias de cargo del imputado. Otra contradicción con las garantías constitucionales, son los casos de Detención Administrativa automática, decretada sin ninguna motivación ni argumentación cuando la policía remite al imputado a la orden de la o el fiscal, por su captura en flagrancia, o por encontrarse con señales u objetos de un delito; esta violación tiene mucho que ver con la falta de control judicial durante las setenta y dos horas de la detención administrativa, así como durante las ocho horas de la detención policial.

Por otra parte, en la práctica también es común observar resoluciones de detención administrativa con deficiencias en su motivación, fundamentación y argumentación, que son otros requisitos para decretar la detención provisional, según el Inc. 1º del Art. 285 del Pr. Pn. 1996 (Inc. 1º del Art. 320 Pr. Pn. 2008). En varios casos, los o las fiscales se limitan a motivar esta medida con una argumentación superficial, sin el análisis necesario o bien, citando opiniones literales de la doctrina y frases rutinarias; sin explicar ni el mínimo de dicho análisis en cuanto a la necesaria articulación existente entre el cuadro fáctico y los argumentos y subargumentos para reconstruir la teoría del caso²⁵³.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a los Estados a regular la detención administrativa respetando los derechos siguientes: prohibición de detención arbitraria, legalidad de la detención, notificación del motivo de la detención, comparecencia ante juez competente, juzgamiento en un plazo razonable para decidir sobre la

²⁵³Esta falta de argumentación puede observarse en el Anexo 2 referente a una “RESOLUCIÓN DE DETENCIÓN ADMINISTRATIVA”, decretada por fiscales de una de las Unidades de Delitos Relativos a la Vida, de cierta Oficina Fiscal.

libertad, y revisión de la medida²⁵⁴. Así como también, los organismos internacionales recomiendan un conjunto de salvaguardias para reducir los abusos de los derechos del imputado en detención administrativa, siendo estos: especificar en las legislaciones nacionales las directrices, criterios claros y circunstancias para ordenar la detención administrativa; entrega de copia escrita de la orden a la persona detenida; verificación judicial de la justificación de la orden de detención administrativa²⁵⁵.

3.2.2.3 *Detención por el término de inquirir*

La detención por el término de inquirir es considerada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional²⁵⁶ una clase de medida cautelar²⁵⁷, de tiempo muy breve y con la finalidad de asegurar la presencia

²⁵⁴Estos estándares aparecen en los siguientes Instrumentos Jurídicos Internacionales: Art. 14 y Art. 9 párrafos 1, 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Regla 95 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos; Arts. 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁵⁵Sobre estas recomendaciones se sugiere consultar: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*; Serie de Capacitación profesional N° 3. Derechos Humanos y prisión preventiva; 1ª edición; Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal; Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra; 1994; págs. 46 y 47.

²⁵⁶La Sala de lo Constitucional tiene un criterio consolidado en relación a la detención por el término de inquirir como medida cautelar, al respecto se cita lo siguiente: “*La jurisprudencia sostenida por esta Sala -verbigracia resolución de HC 122-2003, de fecha 28/01/2004- ha sido reiterada al calificar a la detención por el término de inquirir como una "detención judicial confirmatoria", de naturaleza cautelar. Lo anterior implica que la mencionada medida se reviste -al igual que cualquier otra medida cautelar- de las características que le son propias, específicamente de la provisionalidad o temporalidad.*” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 90-2007 de las 12:41 horas del 5/03/2010. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

²⁵⁷Una opinión doctrinaria de la naturaleza jurídica de la detención por el término de inquirir como medida cautelar, es la siguiente: “...*Vicente Gimeno Sendra sostiene que la fase procesal equivalente a nuestra detención para inquirir es una medida cautelar... Enrique Aguilera de Paz...le atribuye características y funciones propias de las medidas cautelares... Julio de Olazábal... "materialmente en nada difiere una de otra puesto que [...]*

del imputado en la audiencia inicial; en este sentido en nuestro país, cuando el requerimiento fiscal es presentado con la solicitud de *instrucción formal con aplicación de la medida cautelar de la detención provisional*, los y las jueces de paz, de conformidad al Art. 254, No. 1, Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 298 Pr. Pn. 2008), decretan la detención por el término de inquirir del imputado presente, es decir, por 72 horas, dentro de las cuales deberá instalar la audiencia inicial, y decidirse sobre la libertad o detención provisional del imputado²⁵⁸; en cambio, si el requerimiento fiscal no contiene la solicitud de ninguna medida cautelar, los y las jueces tienen el criterio de aplicar las reglas de reo ausente, al imputado puesto a su orden y disposición, según el Art. 254, numeral 2, Pr. Pn. 1997 (número 2 del Art.

consisten en encerramientos, y [...] en cuanto hace a su operatividad como medidas cautelares guardan simetría...Nuestro CPP se adscribe a la tesis relacionada, de considerar que la detención para inquirir es una medida cautelar ya que la incluye en el capítulo que regula ese tipo de medidas... –ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal; Consejo Nacional de la Judicatura; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 1999; pág. 509.

²⁵⁸Un problema práctico suscitado por la interpretación del efecto suspensivo de los recursos, regulado en el Art. 411 Pr. Pn. 1996, fuera del contexto constitucional consistió en el mantenimiento de los imputados en una detención anómala fuera del término de inquirir, cuando la fiscalía apelaba el sobreseimiento provisional o definitivo, dictado por el juez de paz en la audiencia inicial por inexistencia del delito atribuido; dicha situación fue resuelta por la Sala de lo Constitucional de la siguiente manera: “...esta Sala, con el propósito de evitar posibles confusiones respecto del efecto suspensivo regulado en el artículo 411 del Código Procesal Penal, ha circunscrito el presente análisis constitucional al caso específico de sobreseimiento definitivo por atipicidad, es decir una conducta calificada por el Juez competente como no constitutiva de delito, en tanto que sería no solamente desproporcional, sino violatorio del derecho constitucional de libertad de toda persona..., permitir que el ahora favorecido continuara privado de su derecho de libertad cuando inicialmente no existieron a criterio de la autoridad judicial mencionada los supuestos habilitantes para decretar una medida cautelar que restringe el derecho referido, pues no debe obviarse que al finalizar el plazo de la detención por el término de inquirir, el Juez está en la obligación de decretar o bien la libertad o la detención provisional del imputado detenido, según lo establecido en el artículo 13 inciso 3° de la Constitución, mismo que ha servido de base para emitir la presente resolución y colegir que con la actuación del Juez Octavo de Paz de esta ciudad, al mantener en detención al favorecido y no llevar a cabo una interpretación conforme a la Ley Primaria, menoscabó su derecho fundamental de libertad, por los motivos ya acotados.” –Sentencia Definitiva, HÁBEAS CORPUS, Ref. 182-2002, de las 12 Horas, del día 10/febrero/2003. Consultada el 30/08/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

298 Pr. Pn. 2008), convocando a las partes a la audiencia inicial dentro de los cinco días hábiles siguientes. Como se observa, en el caso salvadoreño la detención por el término de Inquirir depende de la solicitud realizada por la fiscalía en su requerimiento, sin el cual, a tenor del Art. 253 Pr. Pn. 1996 (Art. 297 Pr. Pn. 2008), no es posible la celebración de la audiencia inicial. El propósito de la detención por el término de inquirir es mantener al imputado detenido hasta tomar la resolución principal de la audiencia inicial, según el Art. 256 Pr. Pn. 1996 (Art. 300 Pr. Pn. 2008)²⁵⁹. El plazo de la detención por el término de inquirir está regulado en el inciso 3º del Art. 13 de la Constitución, de conformidad al cual no deberá excederse de setenta y dos horas, estando el o la juez de paz obligado dentro de este tiempo a notificar el motivo de la detención, recibir la indagatoria del imputado y decretar la libertad o detención provisional.

Por otro lado, es importante resaltar la variación de fondo del Art. 297 Pr. Pn. 2008, que prohíbe iniciarse la instrucción sin el requerimiento fiscal, lo cual en el Art. 253 Pr. Pn. 1996, aparecía como una prohibición al juez de paz de ordenar la instrucción sin el referido requerimiento, pues, la referida disposición y el Art. 300 del Pr. Pn. 2008, indican una sensible supresión del rol del juez de paz en el proceso penal, quien no tendrá en adelante la potestad de decretar durante el término de inquirir la instrucción, el

²⁵⁹ Sobre las características de la detención por el término de inquirir se transcribe la siguiente cita literal: “...la detención para inquirir es provisoria o interina porque está destinada a durar hasta que el Juez resuelva si dicta otra medida cautelar menos provisoria, cual sería el caso de la detención provisional, o decretar la libertad del imputado. Es mutable, ya que está sujeta a la regla rebus sic stantibus y por lo tanto sólo debe mantenerse su eficacia en tanto perdure la situación de hecho que la ha motivado...Además...tiene la de temporalidad, la cual ha sido establecida constitucionalmente, ya que tiene por sí misma duración limitada (72 horas), sin necesidad de que haya pronunciamiento del Juez sobre las alternativas relacionadas, o de que cambien o no los supuestos fácticos que la motivaron.” –ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; Ensayos Nº 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; Ob. cit.; págs. 510 y 511.

sobreseimiento definitivo ni provisional, y la desestimación solicitada por el fiscal; sino que dichas resoluciones son potestades ahora de la o el juez de Instrucción, según el No. 1 del Art. 303, en relación con el No. 2 del Art. 355, ambos del Pr. Pn. 2008; esto con seguridad vendrá a sobresaturar el Sistema Penal, perjudicará la celeridad y economía procesal en la resolución de los delitos de bagatela, etc.; y por tanto, aumentará la sobrepoblación carcelaria existente.

3.2.2.4 *Detención especial para Inquirir*

La detención especial para inquirir se aplica en los hechos punibles donde participaron varios individuos y no ha sido posible individualizarlos, en este caso el Art. 287 Pr. Pn. 1996 (Art. 322 Pr. Pn. 2008) permite a la o el juez de paz, si fuere indispensable, detener para inquirir a todo el grupo de personas, por un tiempo máximo de 72 horas, pero solamente para efectos de tomar sus declaraciones, no así para adoptar la detención provisional. Esta detención especial para inquirir es muy criticada por la doctrina, debido a la imprecisión en la redacción del referido Art. 287 Pr. Pn. 1996 (Art. 322 Pr. Pn. 2008), pues, la ambigüedad de sus términos causa confusión y promueve la arbitrariedad judicial, además, la disposición carece de propósito efectivo para la investigación del delito al no estipular la necesidad de la individualización, estas críticas atacan la efectividad de esta detención especial para inquirir, haciendo inviable su uso en la práctica²⁶⁰.

²⁶⁰Una crítica a esta detención especial de inquirir la tenemos en lo siguiente: "...La medida a la que se refiere el Art. 287 CPP., probablemente por inspiración en lo dispuesto por el Código Procesal Modelo para Iberoamérica (Art. 199), donde es llamada "arresto"; es decir que allí no podría considerarse como una clase de detención. En el proyecto de CPP., a esta medida de coerción se le llamaba aprehensión conjunta. En el cuerpo normativo definitivamente aprobado...su texto vigente...ha ocasionado algunas críticas y generado varias dudas..., con lo que no se cuenta en el supuesto que justifica la norma, es con la "individualización"...en relación a un delito...que entre los presentes en el lugar, alguno o

3.2.2.5 Medidas Alternativas o Sustitutivas de la detención Provisional

Según la doctrina, los términos *Alternativas y Sustitutivas* aluden a dos actos diferentes²⁶¹; por ejemplo, la medida cautelar es alterna cuando durante la audiencia inicial el o la juez de paz decide aplicar una medida distinta de la detención provisional, y la medida cautelar es sustitutiva cuando en audiencia especial de revisión de medidas el o la juez de instrucción concede la petición de sustituir la detención provisional por una medida menos gravosa. En cualquiera de los casos, las medidas alternativas o sustitutivas son el mecanismo práctico para la utilización de la detención provisional como excepción, lo cual ha sido una incorporación reciente en la historia del derecho procesal penal salvadoreño, a partir de la vigencia del Pr. Pn. 1996, y retomadas en el Pr. Pn. 2008. Esto se funda en seguida:

“El Salvador ha incorporado a su ordenamiento jurídico disposiciones de Tratados Internacionales que integradas y en síntesis, establece que la prisión preventiva no debe ser la regla general, pero que la libertad de los imputados podrá estar subordinada o condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de aquéllos al acto del juicio, ...esto significa que toda persona imputada goza en El Salvador a que la prisión preventiva...se le imponga como medida excepcional y provisoria, frente a la regla general,

algunos están suficientemente distinguidos o determinados como presuntos autores o partícipes...” ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; Ob. cit.; págs. 505 y 506.

²⁶¹Los términos Sustitutiva y Alternativa no son sinónimos, según el Diccionario de la Lengua Española, Sustitutiva significa: “*adj. Que puede reemplazar a algo en el uso. U. t. c. s.*”; y Alternativa: “*(Del fr. alternative). 1. f. Opción entre dos o más cosas.*” –REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española; ob. cit.–. Por tanto, la vocal “o” con la cual son separados estos dos términos en el título del Art. 331 Pr. Pn. 2008, tiene una función disyuntiva, distinguidos claramente en el Inc. 1º del Art. 332 Pr. Pn. 2008, donde hay un momento de aplicación de las medidas distintas a la detención provisional como medidas alternas, y otro momento en el cual el imputado se encuentra en detención provisional, pero puede sustituirse por otra medida menos grave. El Art. 295 Pr. Pn. 1996, no hace esta importante diferenciación.

que debe ser el goce de la libertad. Además, que si es preciso subordinar esa libertad a garantías, por ese carácter de general que tiene el derecho afectado, estas deben ser menos lesivas que la medida excepcional antes citada, siempre que sean idóneas para garantizar las finalidades procesales explicitadas en los Tratados Internacionales que consideramos”²⁶²

Sin embargo, la anterior opinión transcrita ya no refleja la realidad contemporánea de la detención provisional en nuestro país. Al inicio de su vigencia, el Sistema Penal de 1998 introdujo una serie de mecanismos progresistas sin precedentes en El Salvador, conforme a los Tratados Internacionales, que tuvieron un importante impacto positivo; las medidas sustitutivas del Art. 295 Pr. Pn. 1996; los beneficios penitenciarios del Código Penal; la conversión de la detención provisional, según el Art. 48 Código Penal; las penas sustitutivas de la prisión; el modelo del garantismo penal; las innovaciones de la nueva Ley Penitenciaria; etc.; además, de factores como el entusiasmo de la mayoría de los y las jueces por construir un sistema penal democrático, y el clima político favorable, impulsado por la cooperación internacional hacia reformas judiciales modernas. Todo lo antes mencionado, produjo una sensación de alivio a la larga tradición de violaciones de derechos humanos por parte de los sistemas penales salvadoreños. Pero este ambiente idílico duró muy poco tiempo, pues rápidamente comenzaron las contrarreformas penales a socavar las bases legales del recién inaugurado modelo garantista; se derogó en octubre de 1998 el Art. 48 del Código Penal, y a partir de septiembre de 1999 comenzó a crearse un marco normativo de la obligatoriedad de la detención provisional; y hoy en día puede decirse que del total de los jueces y juezas

²⁶²ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; *Ensayos Nº 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...*; ob. cit.; pág. 240

del Sistema Judicial apenas un 10% están al frente de la lucha por un Estado Democrático y Constitucional de Derecho en El Salvador.

Dejando a un lado lo anterior, las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión provisional son reguladas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exigidas por imperativo del Art. 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, obligando a los Estados partes a utilizar la detención provisional como excepción; el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde establece medidas asegurativas para la comparecencia del imputado en el juicio.

Otros instrumentos internacionales tienen importancia para la interpretación de los Pactos Internacionales, también comprenden las medidas alternas o sustitutivas de la detención provisional, entre estas tenemos como ejemplo, el artículo 1.1 y siguientes, de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, las cuales promueven principios para aplicar medidas sustitutivas o alternativas de la detención provisional, y directrices de salvaguardia para los derechos de las personas sometidas a dichas medidas; Principio 36, del *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión*, que contiene la presunción de inocencia, la utilización de la restricción de la libertad en caso necesario, la fundamentación de la medida cautelar impuesta; Principio III, número 2, de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, donde se regula la excepcionalidad de la prisión preventiva. A continuación, se comentan las medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional reguladas en el Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Art. 332 Pr. Pn. 2008), las cuales

tienen por objeto restringir la libertad de circulación, de reunión y de comunicación.

3.2.2.5.1 Arresto domiciliario

El arresto domiciliario es una medida alternativa o sustitutiva regulada en el No. 1 del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 332 Pr. Pn. 2008), la cual consiste en restringir la libertad de circulación de la persona imputada al lugar de su residencia, por lo general acompañada de custodia policial²⁶³. En nuestro país, el arresto domiciliario es muy poco utilizado debido a su falta de recursos²⁶⁴; al respecto, es citada una definición de arresto domiciliario:

*“La detención domiciliaria, conforme lo señala el maestro sanmarquino Florencio Mixán Mass «es una subclase de la medida coercitiva de índole personal por la que el Juez o la Sala Penal limita la libertad del procesado imponiéndole el deber de encontrarse en su propio domicilio bajo vigilancia o sin ella y siempre a su disposición»...”*²⁶⁵

²⁶³En algunas experiencias del derecho comparado, en personas mayores de 65 años de edad, que adolecen de alguna enfermedad, o bien, mujeres en el último trimestre de embarazo, o dentro de los tres meses del nacimiento, la ley le permite a la o el juez considerar en estos casos adoptar el arresto domiciliario; esto es estudiado en el Capítulo VIII, sobre la motivación de la detención provisional en el derecho comparado.

²⁶⁴La problemática de recursos y falta de infraestructura para la aplicación del Arresto Domiciliario en El Salvador es un factor que incide negativamente en su idoneidad, en este sentido el o la juez tomará en cuenta este obstáculo para conceder su utilización. Las autoridades de la PNC han reclamado desde hace muchos años por la presión económica para la Corporación policial que significa el servicio de custodia de imputados con arresto domiciliario, por ejemplo, en la nota periodística titulada *“Oneroso Gasto en PNC por arrestos domiciliarios”*, del 21/01/2007, el entonces Sub-director de Áreas Especializadas de la PNC, estimaba los costos entre \$15 mil y \$30 mil mensuales en concepto de agentes, vehículos, radios, teléfonos, cámaras de vigilancia, etc., para cuidar que no se den a la fuga quienes están bajo dicha medida sustitutiva; esta noticia fue consultada el 20 de julio de 2010 en el sitio web oficial de la prensa <http://archive.laprensa.com.sv/20070121//nacion/698400.asp>

²⁶⁵QUINECHE FLORES, Karina Milagros Dra.; *La Motivación de las Resoluciones que dictan Detención Domiciliaria*; ensayo publicado el 1º de julio de 2008. Consultado el 22 de julio de 2010 en el Blog a20069989, administrado por Karina Milagros Quineche Flores.

Con todo, quizá hasta ahora el caso emblemático en la historia jurídica de esta medida cautelar en El Salvador, sigue siendo el cumplimiento de seis años de medida cautelar de arresto domiciliario del señor Mario Orellana Andrade, desde mayo de 2004. Su participación en una serie de hechos punibles concentrados en la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), llevó a la fiscalía a solicitar su calidad de testigo criteriado, de conformidad con el No. 2 del Art. 20 Pr. Pn. 1996, utilizando la información brindada por dicho señor, para lograr el 13 de julio de 2007 la condena a 15 años de prisión de Carlos Augusto Perla, ex-presidente de ANDA, por los delitos de Peculado, Agrupaciones Ilícitas y Negociaciones Ilícitas²⁶⁶. La jueza noveno de instrucción de San Salvador, al aplicar el criterio de oportunidad impuso once medidas cautelares al señor Orellana²⁶⁷,

Servicio ofrecido por la Dirección de informática Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el sitio web <http://blog.pucp.edu.pe/item/25502/la-motivacion-de-las-resoluciones-que-dictan-detencion-domiciliaria>

²⁶⁶ Al inicio del proceso, el testimonio del señor Orellana fue tomado como anticipo de prueba, y sirvió de base para decretar la detención provisional de Carlos Perla; en vista de lo anterior la defensa del referido señor Perla buscó sin éxito su libertad por medio de lo hábeas Corpus, resolviendo la Sala de lo Constitucional, en esencia, lo siguiente: *“Del folio 171 al 191, del incidente de apelación de la medida cautelar de detención provisional número 22-2005, tramitado ante la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, consta la resolución en la que se confirma la medida cautelar de detención provisional en contra de los favorecidos, en la que básicamente expresa que efectivamente José Mario Orellana Andrade fue autorizado como testigo y su declaración se tomó como anticipo de prueba y que nada impide su utilización en el proceso; además se consideró la gravedad de la pena como motivador de la imposición de la detención provisional...”* – Sobreseimiento; HÁBEAS CORPUS; Ref. 20-2005; de las 12:02 Horas, del 19 de septiembre de 2005. Consultada el 30/08/2010 en sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la dirección siguiente: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>. Además, para el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, que emitió la condena contra Carlos Perla, el testimonio de Mario Orellana mereció poca credibilidad, por lo que no abonó a la declaratoria de su culpabilidad. La noticia de este caso se consultó el 30/08/2010 en el sitio web de La Prensa Grafica, bajo el título: *“Quince años de cárcel para Carlos Perla. El ex-funcionario fue encontrado culpable esta tarde de tres delitos cometidos cuando fue presidente de la ANDA. Perla se avocará al recurso de Casación”*; publicada el 13 de julio de 2007 en <http://archive.laprensa.com.sv/20070713/lodeldia/20070713/12980.asp>

²⁶⁷ Estas medidas fueron: 1) arresto domiciliario; 2) Presentarse al Juzgado cada vez que sea requerido; 3) Prohibición de Comunicarse; 4) Inmovilización de cuentas bancarias; 5) prohibición de transferencias de bienes; 6) embargo preventivo de bienes; 7) lugar de

con base al Inc. 3º del Art. 21 Pr. Pn. 1996. Sin embargo, la indeterminación de la situación jurídica convierte en irregular la utilización de la medida sustitutiva del arresto domiciliario en este caso, pues, la fiscalía hasta la fecha no le ha atribuido ninguna responsabilidad penal por algún delito al señor Orellana²⁶⁸, pero sin embargo, se opone al levantamiento del arresto domiciliario en que se encuentra.

3.2.2.5.2 *Sometimiento al cuidado o vigilancia de persona o institución*

El número 2, del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (número 2, del Art. 332 Pr. Pn. 2008), establece como medida cautelar alternativa o sustitutiva de la detención provisional el sometimiento del imputado al cuidado o vigilancia de una persona natural o jurídica; esta medida es utilizada por los y las jueces en casos de mediana problemática, por ejemplo en delitos menos graves, con circunstancias atenuantes, etc.

En esta medida cautelar el juicio prudencial de la o el juez se orienta hacia el compromiso adquirido por una persona o institución honorable para cuidar y vigilar de la persona imputada. Por término medio, esta medida es utilizada para imponer ciertas reglas de conducta al imputado, como por ejemplo la asistencia a sesiones de grupos terapéuticos para adictos a las

residencia anónimo; 8) citas y notificaciones bajo reserva; 9) uso de vehículo oficial para su traslado; 10) declaraciones bajo estricta reserva; y 11) custodia policial. La anterior información se tomó de noticia de la prensa *grafica.com*, publicada el 11 de mayo de 2004 con el título: “Fiscalía encontró dos millones de dólares en cuentas de Perla”; consultada el 1º de septiembre de 2010 en el sitio web oficial del referido periódico en la dirección electrónica siguiente: <http://archive.laprensa.com.sv/20040511/nacion/nacion13.asp>

²⁶⁸En este sentido, el señor Mario Orellana ha reclamado de la fiscalía a través de los medios de comunicación que defina su situación jurídica, por el arresto domiciliario impuesto hace seis años, exigiendo el cumplimiento del acuerdo de testigo criteriado; esta información apareció el 2 de agosto de 2010, en noticia del periódico *Co-Latino*, bajo el tema “Caso ANDA: Mario Orellana afirma estar en “limbo jurídico”, la cual fue consultada el 1º de septiembre de 2010 en el sitio web de dicho periódico en la dirección electrónica siguiente: <http://www.diariocolatino.com/es/20100802/nacionales/82830/?&menu=%>

drogas y alcoholismo; asistencia psicológica o apoyo psiquiátrico; charlas de orientación para conductores temerarios; etc.

3.2.2.5.3 *Presentación ante juez o autoridad designada*

En el No. 3, del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (No 3, del Art. 332 Pr. Pn. 2008) establece la posibilidad de imponer como medida alterna o sustitutiva la obligación de presentarse ante el mismo juez o la autoridad designada en la resolución cautelar. En este sentido, el o la juez de paz puede condicionar al imputado presentarse a la o el juez de instrucción competente, firmando como constancia de su asistencia. En este caso, la proporcionalidad de la medida debe considerar el tiempo del imputado como trabajador para no afectarse esta área esencial de su vida material, pues, una periodización muy corta (1 vez por semana) puede causar problemas de estabilidad laboral, con lo cual causaría un grave daño innecesario. Para la jurisprudencia de Hábeas Corpus, esta medida cautelar tiene las siguientes características:

“Respecto a la medida de presentarse ante el juez cada quince días, es dable decir que tal obligación no constituye más que una forma de asegurar que el favorecido no pretenderá evadir la acción penal, siendo ésta una obligación para el procesado, en la cual se compromete a comparecer ante la autoridad judicial regularmente, a tiempo que asume las consecuencias derivadas del eventual incumplimiento, las cuales son la revocatoria de la libertad provisional al configurarse el periculum in mora o peligro de fuga...Así, la finalidad de la mencionada obligación es atenuar el riesgo de fuga del procesado, ya que las presentaciones periódicas permiten tener noticias del paradero del inculgado, lo que a la vez genera el estado de seguridad de que el mismo no ha tratado de ocultarse para evadir su posible

*responsabilidad (Hábeas Corpus, ref. 55-2005, de las 12:22 del día 10/8/2005)”*²⁶⁹

3.2.2.5.4 *Prohibición de salir del país, localidad o ámbito territorial*

Esta medida tiene por objeto restringir la libertad de circulación del imputado, regulada en el número 4 del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (número 4, Art. 332 Pr. Pn. 2008). La utilización de esta medida está definida por las circunstancias del caso; y es común encontrar sus aplicaciones como resultado de una sustitución de la detención provisional ante la variabilidad de las condiciones que la fundaron. La protección de la libertad de circulación es competencia de la demanda de amparo, según la siguiente jurisprudencia constitucional:

“En relación a salir del país sin autorización judicial, la Sala advierte que en la aplicación de dicha medida se ve disminuida la libertad de circulación, la cual se encuentra normada en el artículo 5 inciso 1º de la Constitución...; la Sala de lo Constitucional considera que la libertad de circulación no es competencia en materia de hábeas corpus, dado que su conocimiento es exclusivo de la materia de amparo, pues en dicho proceso se brinda protección a todas aquellas libertades distinta de la libertad física, cuando se encuentren ilegal o arbitrariamente restringidas.” –(Hábeas Corpus, ref. 55-2005, de las 12:22 del día 10/8/2005)”²⁷⁰

²⁶⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; Ob. cit.; pág. 16.

²⁷⁰CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; Ob. cit.; pág. 16. En el mismo sentido, el Habeas Corpus siguiente, establece la improcedencia de este tipo de proceso para la protección de la libertad de circulación, al respecto dice: *“A partir de la Sentencia de habeas corpus número 14-2002, la Sala de lo Constitucional estableció que el derecho de libertad de circulación era distinto del derecho de libertad física o personal, y mediante el proceso de habeas corpus, se tutelaba única y exclusivamente la libertad personal o física, pues como el nombre del proceso lo indicaba, el mismo estaba dirigido a proteger a la persona contra restricciones ilegales o*

3.2.2.5.5 *Prohibición de concurrir a reuniones o visitar lugares*

El número 5 del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (número 5 del Art. 332 Pr. Pn. 2008), posibilita el uso de la medida de prohibir a la persona imputada apersonarse a determinadas reuniones y lugares; es idónea para los delitos de Asociaciones Ilícitas, violaciones, desobediencia en caso de violencia intrafamiliar, y todos aquellos delitos que denoten como elementos del ilícito la concurrencia de tiempo, espacio y forma relacionados con lugares y reuniones determinados en la relación circunstanciada de los hechos, en el caso concreto.

3.2.2.5.6 *Prohibición de comunicarse con personas determinadas*

El número 6 del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (número 6 del Art. 332 Pr. Pn. 2008), permite aplicar como medida cautelar la inhibición del imputado para comunicarse con determinadas personas, como por ejemplo con la víctima en los delitos sexuales; la o el juez puede ordenar también la incomunicación entre sí de los distintos imputados, con la finalidad de neutralizar el riesgo de conspiración del fraude procesal, etc.

3.2.2.5.7 *Caución juratoria*

En el último Inc. del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (último Inc. del Art. 332 Pr. Pn. 2008), la ley procesal penal permite que el o la juez tome como medida alterna de la detención provisional la caución juratoria del imputado, en los

arbitrarias de su libertad física (Improcedencia de HABEAS CORPUS, Ref. 81-2007, de las 12: 09 horas del día 07/11/2007.)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007...; Ob. cit.; pág. 206.

casos de delitos cuya pena de prisión sea igual o menor a 3 años de prisión, bastando la declaración jurada del imputado de someterse al proceso.

En resumen, el conjunto de medidas alternas o sustitutivas de la detención provisional arriba comentadas, el o la juez tiene la facultad de combinarlas o aplicar una sola de ellas, de acuerdo a su discrecionalidad atendiendo las singularidades del caso concreto; esta autorización está expresamente señalada en el 2º Inc. del Art. 295 Pr. Pn 1996 (Inc. 2º del Art. 332 Pr. Pn. 2008), estableciendo asimismo la prohibición de desnaturalizar su finalidad, haciendo imposible su utilización. Por otra parte, para efectos del proceso de hábeas corpus y demanda de amparo, del conjunto de medidas cautelares alternativas o sustitutivas de la detención provisional arriba descritas, debe tenerse muy en cuenta la clase de libertad afectada, pues, en los casos donde se restringe de alguna forma la libertad física procede el hábeas corpus, y en los casos donde es restringida la libertad de comunicación, reunión y circulación procede el amparo. Esta distinción está claramente explicada por la jurisprudencia constitucional de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, remitiendo a las circunstancias del caso concreto la determinación de la restricción de la libertad física, en ese sentido se encuentra asentado dicho criterio en varios procesos de hábeas corpus²⁷¹.

²⁷¹ Por ejemplo, en el siguiente proceso de hábeas corpus se desarrolla el criterio de que no todas las medidas cautelares sustitutivas en el proceso penal implican una restricción a la libertad personal, esto dice así: *“...Es importante señalar que no todas las medidas distintas a la detención provisional implican una restricción al derecho de libertad física, puesto que algunas de ellas no llegan a configurar impedimentos a la esfera de autonomía física que desnaturalicen el derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable, y en consecuencia dichas medidas sustitutivas no configuran el supuesto habilitante que permita su conocimiento a través del proceso de hábeas corpus...Sin embargo, debe aclararse que esta Sala no puede establecer parámetros generales para determinar en qué situaciones las medidas alternas a la detención provisional implican privación o restricción de libertad y cuando constituyen meras condiciones o prohibiciones respecto a la observancia de cierta conducta, pues ello es dable partiendo del caso concreto, teniendo en*

3.3 *A manera de Conclusión*

Las medidas cautelares reales civiles y reales penales constituyen en el proceso penal hasta cierta manera un mismo sistema de cautelas, en el sentido de regir para las medidas cautelares reales penales las mismas reglas del proceso civil, según el Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008); sin embargo, en el caso de las cautelas reales penales de secuestro y decomiso, y su posible conversión en comiso, existen reglas especiales en el Código Procesal Penal. Por otra parte, las cautelas personales penales tienen como finalidad exclusiva el aseguramiento de las resultas del proceso, y debido a esto son predominantes en el proceso penal. En cambio, con respecto a las cautelas patrimoniales penales sólo cumplen esa función aquellas adoptadas con la finalidad de asegurar una eventual pena de multa, no así las destinadas a garantizar la responsabilidad civil derivada del delito, y las aplicadas para asegurar la prueba.

consideración un conjunto de criterios, entre otros, el género, la naturaleza, los efectos, y las modalidades de ejecución de las medidas (HÁBEAS CORPUS, ref. 170-2004, de las 12:20 Horas del día 2/1/2005)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; Ob. cit.; págs. 14 y 15.

CAPITULO IV

MEDIDA CAUTELAR DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

La medida cautelar de la detención preventiva es la medida más delicada y grave utilizada no solamente en el proceso penal, sino en todo el sistema judicial, pues, su aplicación tiene los mismos efectos materiales de la pena de prisión, afecta gran cantidad de derechos fundamentales de quien la recibe, y si es injustificada, destruye todas las garantías constitucionales a favor del imputado, en ese sentido el presente Capitulo realiza un estudio preliminar sobre dicha medida de coerción, con un enfoque jurídico-procesal-penal, haciendo las aplicaciones pertinentes de la teoría general de las medidas cautelares.

4.1 *Definición jurídica de la detención provisional*

La detención provisional es una institución jurídica regulada con diferentes términos en los textos legales de los países; y de igual manera expuesta con distintos sinónimos por la doctrina²⁷². En El Salvador los términos con los cuales se ha regulado en las leyes esta medida cautelar son el de *prisión provisional* (Art. 1057 Códigos de Procedimientos y Fórmulas Judiciales de 1857); “*Arresto provisional ó detención*” (Art. 76 del Código de Instrucción Criminal de 1882); “*Arresto Provisional*” (Art. 28, Constituciones de 1886 y 1945; Art. 43 Inc. 2º Constitución de 1939); y el Art. 166 Inc. 2º de la Constitución de 1950, que introdujo el término

²⁷²Por ejemplo la siguiente opinión doctrinal informa algunos de los sinónimos aplicados para identificar la detención provisional: “*Hay una gran variedad de términos con los que suele hacerse alusión a esta figura jurídica, por lo que indistintamente se le llama detención, prisión, retención, reclusión, arresto, custodia o encarcelación, y se le califica como preventiva, provisional, preliminar, prejudicial, judicial procesal, etc., expresiones que al caso denotan similar contenido*” –HUACUJA BETANCOURT, Sergio; La Desaparición de la Prisión Preventiva; 1ª edición; Editorial Trillas; México, D.F.; 1989; pág. 50.

“detención provisional”; siendo retomado en el Art. 247 Pr. Pn. 1974; Art. 13 de la Constitución vigente de 1983; Art. 292 Pr. Pn. 1996, y Art. 329 Pr. Pn. 2008. El presente trabajo, en aras de la estilística, utilizará como sinónimos de la detención provisional los términos prisión preventiva, prisión provisional y detención preventiva.

Por otro lado, los elementos de la definición jurídica de esta institución la diferencian de los demás actos de privación de libertad personal (detención policial, detención ilegal, detención administrativa, detención por particular, detención por el término de inquirir; detención especial para inquirir); pues es una medida cautelar personal penal, decretada por un o una juez penal, y motivada en los presupuestos del *fumus boni iuris*, *periculum in mora*; obstrucción de la investigación y reiteración delictiva; su objeto es la restricción de la libertad física del imputado, a quien se le atribuye un delito sancionado con pena de prisión; su cumplimiento es en un centro penitenciario; dichos elementos son recogidos por la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Constitucional, la cual define la detención provisional de la siguiente manera:

*“La detención provisional puede entenderse como aquella medida cautelar de coerción personal, en virtud de la cual se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad física, mediante su ingreso a un centro penitenciario –entre otros- mediante la sustanciación de un proceso penal...Dicha privación debe ser decretada en forma motivada, específicamente en lo relativo al fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y al periculum in mora o peligro de fuga, a efecto de garantizar su aplicación excepcional.”*²⁷³

²⁷³ Sentencia Definitiva de HÁBEAS CORPUS, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas del día 30/05/2007; en relación con la Sentencia Definitiva de HÁBEAS CORPUS, Ref. 171-2003 de las 12:15 horas del día 21/06/2004; y Sobreseimiento, HÁBEAS CORPUS; Ref. 20-2005

4.2 *Las dos principales corrientes jurídicas de la detención provisional*

A continuación, son expuestos los fundamentos filosóficos de las dos principales corrientes jurídicas sobre la detención provisional, lo cual brindará las herramientas teóricas para ubicar tanto los criterios legales y judiciales, aplicados por las y los Jueces al adoptar la prisión preventiva, como el espíritu de las leyes creadas por el Legislativo, para regular esta medida cautelar penal.

4.2.1 *Corriente positivista-reglamentarista*

La corriente positivista-reglamentarista²⁷⁴ plantea el uso de la prisión preventiva como regla general; esta posición se basa en los postulados de la concepción fascista del derecho acerca del sujeto peligroso, negación del libre albedrío, delincuente nato y la defensa social, contenido en el derecho penal de autor y en el derecho penal de enemigo. Por tanto, los fundamentos filosóficos del positivismo-reglamentarista pertenecen a la escuela positivista fundamentalista italiana, fundada a finales del siglo XIX por Cesar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, quienes aplicaron su pensamiento en la criminología, derecho penal y derecho procesal penal.

de las 12:02 horas del día 19/09/2005; entre otras. Consultadas el 2 de septiembre de 2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador)

²⁷⁴El calificativo “*reglamentarismo*”, aplicado a esta corriente jurídica, es un término utilizado por el ILANUD, y se retoma en el presente trabajo por su sentido crítico al uso de la prisión provisional como regla general, esto puede constatarse en seguida: “...no es posible salir a corto plazo de las soluciones reglamentaristas en materia excarcelatoria, sino que de un reglamentarismo restrictivo se hace menester pasar a un reglamentarismo ampliatorio de la excarcelación.” –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe. Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno; 1ª edición, San José, Costa Rica; 1983; pág. 128.

La corriente positivista-reglamentarista, además niega la incompatibilidad de la detención provisional con la presunción de inocencia, contradiciendo su función reguladora en el uso de dicha medida cautelar, y atacándola como un producto absurdo utilizado en el derecho, al respecto se cita lo siguiente:

“...su representante más significativo, MANZINI, con argumentos de carácter procesal, pero no exento de reminiscencias defensasistas. Según este autor no hay nada “más tontamente paradójico e irracional “que la presunción de inocencia, pues la imputación...debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad”. Ya que, “si se presume la inocencia del imputado, demanda el buen sentido, ¿por qué se procede contra él?” Para, en fin, mediando directamente en el tema que nos ocupa y argumentando por reducción al absurdo preguntarse, sin duda como provocación a sus contradictores: “¿Por qué no abolir la prisión preventiva?”²⁷⁵.

La presunción de inocencia constituyó en la mentalidad de los fundadores de la escuela positivista fundamentalista italiana²⁷⁶ el obstáculo

²⁷⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés; Presunción de Inocencia y Prisión sin condena; en IBAÑEZ, Perfecto Andrés y otros, *Detención y Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 23.

²⁷⁶ Sobre la hostilidad contra la presunción de inocencia por parte de la escuela positivista, Luigi Ferrajoli escribe lo siguiente: *“El primer ataque corrió a cargo de la Escuela Positiva italiana: Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus opciones sustancialistas, consideraron «vacía», «absurda» e «ilógica» la fórmula misma de la presunción de inocencia, exigiendo el primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves e inclinándose el segundo hacia modelos de justicia sumaria y sustancial más allá de las pruebas de culpabilidad. Pero el golpe decisivo le fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como «un extraño absurdo extraído del empirismo francés» y la juzgó «burdamente paradójica e irracional» a partir de una cadena de peticiones de principio: la apriorística valorización de los institutos positivos de privación preventiva de libertad y del secreto sumarial, contradichos por la presunción de inocencia, y el establecimiento de una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad por considerar que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables”* – FERRAJOLI, Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal; prólogo de Norberto Bobbio; traducción al castellano de la 1ª edición de 1989, por Perfecto Andrés Ibañez,

histórico para poderse utilizar la prisión provisional de manera obligatoria, por lo tanto, hicieron una cruzada en diversos niveles de ataque para expulsar este principio de los ordenamientos jurídicos, recurriendo a desacreditar sus funciones a favor del imputado²⁷⁷. En América Latina el positivismo-reglamentarista de la prisión preventiva constituye el fundamento filosófico de las contrarreformas a la regulación jurídica de esta medida cautelar²⁷⁸, emprendidas poco después de la implementación de los nuevos Códigos Procesales Penales en esta región, basados en el modelo oral-acusatorio, y a la vez ha logrado penetrar la ideología jurídica de gran cantidad de jueces y juezas latinoamericanos; por consiguiente, la incidencia de esta corriente jurídica ha sido deplorable para la cultura de respeto a los derechos fundamentales del imputado/a.

Alonso Ruiz Miguel, y otros; Colección estructuras y procesos. Serie Derecho; Editorial Trotta, S. A.; Madrid, España; 1995; págs. 550 y 551.

²⁷⁷En ese sentido se transcribe lo siguiente: “...Rafael Garofalo, que ha indicado que la presunción de inocencia es un principio que no debe ser reconocido como tal. En afirmaciones que con gusto suscribirían hoy día muchos en Costa Rica, indicó que el mencionado principio debilita la acción procesal del Estado, ya que constituye un obstáculo para tomar eficaces resoluciones en contra de los inquiridos, especialmente en materia de prisión preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aún cuando ella pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aún cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia o hubiese sido solemnemente proclamada por decisiones jurisdiccionales no firmes. Agregó que a quienes repiten la sólita vanidad y absurda frase de la presunción de inocencia hasta la sentencia definitiva, debe responderse que muchas veces el juicio es anticipado y la condena pronunciada por el tribunal de la opinión pública...” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); 4ª edición; Alajuela, Costa Rica; 2009; pág. 386.

²⁷⁸Acerca del sentido de las contrarreformas penales en materia de prisión preventiva en América Latina se transcribe lo siguiente: “Habiendo identificado las causas de estas reformas legislativas, es relevante ver cómo se han materializado, al respecto es posible identificar tres claras tendencias o mecanismos legislativos consecuentes con dichos fines: el establecimiento de delitos inexcusables o una tendencia hacia ello, la prohibición de sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar y la incorporación de criterios distantes de la lógica cautelar para la determinación de procedencia de la medida.” – FUENTES MAUREIRA, Claudio; Régimen de Prisión Preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma; ensayo publicado en la Revista Sistemas Judiciales No. 14, del 11/01/2010; págs. 40 y 41, versión on-line, editores: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Consultada el 1º de septiembre de 2010 en <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/102>

4.2.2 Corriente excepcionalista

En esta corriente se identifica una vertiente dogmática jurídica, representada por los tratadistas de renombre en la literatura jurídica universal; y otra vertiente surgida del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, representada por los Congresos, Asambleas y Resoluciones de los Organismos Internacionales e Interamericanos, en los cuales se agrupan los Estados miembros de Naciones Unidas, OEA, Consejo Europeo, y otros.

La vertiente dogmática jurídica tiene en nuestra época contemporánea como principal representante al tratadista italiano Luigi FERRAJOLI, quien ha elaborado una propuesta muy clara para el uso excepcional de la prisión provisional, criticando los argumentos utilizados para justificar esta medida cautelar, y dejando su utilización para casos sumamente extraordinarios²⁷⁹. Esta vertiente dogmática-jurídica realiza el importante aporte de una línea argumentativa que pone en evidencia las contradicciones expuestas en la justificación usual de la prisión provisional, logrando desestimar la mayoría de fundamentos doctrinarios existentes hasta la fecha, en especial esgrimidos por la corriente positivista-reglamentarista, e inclusive, hasta cierta medida, aplicados en algunos casos por la vertiente del Derecho

²⁷⁹ Este pensamiento jurídico de la detención provisional en síntesis dice lo siguiente: “Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también –es decir, sobre todo- por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad de la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas...” – FERRAJOLI, Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal; ob. cit.; pág. 559 (Esta cita literal transcrita es titulada por FERRAJOLI como *Un proceso sin prisión provisional*; por lo cual causa la impresión de proponer la abolición de esta medida cautelar, sin embargo, en el transcurso de su exposición el mismo autor va dilucidando su idea hacia la utilización de esta cautela como regla excepcionalísima.

Internacional de los Derechos Humanos estudiada en seguida, y que también propugna el uso excepcional de la detención provisional.

En cuanto a la vertiente jurídica de la excepcionalidad de la detención preventiva, representada por los Organismos Internacionales e Interamericanos, sus fundamentos filosóficos tienen como base el enfoque del Derecho Internacional e Interamericano de los Derechos Humanos²⁸⁰, siendo significativo el elevado porcentaje de Instrumentos Jurídicos Internacionales destinados a la protección de las personas privadas de libertad sin condena²⁸¹, los cuales no surgieron de manera sistemática, sino como resultado de soluciones prácticas a problemas planteados por los Estados partes, esto demuestra la prioridad del tratamiento de la persona detenida en prisión provisional encontrado en el programa de Naciones Unidas para el combate del delito y de la delincuencia. De igual manera, esta vertiente se fundamenta en el conjunto de resoluciones, medidas prácticas y recomendaciones de los Congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente, entre los cuales el Quinto Congreso señaló la necesidad del uso de la prisión provisional solamente en aquellos casos indispensables, relacionados con la

²⁸⁰El Derecho Internacional e Interamericano de los Derechos Humanos regula las garantías de juicio previo, juez natural, imparcial e independiente, presunción de inocencia, igualdad de protección, no discriminación, prohibición de detenciones arbitrarias, utilización de la prisión preventiva como último recurso, etc., todo lo cual se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; entre otros.

²⁸¹Este elevado porcentaje de instrumentos jurídicos internacionales relativos a la excepcionalidad de la prisión preventiva, que forman parte de la serie de instrumentos promulgados en la lucha contra la delincuencia, es destacado en la siguiente opinión: “...La mitad aproximadamente de los instrumentos referentes a la lucha contra la delincuencia y el tratamiento del delincuente se ocupan de las personas en prisión antes del juicio y de las personas en régimen de detención administrativa. Ese conjunto de instrumentos no se estableció de forma sistemática; se tratan de instrumentos que se crearon en respuesta a problemas concretos determinados por los Estados...” –CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva; ob. cit.; págs. 1 y 2.

seguridad nacional y el aseguramiento de la comparecencia del imputado²⁸². Otra versión de los Congresos quinquenales de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito, con importantes resoluciones acerca de las medidas sustitutivas de la detención preventiva, como mecanismo para promover su aplicación excepcional, fue el Séptimo Congreso celebrado en Italia²⁸³. Sin embargo, el Octavo Congreso celebrado en 1990 es el paradigma en la promoción del uso excepcional de la prisión preventiva; en el mismo fueron establecidas en su resolución 17²⁸⁴, las bases de los principios de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad*, conocidas como Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990, además, este Congreso produjo más instrumentos internacionales que todos los Congresos anteriores juntos²⁸⁵.

²⁸²Este Quinto Congreso sobre la Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia es comentado en la siguiente cita literal: “...la necesidad señalada por el Quinto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el sentido de “emplear al máximo los procedimientos jurídicos y administrativos existentes, a fin de que sólo aquellas (personas) cuyos delitos fuese indispensable por razones de seguridad nacional o de protección de la comunidad o para asegurar su comparecencia ante el tribunal, estuvieran detenidas en espera de juicio”. (Naciones Unidas, 1975 b.274)” – Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe...*; Ob. cit; pág. 128.

²⁸³En relación al Séptimo Congreso se transcribe lo siguiente: “*El Séptimo Congreso, que se celebró en Milán, Italia, en 1985, se dedicó al tema “Prevención del delito para la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo...Se aprobaron más de 20 resoluciones sobre cuestiones que abarcaron...los derechos de los reclusos, las medidas sustitutivas del encarcelamiento...”* –LAS NACIONES UNIDAS Y LA PREVENCIÓN DEL DELITO; publicación del Departamento de información pública de las Naciones Unidas; 1ª edición, octubre de 1991; pags. 23 y 24.

²⁸⁴Acerca de esta resolución 17, y de los principios enunciados en la misma se sugiere ver: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS; *Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*; ob. cit.; pág. 1.

²⁸⁵El Octavo Congreso es el evento internacional con mejores resultados en materia de excepcionalidad de la prisión preventiva, tal como es explicado en la siguiente cita: “*En 1990...El Octavo Congreso se reunió...bajo el tema: “La cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal para el siglo XXI...el Octavo Congreso produjo más instrumentos internacionales que todos los anteriores congresos juntos. No*

Reflexión. En El Salvador la corriente excepcionalista tuvo una breve influencia a la entrada en vigor del Pr. Pn. 1996. Durante su periodo el uso de la detención provisional fue sosegado, lo cual contribuyó a reducir la población penitenciaria.

Según los datos estadísticos del Departamento de Registro y Control Penitenciario, a enero de 1997 existían 8,978 internos, pero con el inicio de la vigencia del Sistema Judicial garantista del 20 de abril de 1998, ya para el 31 de diciembre de 1999 se había reducido a 6,914. Sin embargo, debido a las contrarreformas penales del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, de septiembre de 1999 y octubre de 2004, inspiradas en una política criminológica impulsada por el ejecutivo, orientada por la corriente positivista-reglamentarista de la detención provisional²⁸⁶; a partir del año 2000 comenzó la población penitenciaria ha experimentar un ascenso vertiginoso sin paralelo en nuestro país, llegando a 7,820 en diciembre de 2000; luego 9,679 (año 2001); 11,055 (año 2002); 11,451 (año 2003); 12,101 (año 2004); 12,473 (año 2005); 12,542 (año 2006); 16,885 (año 2007); 20,041 (año 2008); 22,198 (año 2009); y al 30 de junio del corriente año 2010 se encontraban 23,840 internos²⁸⁷.

sólo esto, sino que aprobó un notable número de resoluciones, recomendaciones y principios. Cinco tratados modelo recomendados a la Asamblea General...Se aprobaron seis documentos importantes estableciendo orientaciones sobre criterios de justicia penal, que van desde las medidas no privativas de libertad hasta la prevención de la delincuencia juvenil...mediante el fomento de la cooperación internacional el modelo promueve también la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento... –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe...; Ob. cit; págs. 25-29.

²⁸⁶El referido Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, tiene 64 delitos por los cuales es prohibido sustituir la detención provisional por otro tipo de medidas cautelares, lo que significa su aplicación automática; este criterio legal subsistió en el Pr. Pn. 2008, en el Inc. 2º de su Art. 331.

²⁸⁷Ver Anexo 3 “*Estadísticas de la Población Penitenciaria*”; Departamento de Registro y Control Penitenciario, Dirección General de Centros Penales, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. (Durante la redacción definitiva de esta investigación las noticias periodísticas hablaban de 24,311 internos, existentes al 31 de agosto de 2010.).

4.2.3 Corriente jurídica seguida por la presente investigación

Este trabajo se fundamenta en la *corriente excepcionalista de la detención provisional*, en su vertiente del Derecho Internacional e Interamericano de los Derechos Humanos, y en los Congresos Quinquenales de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, por tanto, se propone incidir en la cultura jurídica de las y los jueces de lo penal, suministrando las herramientas conceptuales básicas de la referida corriente doctrinaria.

La cultura jurídica es un factor decisivo en la formación de los funcionarios judiciales, y ha sido considerada por algunos tratadistas como una especie de garantía atípica a favor del imputado²⁸⁸; en relación a la detención provisional sus críticos más autorizados plantean la necesidad de formarse una cultura jurídica partiendo de la aceptación consciente del desastre causado tanto en los derechos y garantías constitucionales del imputado, como en su situación física, psicológica y moral, debido al uso inadecuado de esta medida cautelar²⁸⁹.

²⁸⁸La consideración de la cultura jurídica de los y las jueces como garantía atípica es antiquísima, por ejemplo fue planteada en 1857 por el padre de la Legislación salvadoreña, el señor Isidro MENÉNDEZ, quien a su vez la refiere a los antiguos Códigos de Ginebra. Lo anterior esta inmanente en la cita que sigue: *“El principio, pues, de las garantías personales de los Jueces, reconocido por todos los pueblos en su origen, es el principio cardinal de las instituciones judiciales. Todavía, sin embargo, no en todos los Códigos modernos se ha dado el valor que merece a la cuestión de las cualidades personales, y este es uno de los motivos porque son tan justamente alabados los trabajos del sabio Bellot en la redacción de los Códigos de Ginebra.”* –MENÉNDEZ Isidro; Recopilación de las Leyes del Salvador; Edición oficial Conmemorativa; ob. cit.; pág. 7.

²⁸⁹Al respecto se cita lo siguiente: *“...Creo, no obstante, que hay una razonable y productiva tercera vía...Se trata...de reconocer que...del principio al fin, la prisión provisional es siempre y ya definitivamente pena. Y es, precisamente, anticipando de iure y de facto ese momento punitivo como cumple el fin institucional que tiene objetivamente asignada...”*“Pues bien, sólo actuando con esa (mala) conciencia resultara viable...limitar, no ya dentro de lo posible, sino tendiendo siempre reflexivamente hacia lo imposible el empleo del terrible instrumento...Así, en esta materia, la mala conciencia del juez vendría a

4.3 *Naturaleza jurídica de la detención provisional*

La teoría general de las medidas cautelares al estudiar las características y los extremos de la providencia cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), atribuye a sus institutos una naturaleza jurídica cautelar procesal. Sin embargo, no obstante lo anterior, algunos fines no procesales perseguidos por la detención preventiva distorsionan su naturaleza cautelar, como se expone en seguida.

4.3.1 *Distorsión de la naturaleza cautelar procesal de la detención provisional*

El *periculum in mora* de la detención provisional está representado por el peligro de fuga, el cual es un fin legítimo en el uso de dicha medida cautelar, por tratarse del aseguramiento de la comparecencia del imputado en el juicio en su contra, es decir, la legitimidad del referido fin se debe a la búsqueda de la realización del acto procesal del juicio. Con todo, no obstante constituir una medida cautelar, la ley regula para la detención preventiva otra clase de fines más relacionados con la pena de prisión, siendo estos: *la alarma social, la reiteración delictiva, la reincidencia, la habitualidad, los antecedentes del imputado y la frecuencia de hechos análogos*²⁹⁰, temas tratados con mayor detalle más adelante. Los fines antes

desempeñar el cometido de una atípica y última garantía, de carácter cultural.” –IBAÑEZ, Perfecto Andrés; Presunción de Inocencia y Prisión sin condena; en IBAÑEZ Perfecto Andrés y otros; *Detención y Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 46.

²⁹⁰En este aspecto, la doctrina progresista crítica la configuración del *periculum in mora* a través de dichos criterios regulados en la ley, al respecto se cita el siguiente exponente del derecho español: “...sí se citan expresamente otros criterios, tanto para acordar la prisión provisional, como para sustituirla por una libertad provisional con o sin fianza, como son la alarma social y la frecuencia de comisión del delito, criterios que claramente exceden de la propia naturaleza cautelar de la institución para entrar en una dimensión más propia de la pena misma, dándole así a la prisión provisional unas connotaciones de prevención general

referidos, distorsionan la naturaleza cautelar procesal de la detención preventiva, pues, los mismos responden a un carácter punitivo, anticipando una pena de prisión a alguien que todavía se investiga por el delito atribuido. Dicha distorsión inclusive es regulada legalmente por un conjunto de disposiciones, producto de contrarreformas penales y procesales penales²⁹¹, impuestas por las culturas conservadoras, y que han sido fundadas en la corriente positivista-reglamentarista de la detención provisional.

Nuestra legislación procesal penal vigente, regula la alarma social y la frecuencia de hechos análogos en el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996; estos criterios ya no aparecen en su paralelo, el No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008. La reiteración delictiva se estipula en el No. 3 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 4 del Art. 330 Pr. Pn. 2008); y con respecto a los delitos de acción privada el o la juez puede tomar en cuenta la reincidencia y habitualidad, según el último Inc. del Art. 6 Pr. Pn. 1996²⁹². En cuanto a los antecedentes penales del imputado, aún no siendo un criterio regulado por la ley, en la práctica

o de ejemplaridad que pervierten su naturaleza puramente procesal. Junto a estos criterios, también ocupan en la regulación de la LECr. un lugar preeminente los antecedentes penales del imputado y las circunstancias del hecho.” –MUÑOZ CONDE, Francisco; Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional; en BARBERO SANTOS, Marino; Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales. Estudios y Conferencias; 3ª edición; Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Colección Estudios 41; 1997; pág. 223.

²⁹¹En El Salvador, la contrarreforma al último Inc. del Art. 6 Pr. Pn. 1996, introdujo la *reincidencia y habitualidad*, mediante Decreto Legislativo No. 704, del 9/09/1999, publicado en el Diario Oficial No. 183, Tomo 345, del 4/10/1999. Sin embargo, la detención provisional nació con el pecado original desde el inicio de la vigencia del Pr. Pn. 1996, en cuanto a *la alarma social, la reiteración delictiva y la frecuencia de hechos análogos*. No obstante, su Anteproyecto no propuso ninguno de dichos criterios (último Inc. Art. 8; No. 2 Art. 293; Art. 294 y Art. 295, todos del Anteproyecto del Pr. Pn. 1996) –COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL; *Anteproyecto del Código Procesal Penal (Texto para consulta nacional)*; 1ª edición; Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica del Ministerio de Justicia, 1993.

²⁹²En la disposición que corresponde con este Art. 6 Pr. Pn. 1996, la cual es el Art. 8 Pr. Pn. 2008, ya no aparece la posibilidad de aplicar la detención provisional por la reincidencia o habitualidad, sino que la regla en dicha disposición es aplicar esta medida cautelar en aquellos casos por delitos de acción privada sancionados con pena privativa de libertad.

forense salvadoreña son valorados por algunos jueces/zas como datos de la personalidad peligrosa del sujeto procesado²⁹³.

Los criterios de reiteración, habitualidad y reincidencia delictiva, así como el de los antecedentes del imputado, pueden considerarse contrarios al Art. 17 de nuestra Constitución, en cuanto el o la juez que los valora en el fondo realiza un doble juzgamiento. En igual sentido, los criterios de la alarma social y la frecuencia de hechos análogos contaminan el juicio de probabilidad de la autoría o participación del imputado en el delito atribuido (*fumus boni iuris*), convirtiéndolo en un juicio anticipado de culpabilidad, en contraposición al Art. 12 Constitución, con respecto a la presunción de inocencia; y además, comete desacato a la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva, establecida en el Art. 4 del Código Penal.

En resumen, la detención preventiva por su condición de medida cautelar no debería proponerse fines punitivos, ya que estos deslegitiman su utilización en el proceso penal, convirtiéndola en la práctica en una pena anticipada de prisión, por tanto, acordar dicha cautela por los motivos de la reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva; así como por la alarma social y la frecuencia de hechos análogos, no obstante estar regulados en la

²⁹³ Este fenómeno prácticamente ha sido importado de experiencias como la española, sistemas que sirven de modelo por sus adelantamientos técnicos, pero que también han sucumbido a las doctrinas de vieja usanza, así es planteado en la siguiente cita: “...no siempre se opera con ella como una medida de naturaleza procesal encaminada sustancialmente a asegurar el resultado del proceso, pues, a los motivos de índole propiamente procesal, como pudiera ser la posible fuga del imputado y la ocultación de pruebas, se le suman otros de carácter sustantivo-penal, centrados en concepciones preventivas y de defensa social, para lo cual se acude al concepto de peligrosidad. En este sentido, el propio texto procesal da pie a una evolución contra natura de la prisión provisional al utilizar los criterios de la alarma social y de la frecuencia delictiva para apoyar la medida cautelar (art. 503.2ª de LECrim).” –BARRIERO, Alberto Jorge; La Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en Detención y Prisión Provisional; Perfecto Andrés IBÁÑEZ, y otros...; ob. cit.; pág. 51.

ley procesal penal, constituye una violación al principio de inocencia y a la prohibición de doble juzgamiento, debiendo el o la juez constitucionalista pronunciar su declaratoria de inaplicabilidad, al contraponerse a los artículos 12 y 17 de nuestra Constitución de la República.

4.4 Características de la detención provisional: instrumentalidad, provisionalidad, variabilidad, jurisdiccionalidad, temporalidad, legalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad

Las características de la detención provisional están en función de los fines constitucionalmente legítimos de esta medida cautelar –el peligro de fuga y la obstrucción de la investigación²⁹⁴–, lo cual debe reflejarse en la argumentación jurídica de la resolución judicial que la adopta, por esa razón el análisis de dichos caracteres, y sus relaciones recíprocas, contribuirán a la construcción de una guía operativa para su adecuada utilización. Por tanto, en seguida se expone una clasificación de las características de la detención provisional conforme a la ley procesal penal salvadoreña; este esquema de clasificación se basa en las obras de los Drs. Asencio Mellado, Alberto Barriero, Muñoz Conde, Llobet Rodríguez y Luigi Ferrajoli²⁹⁵; así como en la

²⁹⁴La relación entre características y fines constitucionalmente legítimos es uno de los pilares esenciales de la jurisprudencia de la prisión provisional emitida por el Tribunal Constitucional español, como ejemplo se cita este párrafo: *“El contenido de privación de libertad, que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente, la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico[F.J. 3].”* –Sentencia de AMPARO, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995. Se Consultó el 27/8/2010 en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0128 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO –BOE-).

²⁹⁵Las referidas obras jurídicas, en las cuales se apoya el esquema de clasificación de las características de la detención provisional expuestas, son: ASENSIO MELLADO, José

jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, y en la de nuestra Sala de lo Constitucional y otros Tribunales.

4.4.1 *Instrumentalidad*

La instrumentalidad de la prisión preventiva²⁹⁶ consiste en proteger la investigación y garantizar la presencia de la o el imputado en el juicio, con el propósito del aseguramiento de la eficacia práctica de los efectos de una eventual sentencia condenatoria; estas finalidades cuando pueden ser logradas a través de otras medidas con menor gravedad hacen inviable la aplicación de la detención provisional. La Instrumentalidad de esta cautela está regulada en el Inciso 1º del Art. 303 Pr. Pn 1996 (Inc. 1º del Art. 340 Pr. Pn. 2008), cuando ordena tratar como inocente al imputado detenido provisionalmente, y considerarlo como alguien detenido en prisión con la finalidad de comparecer en el procedimiento o cumplir la pena.

4.4.2 *Provisionalidad*

La característica de provisionalidad mantiene la vigencia de la detención preventiva solamente dentro y durante el tiempo del proceso penal, es decir, hasta el pronunciamiento firme de su resolución definitiva, la

María; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*; Ob. cit.; LLOBET RODRIGUEZ, Javier; *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*; Ob. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco; *Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional...*; ob. cit.; y FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal...*; Ob. cit.

²⁹⁶Referente a la instrumentalidad de la detención preventiva es citada la siguiente opinión: “...la prisión provisional puede considerarse como incluida en la categoría constituida por las resoluciones de carácter cautelar, ya que la misma se impone en virtud de la existencia de un proceso penal y en atención a la previsible pena que, en su momento, habrá de adoptarse...la prisión provisional se decreta siempre en un proceso penal, de modo tal que su extinción produce, automáticamente, la revocación de la medida restrictiva de libertad.” – ASECIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 43.

cual puede consistir en una condena o en una absolución²⁹⁷, en el primer caso, la detención provisional se convierte en pena de prisión, y el segundo –en el caso de absolución- debe ser levantada inmediatamente, poniendo en libertad a la o el encausado²⁹⁸.

La provisionalidad de la detención preventiva está regulada en el Art. 360 del Pr. Pn. 1996 (Art. 398 Pr. Pn. 2008), pues su cesación ocurre en cuanto es dictada la sentencia absolutoria. Por su parte, en nuestra jurisprudencia existen dos visiones sobre la provisionalidad, la primera considera como cesada la detención provisional desde el instante de la condena, no importando la interposición de recursos. Una segunda visión considera procedente decretar el mantenimiento, la aplicación e inclusive la revocación de medidas sustitutivas, durante el tiempo mientras es declarada firme la sentencia condenatoria²⁹⁹. El Tribunal Constitucional español

²⁹⁷ Incluso el Sobreseimiento Definitivo (Art. 251 en relación con el Art. 308, ambos Pr. Pn. 1996; Art. 350 Pr. Pn. 2008), y el Sobreseimiento Provisional (Art. 309 Pr. Pn. 1996; Art. 351 Pr. Pn. 2008); además de las formas anormales de ponerle fin al proceso a través de la Extinción de la Acción Penal (Art. 31 tanto del Pr. Pn. 1996, como del Pr. Pn. 2008); Suspensión Condicional del Procedimiento (Arts. 22 y 252 en relación con el No. 6 del Art. 256, ambos Pr. Pn. 1996; Art. 24 y Art. 296 en relación con el No. 3 del Art. 300, ambos Pr. Pn. 2008); Aplicación de Criterio de Oportunidad (Art. 20 y 21 en relación con el No. 5 del Art. 256, todos del Pr. Pn. 1996; Arts. 18 y 20 en relación con el No. 2 del Art. 300, todos Pr. Pn. 2008); entre otros.

²⁹⁸ Al respecto se inserta la siguiente opinión doctrinaria, sobre la provisionalidad de la detención preventiva: “...no sólo la sentencia, sino cualquier otra forma de extinción del proceso, cual es el auto de sobreseimiento libre e, incluso, el provisional, determina el levantamiento de dicha medida que, de este modo, o se transforma en pena,... o, por el contrario, implica la puesta en libertad del sujeto.” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 44.

²⁹⁹ Algunos Tribunales de Sentencia de nuestro país tienen el criterio de considerar todavía en detención provisional al imputado condenado a pena de prisión, mientras es declarada firme la sentencia, este argumento aparece aquí: “Expuesto lo anterior, el tribunal considera al caso en concreto, decretar la detención provisional de forma excepcional al señor N..., revocando las medidas sustitutivas a la misma, debido a que este sujeto ha sido condenado a la pena de CUATRO AÑOS de prisión por el delito imputado, sin que exista en esa razón, ninguna garantía de que una vez firme la sentencia definitiva se hará presente para cumplir la pena impuesta; medida cautelar que se deberá mantener por el espacio de tiempo necesario que la ley señala para interponer recurso alguno, cesando una vez quede firme y

comparte este último criterio, pues, pondera como riesgo de fuga el pronunciamiento de la condena del imputado por delito grave, constituyendo suficiente fundamento para decretar la prisión provisional. Dicho criterio aparece en el párrafo de la siguiente sentencia de amparo:

“En coherencia con las directrices resaltadas, la STC 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos - prisión provisional por riesgo de fuga tras Sentencia condenatoria-, al indicar que el solo dictado de una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia (F J 7)”³⁰⁰.

poniéndose a la orden definitivamente del señor Juez de Vigilancia Penitencia y de Ejecución de la Pena de la ciudad de Cojutepeque.” –Sentencia Condenatoria; TRIBUNAL DE SENTENCIA de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas; Ref. N° 1401-57-2006 de las 13:30 horas del 21/12/2006. En el anterior sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional en el hábeas corpus siguiente: “Ahora bien, respecto a la situación jurídica de una persona que ha sido condenada pero cuya sentencia no es susceptible de ejecución, este Tribunal se ha pronunciado en las sentencias de hábeas corpus números 41-2002, 243-2002, y 89-2005R, respectivamente de fechas 31/X/2002, 21/III/2003 y 28/III/2006, y expresó que: “la existencia de una sentencia condenatoria no implica per se el cumplimiento automático de la pena, pues mientras la misma no se encuentre ejecutoriada el procesado se haya en cumplimiento de medidas cautelares; por tanto, la privación de libertad de la que puede ser objeto un condenado será la de detención provisional mientras la sentencia no devenga en firme, dado que es a partir de su firmeza cuando inicia el cumplimiento de la pena y cesa toda medida de naturaleza cautelar”...En ese orden de ideas, en la sentencia de fecha 05/02/2002 proveída en el proceso de hábeas corpus número 265-2000, se estableció: “el fallo de una sentencia definitiva condenatoria no constituye la finalización del proceso y tampoco el término de la eficacia de las medidas cautelares, sino por el contrario, implica la apertura de un camino de instancias superiores en el cual, el condenado puede hacer uso de todos los recursos y mecanismos que la ley prevé para su defensa”.– Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 30-2008 de las 12:01 horas del 22/12/2008. Las anteriores sentencias fueron consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

³⁰⁰ Sentencia de Amparo del Tribunal Constitucional español, Ref. 47/2000 del 7/2/2000, publicada en el BOE el 17/3/2000. Consultada el 28 de agosto de 2010 en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0047 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE))

4.4.3 Variabilidad (*obedecer la regla rebus sic stantibus*)

La Variabilidad, de acuerdo a la regla *rebus sic stantibus*, de la detención provisional tiende a levantarla o sustituirla por otra medida cautelar menos gravosa, tomando en cuenta las variaciones de los motivos que fundaron el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *la obstrucción en la investigación*, para acordarla; como sería el caso de las variaciones acreditadas por el imputado acerca de sus arraigos familiar, laboral y domiciliario, que permite a la o el juez penal tener alguna certidumbre que no se dará a la fuga³⁰¹. El examen de las variaciones de la detención provisional es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, por tanto, la revisión de la modificación de las circunstancias para determinar la sustitución de esta medida cautelar responde al principio de mediación de la o el juez con las circunstancias del caso concreto³⁰². La variabilidad de la detención provisional es regulada en el N° 1 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (N° 1 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), y en el Art. 307 Pr. Pn. 1996, acerca de la revisión

³⁰¹En este sentido la Variabilidad es explicada en la siguiente cita literal: “De acuerdo con este carácter...la prisión preventiva ha de sufrir las variaciones que se produzcan en los criterios utilizados para su adopción de modo tal que el desvanecimiento o modificación del *fumus boni iuris* o del *periculum in mora* habrá, necesariamente, de comportar un cambio en la situación personal del sujeto pasivo...En su virtud, si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa,...la medida cautelar...debe ser levantada o acomodada a la nueva situación” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; págs. 45 y 48.

³⁰²Este criterio de la revisión de la variabilidad de la detención provisional como competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria atendiendo a la mediación se deduce del siguiente argumento contenido en demanda de amparo: “Por tanto, calificar tal modificación y tomar la consecuente decisión de mantener o no la providencia aseguradora, corresponde a la autoridad que conoció sobre los hechos que motivaron su adopción, por su necesaria inmediación con el caso llevado a su conocimiento y con los presupuestos que particularmente le condicionaron a decretarla, de manera que tal labor no compete a esta Sala.” –Imprudencia de AMPARO, Ref. 130-2006 de las 10:21 horas del 11/05/2006. Vista el 2/09/2010 en sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

obligatoria de la detención provisional cada tres meses por el o la juez; este examen obligatorio ya no aparece en el Pr. Pn. 2008³⁰³.

4.4.4 Jurisdiccionalidad

La jurisdiccionalidad de la detención provisional se regula en el Inc. 1º del Art. 285 Pr. Pn 1996 (Inc. 1º del Art. 320 Pr. Pn. 2008), el cual establece que *“Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada...”*. Esta Jurisdiccionalidad encierra tanto el hecho de ser una decisión emanada exclusivamente del Órgano Jurisdiccional³⁰⁴, como la cualidad de ser esa decisión conforme a ley, por consiguiente, esta característica asume la importante función de vincular la prisión preventiva

³⁰³La supresión del examen obligatorio cada tres meses de la detención provisional en el Pr. Pn. 2008, está en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cita siguiente: *“...en los casos Chaparro Álvarez (No. 107) y Bayarri (No. 74), en los que se enfatizó el deber de fundamentar el dictado de la prisión preventiva y de analizar el cumplimiento de los diversos requisitos para el dictado de la misma. Por ello mismo se ha resaltado que en cuanto dejen de subsistir las razones que llevaron al dictado de la prisión preventiva, debe dejarse sin efecto la misma, lo que implica la obligación de revisión periódica, lo que se indicó por ejemplo en los casos Chaparro Álvarez (N. 117) y Bayarri (No. 76).”* –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 379.

³⁰⁴El fundamento de la jurisdiccionalidad es un tema tratado en la siguiente sentencia de hábeas corpus: *“En cuanto a la jurisdiccionalidad, este carácter implica que la detención provisional puede ser adoptada única y exclusivamente por el órgano jurisdiccional competente [normalmente del orden penal]; por tanto, está prohibida su adopción por las autoridades administrativas...El fundamento de este requisito es evidente: la prisión provisional restringe, en primer lugar, un derecho fundamental y, en ese sentido la jurisdicción ha de ostentar siempre «no sólo la última, sino la primera palabra»; y en segundo, dicho derecho fundamental es el derecho a la libertad que es uno de los más preciados de la persona humana. De modo que en materia de restricción a la libertad, como medida cautelar el órgano judicial ostenta el más amplio monopolio, a tal grado que a ningún otro poder del Estado se le autoriza a limitar este derecho. También es importante manifestar que el principio de exclusividad jurisdiccional de la detención provisional, no puede entenderse cumplido ante la existencia de una resolución proveniente de cualquier orden judicial, sino tan sólo cuando la adopta el tribunal judicial competente y el juez predeterminado por la ley.”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 30-2008 de las 12:01 horas del 22/12/2008. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

con las garantías constitucionales, activando la operatividad de las garantías de legalidad, presunción de inocencia, imparcialidad, juicio previo, etc.. La jurisdiccionalidad vincula a la detención preventiva con las garantías constitucionales, en el sentido de garantizar que sea un funcionario judicial la única autoridad para utilizar esta medida cautelar, exigiendo la ley a la autoridad judicial reunir los requisitos de competencia, uso motivado de la medida y acorde a los fines legítimamente constitucionales³⁰⁵. De acuerdo a lo anterior, la doctrina del garantismo penal critica la utilización de la detención preventiva como pena anticipada, señalando como causa de este fenómeno no sólo su abuso sino hasta el uso de dicha medida cautelar en el proceso penal, la cual destruye inevitablemente el conjunto de garantías penales y procesales, incluyendo a la jurisdiccionalidad³⁰⁶.

4.4.5 Temporalidad

La temporalidad regula la detención provisional mediante un sistema de plazos inspirados en las previsible penas a imponerse, para limitar la duración de la prisión provisional³⁰⁷. En nuestra legislación se encuentra

³⁰⁵Lo dicho arriba puede reforzarse con lo siguiente: *“La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad...en el plano lógico, estricta Jurisdiccionalidad y estricta legalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto no sólo para definir, sino también para garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal: la jurisdicción penal se configura de hecho,...como <<aplicación>> o <<afirmación>> de la ley”*—FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón...*; ob. cit.; pág. 538.

³⁰⁶En esencia esta tesis de la doctrina del garantismo penal planteada por su creador, dice lo que sigue: *“...Si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel inútil, debe aceptarse...que no sólo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales...Yo pienso, por el contrario, que la misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio.”* -FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón...*; Ob. cit.; pág. 555.

³⁰⁷Con respecto a la temporalidad se cita una breve opinión: *“Temporalidad...aunque también se trate de una característica relativa a la perdurabilidad de la medida, aquí se*

establecido este sistema de plazos en el Inc. 2º del Art. 6 del Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008), ordenando que en ningún caso nadie deberá permanecer en detención provisional sobrepasando los doce meses para los delitos menos graves, los veinticuatro para los graves y la pena máxima esperada.

Ahora bien, la temporalidad se determina en última instancia por el principio general *de la mínima intervención*, cuya operatividad en el derecho penal consiste en orientar las normas punitivas en el uso de los medios menos lesivos a la libertad personal, por tanto, en vista de constituir una medida coercitiva del proceso penal, la detención provisional es limitada en el tiempo en virtud del referido principio, para procurar la intervención mínima en la esfera de la libertad ambulatoria, estableciendo plazos fatales a su duración³⁰⁸.

Durante el plazo de la temporalidad pueden suceder diversas situaciones prácticas muy singulares, como por ejemplo la aplicación de la detención provisional durante la espera de la Casación contra la sentencia condenatoria, donde la Sala de lo Constitucional tiene como criterio jurisprudencial que en estos casos operan las reglas del No. 2 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 335 Pr. Pn. 2008); y no los plazos del Inc. 2º del

incide en que la prisión provisional ha de tener un plazo máximo de duración, a partir del cual no puede mantenerse, aunque se considerase necesaria para asegurar el resultado del proceso en curso.” –BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 55.

³⁰⁸Esta indicación se recibió de la siguiente doctrina: “...el llamado principio de intervención mínima, que obliga siempre a elegir el medio menos lesivo posible...para conseguir un determinado efecto...este principio afecta a la duración de la prisión provisional...De ahí que...fuera uno de los mandatos constitucionales que acordó en el art. 17,4 la Constitución de 1978... Pero fue la reforma de 1983 la que decididamente impuso unos plazos máximos entre seis meses y un año, en función de la gravedad de la pena esperada...se llevó poco después a cabo otra reforma de la LECr., la <<contrarreforma de 1984>>, que estableció los plazos máximos que actualmente figuran en el art. 504...” –MUÑOZ CONDE, Francisco; *Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional*; ob. cit.; págs. 226 y 227.

Art. 6 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008)³⁰⁹. Sin embargo, en detrimento del actual sistema de plazos de la temporalidad, el inciso 3º del Art. 8 Pr. Pn. 2008, recoge el anterior criterio jurisprudencial prolongando hasta doce meses más la detención provisional, de los veinticuatro meses establecidos en el inciso 2º del mismo artículo, en los casos de delitos graves, durante o en la tramitación de algún recurso contra la sentencia condenatoria.

Otra situación similar acontece cuando se han cumplido las dos terceras partes de la pena esperada, en los delitos menos graves, en los cuales deberá variarse la detención provisional en virtud de la aplicación del número 2 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (número 2 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), en relación con el No. 1 del Art. 85 y el Art. 77, ambos del Código Penal, referidos a la concesión de la libertad condicional y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, respectivamente; como sería el caso del delito de EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN, tipificado y sancionado en el Art. 289 del Código Penal, con una pena máxima de 3 años de prisión.

³⁰⁹ Este criterio es expuesto por la Sala de lo Constitucional en el Hábeas Corpus que sigue: *“Cuando dentro del proceso penal se ha llegado al pronunciamiento de una sentencia condenatoria; en ese caso, la jurisprudencia de esta Sala ha expresado –verbigracia en sentencias de fechas 31 de octubre de 2006 y 10 de julio de 2006, correspondientes a los procesos de habeas corpus número 41-2002 y 9-2006- que la tramitación de un proceso penal no concluye con el dictamen de una sentencia condenatoria, pues el imputado o su defensor pueden –ante la inconformidad de un fallo considerados por ellos como perjudicial- hacer uso de los mecanismos de impugnación previstos por la ley; y si la persona condenada se encontrase en detención provisional, dicha medida atenderá a los supuestos señalados en el Art. 297 numeral 2º del Código Procesal Penal –y no a lo establecido en el artículo 6 del citado cuerpo normativo-, por lo cual la duración de la citada medida cautelar se regirá por las reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o de la libertad condicional...En ese sentido, se debe mencionar que cuando se dicta sentencia condenatoria, es posible –si así lo estima la autoridad correspondiente- mantener al imputado en detención provisional. (Sentencia Definitiva de HABEAS CORPUS, Ref. 159-2005, de las 12:06 horas del día 22/05/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007...; Ob. cit.; págs. 282 y 283.*

La Sala de lo Constitucional de nuestro país, considera como motivo para solicitar la audiencia de los artículos 306 y 307 Pr. Pn. 1996 (artículos 343 y 344 Pr. Pn. 2008), referidos a la revisión de la detención provisional, la caducidad del plazo máximo de su temporalidad, de esta manera esta medida cautelar cumple su función de excepcionalidad y provisionalidad³¹⁰.

Por último, el principal resultado del inicio de la vigencia de la temporalidad de la detención provisional en el Inc. 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996, consiste en haber invertido el orden de la relación entre condenados y procesados en la población penitenciaria salvadoreña; si se observan los datos estadísticos del Departamento de Registro y Control Penitenciario del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública³¹¹, antes de la entrada en vigencia el 20 de abril de 1998 del Pr. Pn. 1996; todavía en enero de 1997 del total de 8,978 internos en existencia, 6,827 (76,04%) eran reos en detención provisional, y apenas 2,151 (23,96%) condenados o penados. Y según los

³¹⁰Esto es desarrollado en el siguiente párrafo de hábeas corpus: *“Así, según se estableció en la sentencia dictada en el proceso de hábeas corpus número 216-2007 del 15/04/2008, en relación a la detención provisional, y a fin de asegurar que esta medida en el transcurso del proceso continúa gozando del carácter excepcional y provisional, la audiencia de revisión a la cual aluden los artículos 306 y 307 del Código Procesal Penal, puede ser celebrada en los siguientes supuestos: ...b) Cuando se ha cumplido con el plazo máximo legal de su duración; ello, ya que la proporcionalidad en el mantenimiento de la detención provisional supone, entre otros aspectos, que el procesado no debe soportar un sufrimiento superior al que se vería sometido con la imposición de la propia pena en caso de condena, por lo cual la detención provisional nace con el denominado plazo inicial de caducidad, el cual una vez cumplido –salvo excepciones, que deben venir dadas por resolución motivada– la persona habrá de ser puesta en libertad. El plazo inicial de caducidad, como se indicó en la sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 9-2006 de fecha 10/07/2006, básicamente se refiere a la duración máxima establecida por el legislador para el mantenimiento de la detención provisional, plazo que se determina en la legislación procesal penal correspondiente y que parte de la base de la posible duración de la tramitación de un proceso penal hasta llegar al dictamen de una sentencia definitiva [art. 6 inciso 2º Pr.Pn.]”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 30-2008 de las 12:01 horas del 22/12/2008. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

³¹¹Ver en anexo 1 *“Estadísticas de Internos en el Sistema Penitenciario”*, mes de enero de 1997 y junio del corriente año 2010.

datos del 30 de junio del corriente año 2010, del total de 23,840 internos, 8,386 (35,18%) están en detención provisional, y 15,454 (64,82%) se encuentran condenados. El elevado porcentaje del 265,54% de crecimiento de la población penitenciaria desde 1997, es una variable con la cual no tiene nada que ver la temporalidad de la detención provisional, sino con el colapso del sistema socio-político-económico de El Salvador.

4.4.5.1 *Relaciones de la temporalidad, provisionalidad y variabilidad*

La temporalidad, la provisionalidad y la variabilidad se relacionan con la duración de la prisión provisional, por lo cual es fácil confundirlas en la práctica, haciendo perder a cada una su sentido específico³¹². Así, la relación de la temporalidad con la provisionalidad, teniendo a la primera en función de la libertad personal del imputado, y a la segunda en función de la resolución definitiva del proceso³¹³; ambas características se regulan recíprocamente, de manera que, la vigencia del plazo fijado por la ley para la temporalidad, no afecta la provisionalidad, pero una vez vencido dicho plazo, la temporalidad regula a la provisionalidad, en el sentido de sustituir por este

³¹²Esta relación y diferencia es observada por la siguiente opinión doctrinaria: “Sin embargo, tal diferencia entre provisionalidad, temporalidad y regla rebus sic stantibus no ha sido a lo largo de la historia bien matizada, posiblemente por la propia inexistencia de preceptos legales que establecieran límites concretos a la duración de la prisión provisional.” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 45.

³¹³Esta relación es explicada de la manera siguiente por el autor citado a continuación: “...la sola nota de la provisionalidad implicaría el mantenimiento de la prisión preventiva a lo largo de todo el proceso y hasta tanto no se dictara una sentencia definitiva o, en otro caso, se acordara el sobreseimiento del imputado...Por tales razones, la ley, en este punto, ha optado por el establecimiento de un sistema de plazos, cuya extensión no podrá ser rebasada en ningún caso y que se concreta en función de la cuantía de la previsible pena futura” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 45. Además, remitimos al lector a la exposición de la temporalidad y provisionalidad contenida en el Capítulo II del presente trabajo académico.

motivo a la detención provisional por otra medida, para mantener vinculado al imputado al proceso³¹⁴.

En otro orden de relaciones, en la variabilidad el o la juez tiene libre criterio³¹⁵ para examinar las variaciones en la disminución o incremento del *periculum in mora, fumus boni iuris y obstrucción de la investigación*, lo cual no obliga levantar o sustituir la detención provisional, en el caso si los motivos no permiten variar su mantenimiento. En cambio, la temporalidad exige el levantamiento o sustitución inmediata de la detención provisional, una vez vencido el plazo máximo de su duración³¹⁶. Sin embargo, la temporalidad y la variabilidad se fundan en los mismos motivos que acreditan el peligro de fuga, los cuales son tomados en cuenta tanto por el legislador para establecer los plazos fatales de la temporalidad, como por el o la juez en el examen de la variabilidad para determinar el mantenimiento de la detención provisional, o bien, su levantamiento, revocación o sustitución por otra medida cautelar³¹⁷. Sin embargo, no se pierda de vista

³¹⁴En esta situación pueden subsistir los motivos que dieron lugar a la adopción de la detención provisional, pero por imperativo de sus plazos legales de duración el o la juez está obligado a levantar esta medida cautelar, sin embargo, esto no significa que no puede vincular al imputado con medidas sustitutivas.

³¹⁵Esta discrecionalidad es planteada en lo siguiente: *“la operatividad de la regla rebus sic stantibus, a diferencia de la temporalidad y la provisionalidad, depende, fundamentalmente, del libre criterio del Juez, el cual, mediante la valoración de los elementos contenidos en los artículos 503 y 504 de la LECrim., podrá mantener o levantar la prisión si considera que los motivos han variado o si, por el contrario, permanecen inalterables.”* –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; págs. 48 y 49.

³¹⁶En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está asentado el inquebrantable cumplimiento de los plazos máximos de la prisión provisional, esto dice así: *“Igualmente, el TEDH, en el asunto STÖGMULLER (Sentencia de 10 de noviembre de 1969) estimó que, aun subsistiendo los motivos que dieron lugar a que se acordara la detención provisional, ésta debía revocarse cuando su duración excediera del plazo razonable. De este modo, pues, la temporalidad prima o adquiere una mayor importancia que la regla rebus sic stantibus.”* –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 47.

³¹⁷Esta identidad de motivos entre la temporalidad y la variabilidad, tienen la explicación siguiente: *“Así, la nota de temporalidad que el artículo 504 de la LECrim. hace depender de*

que a través de los límites establecidos mediante los plazos fatales al tiempo de duración de la detención provisional, la temporalidad busca evitar la utilización de esta medida cautelar como pena anticipada.

Aplicar la característica adecuada al caso concreto depende de sus circunstancias particulares; con todo, la temporalidad y la variabilidad podrían complementarse en la decisión judicial, en el sentido, que ninguna excluye a la otra, pues el plazo máximo fijado en la temporalidad no impone un obstáculo insuperable a la operatividad de la variabilidad³¹⁸.

En cuanto a la relación de la variabilidad y la provisionalidad, la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Sentencia la resuelve en la falta de aptitud de la resolución cautelar para generar efectos de cosa juzgada, permitiendo esta condición revisar las circunstancias que fundaron la detención preventiva³¹⁹.

un hecho objetivo, cual es el transcurso del tiempo, se amplía considerando que otros datos, cuales son la complejidad de la causa y el peligro de fuga, son determinantes a la hora de establecer el límite exacto de duración de la medida en un supuesto concreto...De este modo, probablemente, la LECrim. está utilizando criterios típicos de la regla rebus sic stantibus para su aplicación en materia de temporalidad, cuales son los constituidos por el peligro de fuga que, en general, abarcarían todos los motivos o razones que abogan por el mantenimiento o revocación de la resolución cautelar.” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 47.

³¹⁸En la experiencia española es considerado apropiado mantener la prisión provisional hasta el plazo legal máximo de su duración, regulado en virtud de la temporalidad, siempre y cuando sea necesaria la medida por subsistir los motivos que llevaron aplicarla, es decir, cuando no es posible la operatividad de la variabilidad. Este criterio es citado a continuación: “El TC, en su Sentencia 41/1982, de 2 de julio, partiendo de la existencia de unos límites máximos de duración de la prisión provisional, consideró que la restricción de la libertad podía mantenerse hasta el tope señalado en la ley, siempre y cuando subsistieran los motivos que la hubieran ocasionado. La temporalidad, por tanto, se hace depender de la permanencia de los motivos en base a los cuales se adoptó la medida.” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 47.

³¹⁹Este criterio es expresado con mucha claridad en el párrafo de la Sentencia Condenatoria siguiente: “Las medidas cautelares no surten efecto de cosa juzgada, por su instrumentalidad, su variabilidad y su provisionalidad, de manera que la decisión que las adopta o rechaza puede ser revisada y modificada por el tribunal.” –Sentencia

En resumen, la temporalidad, la provisionalidad y la variabilidad se relacionan por extinguir la prisión provisional³²⁰, y se distinguen por su causa específica³²¹. Una vez elegida la característica ajustada al caso concreto, el criterio judicial tendrá mayor o menor discrecionalidad para decidir sobre el mantenimiento, revocación o levantamiento de la detención provisional, sin perjuicio a la debida fundamentación en motivos razonables de dicha discreción, y en una mínima actividad probatoria sobre las variaciones o no de los motivos que originalmente fundaron la aplicación de esta medida.

4.4.6 Legalidad

En razón a la sensible afectación de la libertad física, provocada con la medida cautelar de la detención provisional, la cual no debe olvidarse su condición de medida más grave y delicada utilizada en todo el sistema judicial, la tipificación de los criterios objetivos y subjetivos para decretarla, realizada en las normas procesales penales, deberían expresarse en un lenguaje jurídico claro y preciso³²², que no de lugar a la arbitrariedad concedida por los tipos abiertos³²³. Los términos jurídicos con los cuales se

Condenatoria; TRIBUNAL DE SENTENCIA de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas; Ref. N° 1401-57-2006, de las 13:30 horas, del día 21/12/2006; ob. cit.

³²⁰En el caso de la variabilidad, la extinción de la prisión provisional depende de la variación positiva de los motivos que dieron lugar para acordarla y del criterio judicial aplicado.

³²¹La causa de la temporalidad son sus plazos máximos para la duración de la detención provisional; en la variabilidad es la modificación de los motivos para decretarla, y en la provisionalidad es la resolución definitiva del proceso penal.

³²²En igual sentido sucede con las medidas tomadas conforme a las reglas del No. 2 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), relativas a la cesación de la detención provisional, donde el o la juez puede aplicar *"cualquier otra que fuese aconsejable conforme a las particulares circunstancias del caso"*, según el No. 4 del Art. 79 del Código Penal; la cual es una fórmula abierta en contraposición al principio de legalidad.

³²³La doctrina progresista, preocupada por esta condición de la detención provisional, reclama aplicar el concepto de tipicidad y otro principio más, concebidos en la teoría general del delito y la pena, planteando esto así: *"A este respecto se habla de la "tipicidad procesal penal" y del principio "nulla coactio sine lege"; de modo que la ley procesal debe tipificar*

regula el *periculum in mora* (peligro de fuga), en la mayoría de textos legales de las experiencias Europea y Latinoamérica, estudiadas en el Capítulo VIII de esta investigación, convierten a la detención provisional en la medida cautelar más contradictoria con los postulados de la teoría general de los institutos cautelares³²⁴; y por consiguiente, pervierte tanto sus fines legítimos, como su naturaleza cautelar procesal, debido al empleo de criterios propios de la pena; y además, dificulta la motivación, fundamentación y argumentación de la resolución judicial que la impone, aspectos estudiados más adelante.

4.4.7 Excepcionalidad

La excepcionalidad de la detención preventiva consiste en sustituir su aplicación como regla general por la libertad provisional; y en consecuencia, reserva el uso de esta coerción penal sólo en aquellos casos extraordinarios, ya sea por la complejidad de la causa o lo gravísimo de la situación investigada, donde pueda presumirse con un grado de certeza respetable el peligro de fuga del imputado³²⁵. En nuestro país, la excepcionalidad tuvo una

tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales... –BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 54.

³²⁴La instrumentalidad de la providencia cautelar consiste en anticipar provisionalmente la eficacia práctica de los efectos de la eventual sentencia condenatoria; sin embargo, la detención provisional por restringir la libertad física, en la práctica anticipa la pena de prisión, aunque no sea impuesta a título de pena; y si aquélla es injustificada, entonces, trastorna el sistema de garantías constitucionales del debido proceso. Con todo, la detención provisional carece de una teoría penal propia, teniendo que tomar prestado de la Teoría General de las Medidas Cautelares todos sus postulados (*periculum in mora, fumus boni iuris, características; naturaleza jurídica*, etc.), lo cual ha sido un problema por las peculiaridades del proceso penal; así por ejemplo, en relación al *fumus boni iuris* en la práctica forense salvadoreña se ha tomado como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, en desacato a la prohibición a toda forma de responsabilidad objetiva, regulada en el Art. 4 del Código Penal.

³²⁵La jurisprudencia española deduce la excepcionalidad de la manera siguiente: “*El mandato constitucional español relativo a los principios de libertad y seguridad encuentra*

eficacia práctica esporádica. Con el inicio de la vigencia del Pr. Pn. 1996, fue regulada a través de un conjunto de medidas alternas y sustitutivas de la detención provisional, establecidas en el Art. 295 Pr. Pn. 1996. Dichas medidas novedosas hasta entonces en nuestro país, brindaron el resultado positivo reflejado en la sensible reducción de la población penitenciaria³²⁶.

4.4.8 Subsidiariedad

Se relaciona con el principio de la utilización de la prisión provisional como último recurso, debiendo el o la juez priorizar la aplicación de otras medidas menos graves; en este sentido, se complementa con la

sus precedentes en las Constituciones españolas de 1812 (art. 290), de 1837 (art. 7), de 1845 (art. 7), de 1869 (art. 2), de 1873 (art. 4), de 1876 (art. 4) y de 1931 (art. 29), y en los instrumentos internacionales siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 9), Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5) y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9). Todos los textos -internos e internacionales- valoran como esenciales los principios de libertad y seguridad y, en lógica coherencia con el mandato constitucional español reseñado, al consistir la prisión provisional en una privación de libertad debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar y adoptada mediante resolución judicial motivada...” –Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español; Ref. 41/182, pronunciada el 2 de julio de 1982; publicada en el BOE el 4 de agosto de 1982. Consultada el 26 de agosto de 2010 en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0041 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO –BOE-).

³²⁶ Si se observan las estadísticas del Departamento de Registro y Control Penitenciario del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública de El Salvador, en el Anexo 4 de este trabajo, al 24 de enero de 1997 estaba en existencia un total de 8,978 internos; esa cifra bajó a 6,969 el 25 de diciembre de 1998, y continuó con una tendencia a la baja hasta el 31 de diciembre de 1999. Pero ya el 29 de diciembre de 2000 comenzó su ascenso vertiginoso hasta nuestros días, acentuando aún más la crisis carcelaria. Claro está, que la excepcionalidad de la detención provisional no es la única variable que explica todo el anterior fenómeno, pues, la reducción de la población penitenciaria experimentada en 1998 y 1999 responde a varios mecanismos introducidos por el Sistema Penal instaurado en esas fechas, pero que en todo caso la excepcionalidad de aquella medida cautelar desempeñó un papel fundamental; de igual manera, se explica la vertiginosa elevación de la población penitenciaria, sin embargo, la práctica derogación de la excepcionalidad de la medida cautelar en comento, a través de la creación de un marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, estudiado en el Capítulo VI de la presente investigación, es un factor determinante en este fenómeno.

excepcionalidad, que tiene la finalidad de practicar como regla general la libertad provisional³²⁷. La subsidiariedad necesita disponer del conjunto de medidas alternas o sustitutivas reguladas en el Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Art. 332 Pr. Pn. 2008), para evaluar en el caso concreto si entre ellas existe algunas que brinde suficiente y necesaria garantía para vincular al imputado en el proceso, antes de considerar la aplicación de la detención provisional, por tanto, en la misma medida en que ha sido afectada la excepcionalidad de la detención provisional, por su obligatoriedad en los delitos mencionados en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), también la subsidiariedad ha perdido por este motivo operatividad real en El Salvador.

4.4.9 Proporcionalidad

La detención provisional debe buscar un equilibrio entre fin y medio, es decir, la restricción de la libertad física de la persona imputada mediante esta medida cautelar debe ser un medio necesario para asegurar el fin esperado de una eventual sentencia condenatoria³²⁸. La proporcionalidad es un principio general que rige la restricción y limitación de derechos y libertades en los modernos ordenamientos jurídicos³²⁹. Además, por el

³²⁷El siguiente autor relaciona la subsidiariedad de la detención provisional con su excepcionalidad, de la manera siguiente: *“Esta condición aparece directamente vinculada a la anterior. Con ella se hace hincapié en la prioridad que ha de dársele a otras medidas alternativas a la prisión provisional, dada la gravosidad que entraña esta última...”* —BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 55.

³²⁸En ese sentido, el equilibrio entre fin y medio buscado en la detención provisional orienta su proporcionalidad, según la opinión doctrinal siguiente: *“Con ello se alude al juicio de ponderación que ha de presidir la adopción de la medida cautelar, calibrando las consecuencias gravosas que puede generar una persona concreta en una situación determinada y los fines que puede cumplir para los resultados del proceso en que se aplica.”* —BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 55.

³²⁹Al respecto se transcribe el siguiente párrafo: *“...el principio de proporcionalidad, uno de los principios generales del Derecho y de elemental Justicia, que debe inspirar cualquier*

principio de proporcionalidad entra en acción el principio de *prohibición de exceso*, también en función de limitar el uso de la prisión preventiva, el cual se fundamenta en el principio de la *intervención mínima*³³⁰. Para la opinión de un sector de la doctrina, la proporcionalidad tiene los siguientes tres componentes: necesidad de la detención provisional, idoneidad al caso concreto y proporcionalidad en sentido estricto, referida esta última a la mencionada prohibición de exceso³³¹; esta doctrina también es recogida por la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual considera fundamentada en el Art. 246 de la Constitución de la República³³².

decisión jurídica, tanto más si ésta afecta a derechos fundamentales y tiene un carácter limitador o restrictivo de esos derechos.” –MUÑOZ CONDE, Francisco; Cuestiones Teóricas y Problemas Práctico de la Prisión Provisional...; ob. cit.; págs. 221 y 222.

³³⁰En este sentido, la proporcionalidad basada en el principio de prohibición de exceso lo plantea la opinión doctrinal siguiente: “...*la prisión provisional...puede imponerse...en base a...la idea de proporcionalidad inmanente a cualquier decisión jurídica limitadora de derechos fundamentales. Surge así la prohibición de exceso como segundo principio básico de la prisión provisional...La prohibición de exceso no es más que una consecuencia del principio más general del Derecho penal material, el llamado principio de intervención mínima...*”–MUÑOZ CONDE, Francisco; Cuestiones Teóricas y Problemas Práctico de la Prisión Provisional.....; Ob. cit.; pág 226.

³³¹Esta tres facetas de la proporcionalidad son explicadas en la siguiente cita literal: “*El principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres subprincipios: a) necesidad; b) idoneidad; c) proporcionalidad en sentido estricto...En lo concerniente al principio de necesidad, relevante es que toda medida que represente una inferencia en el derecho fundamental (en la libertad personal en la prisión preventiva) debe ser la última ratio, de modo que si el fin se puede lograr a través de medios que representen una menor intervención en el derecho fundamental, deben seguirse otros medios...Ello se traduce en lo atinente a la prisión preventiva, en la exigencia de alternativas a ella...El subprincipio de idoneidad se refiere que la ingerencia en la esfera de los derechos fundamentales...sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar...Por su parte el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, llamado también principio de prohibición de exceso, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de intereses individuales que representa la medida, guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); ob. cit. págs. 77 y 78.*

³³²Esta doctrina esta contenida en lo siguiente: “*Debe respetarse además de forma estricta el principio de proporcionalidad, el cual comporta que la afectación a los derechos relacionados, no debe resultar excesiva...Este principio general de todo el ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 246 de la Constitución, debe implicar tanto la elaboración*

La proporcionalidad de la detención preventiva es regulada en la 1ª parte del Inc. 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996 (1ª parte del Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008), tomando como parámetro la penalidad del delito atribuido; lo anterior incluye la prohibición de decretar la detención provisional en hechos punibles relativos a faltas. Asimismo, según el Inc. último del Art. 6 Pr. Pn. 1996 (Inc. último del Art. 8 Pr. Pn. 2008), no es proporcional aplicar la detención provisional por delitos de acción privada, dejando su utilización por dichos delitos solamente cuando no se alcanza la conciliación del Art. 402 Pr. Pn. 1996 (Art. 441 Pr. Pn. 2008), y en todo caso deben cumplirse con los requisitos para decretarse la detención provisional, exigidos en los Arts. 292 y 293 Pr. Pn. 1996 (Arts. 329 y 330 Pr. Pn. 2008).

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Sentencia deducen el fundamento constitucional de la proporcionalidad de la detención preventiva derivada de la presunción de inocencia (Art. 12 de la Constitución); además, por los derechos afectados con esta coerción penal, tomando en cuenta no solo la libertad ambulatoria sino el honor, la intimidad, la salud física y mental, el trabajo, derechos políticos, familiares, etc., la utilización de la prisión preventiva no puede consistir en una mecánica operación matemática³³³. Además, también nuestros tribunales de lo penal aplican la

de las leyes como su aplicación e interpretación para los tribunales. Tiene una triple dimensión, que se fórmula en subprincipios: la intervención restringida de los Órganos del Estado sobre los derechos de los ciudadanos debe ser: (i) idónea; (ii) necesaria; (iii) proporcionada en sentido estricto. (Sentencia Definitiva de AMPARO, Ref. 91-2006, de las 09:26 horas del día 24/09/2007)“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; Ob. cit.; pág. 45.

³³³Esta jurisprudencia es expuesta aquí: *“Por otra parte se ha afirmado que el fundamento constitucional de las medidas cautelares se encuentra en el principio de inocencia y en uno de sus sub-principios; el principio de proporcionalidad que implica la necesidad de la medida; esto permite exigir que la detención provisional se convierta en la última razón de ser, ...en el presente caso es prudente detenerse un poco en el principio de proporcionalidad pues este se convierte en el punto de apoyo y pilar fundamental en la aplicación y regulación de la medida cautelar para la acusada, por cuanto no cabe hablar de una*

proporcionalidad como un principio metodológico de interpretación constitucional, en la equiparación de los bienes jurídicos protegidos en el Art. 2 de la Constitución, que en materia de prisión preventiva supone una ponderación entre su uso y los fines perseguidos. El anterior criterio es compartido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que también considera la proporcionalidad en su dimensión de interpretación metodológica, y derivada del valor justicia, de los principios del Estado de Derecho e interdicción de los poderes públicos y dignidad de la persona³³⁴.

4.4.9.1 *Relaciones de la proporcionalidad, temporalidad y subsidiariedad*

La relación entre proporcionalidad y temporalidad tiene como nexo el sistema de plazos, con los cuales se limita la duración de la detención

aplicación matemática y automática de la prisión preventiva, ya que implica privarla de derechos fundamentales de rango constitucional y no solamente su libertad ambulatoria, sino también de otros derechos como su honor, su intimidad, el trabajo, etc... –Sentencia Condenatoria, TRIBUNAL DE SENTENCIA SEGUNDO DE SENTENCIA, San Miguel; Ref. 0302-32-2006; de las 14:15 horas del 28 de abril de 2006. Consultada el 4/09/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

³³⁴Dicho criterio es desarrollado en la sentencia siguiente: “Desde nuestras primeras resoluciones (STC 62/1982) hasta las más recientes (especialmente, SSTC 55/1996 y 161/1997), hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales (en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho en el art. 1.1 C.E. y de la referencia del art. 10.2 C.E. a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas) y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas...proporcionalidad como principio derivado del valor “justicia” (SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995), del Estado de Derecho (STC 160/1987), del 49/1999; aprobada el 5/04/1999...de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 y 50/1995) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987)...” – Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español; Ref. 49/1999, fecha de aprobación el 5/4/1999; publicada en el BOE el 27/04/1999. Consultada el 26/08/2010 en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0049 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE)).

preventiva, en ese sentido dichos plazos contribuyen a evitar el uso desproporcionado de la detención provisional. Según el inciso 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008) la detención provisional debe ser proporcional con la pena esperada³³⁵, en ese sentido, para delitos menos graves el plazo es de doce meses, y para delitos graves veinticuatro meses. Asimismo, con relación a la penalidad esperada, la proporcionalidad de la detención preventiva es regulada en el No. 2 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 335 Pr. Pn. 2008). De conformidad al último Inc. del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (último Inc. del Art. 332 del Pr. Pn. 2008), en los delitos cuya pena de prisión es igual o inferior a tres años de prisión, atendiendo las circunstancias del caso, es desproporcionado aplicar la detención preventiva. La relación de la proporcionalidad con la temporalidad no se agota en los plazos de la prisión preventiva; otra consecuencia esencial es suprimir el efecto de pena anticipada, ciñendo esta medida a su función cautelar³³⁶. En cuanto a la relación de la proporcionalidad con la

³³⁵Sin embargo, para la doctrina transcrita enseguida no es correcto hablar de proporcionalidad de la detención preventiva en relación con la pena esperada, sino de una aplicación no desproporcionada de la misma, dicha opinión dice así: *“...No es correcto afirmar que la prisión preventiva debe ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso, lo que podría llevar algunos a exigir el dictado de la prisión preventiva. Más bien debe afirmarse que la prisión preventiva no puede ser desproporcionada. Por otro lado, debe considerarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35-07 estimó que el plazo de la prisión preventiva no podía superar dos tercios de la pena mínima contemplada para el delito que se atribuye.”* –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*; Ob. cit. pág. 381.

³³⁶La temporalidad está fundamentada en la proporcionalidad, pues, restringir la libertad física con fines cautelares no significa un castigo a la culpabilidad del imputado, ya que ésta aun no ha sido declarada en juicio, por tanto, la detención provisional no debe ser utilizada con fines punitivos; esta tesis es desarrollada a continuación: *“El tema de los límites temporales a la prisión preventiva no es, sino, una exigencia del principio de proporcionalidad de la medida, frente a la pena amenazada...En efecto si se parte del derecho a la libertad ambulatoria y se expresa que, en principio, sólo la pena impuesta por sentencia firme...es idónea para eliminarlo, aunque el arresto (léase: privación de libertad) sea admisible durante el procedimiento penal, incluso excepcionalmente, es claro que la ley no puede regularlo de manera tal que supere la misma pena que se espera; una autorización semejante lesionaría...las limitaciones impuestas por la Constitución a la Pena, en particular los principios de legalidad y culpabilidad, sostenidos por el Derecho Penal. Y,*

subsidiariedad³³⁷, siempre opera el criterio de la gravedad del delito, en el sentido que de acuerdo a la gravedad del ilícito penal podría determinarse la conveniencia o no de aplicar medidas sustitutivas a la detención provisional³³⁸.

4.4.10 Características de la detención provisional resaltadas en nuestra jurisprudencia constitucional de Hábeas Corpus

La Sala de lo Constitucional ha resaltado desde hace algunos años como principales características de la detención provisional la *instrumentalidad, provisionalidad, variabilidad, temporalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad y exclusión de la cosa juzgada*, cuyo

al mismo tiempo, renegaría de la naturaleza instrumental...del Derecho Procesal Penal...para acordarle un fin en sí mismo,...por intermedio de un encarcelamiento preventivo con fines represivos propios. –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno. Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá; autores: Ana Isabel GARITA VÍLCHEZ y José SOBORNA; 1ª edición; San José, Costa Rica; 1991; pág. 33.

³³⁷La siguiente jurisprudencia española concibe la relación entre proporcionalidad, temporalidad y subsidiariedad así: *“De este modo, cuando aún no ha sido plenamente destruida la presunción de inocencia por una Sentencia condenatoria, la Constitución exige que la privación de libertad sólo pueda ser concebida, en su adopción y mantenimiento, como «una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan» (STC 128/1995, fundamento jurídico 3.). Lo que desde luego incluye la fijación de un plazo máximo razonable (STC 40/1987, por todas), si bien la delimitación por el legislador de este límite, dentro del criterio mencionado, no puede entenderse como constitucionalmente obligada, pues no de otra forma cabe entender el último inciso del art. 17.4 C.E.”* –Sentencia de AMPARO del Tribunal español, Ref. 37/1996, pronunciada el 11/3/1996; publicada en el BOE el 17/4/1996. Consultada el día 27/8/2010 en el sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE) en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-996-0037

³³⁸Esta relación de la proporcionalidad y subsidiariedad define la aplicación de la detención provisional, así lo explica la siguiente opinión doctrinal: *“...La gravedad de la medida...sólo se justifica en sede a su proporcionalidad y a la subsidiariedad, de tal modo que resultará aplicable únicamente cuando otras medidas no resulten eficaces dadas las características del hecho enjuiciado y las particularidades de las personas imputadas.”* –ANDREU, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva...*; ob. cit.; pág. 408.

fundamento constitucional son los siguientes artículos de la Constitución: Art. 2 (jerarquía de los bienes jurídicos); Art. 11 (juicio previo y derecho al hábeas corpus); Art. 12 (presunción de inocencia); Art. 13 (orden de detención conforme a ley y por escrito, entre otros); y Art. 15 (juzgamiento por las autoridades judiciales correspondiente)³³⁹.

4.5 **Presupuestos de la detención provisional:** *fumus boni iuris, periculum in mora y obstrucción en la investigación*

La doctrina procesal penal utiliza como sinónimos los términos presupuesto, principio, motivo, causales y criterio para referirse a los requisitos de procedencia para decretar la prisión preventiva. En el Capítulo II de la presente investigación académica, estos presupuestos se tratan como *Condiciones o Extremos de la providencia cautelar*, los cuales son expuestos por la teoría general de las medidas cautelares como los elementos necesarios para toda clase de medida precautoria. Por consiguiente, en seguida se analizarán los presupuestos o condiciones de la

³³⁹Estas características de la detención provisional, y su fundamento constitucional en los artículos de la Constitución arriba relacionados, se encuentran en la siguiente Sentencia Definitiva de hábeas corpus que dice: “...*la detención provisional es una autentica medida cautelar, por lo que son predicables respecto a ella las siguientes características, todas directamente deducibles de la normativa constitucional –arts. 2, 8, 11, 12, 13 y 15 Cn.–: (a) instrumentalidad...;(b) provisionalidad...;(c) jurisdiccionalidad...;(d) variables y revocables, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus...;(e) excepcionalidad...;(f) se extinguen a término o a plazo...;(g) las resoluciones cautelares no surten efectos de cosa juzgada, pues su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 207-2006 de las 12:01 horas del 18/05/2007; en relación con la Sentencia Definitiva de AMPARO, Ref. 282-2004 de las 10:24 horas del día 22/2/2005. Además, en la Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 349-97; 363-97; 392-97 Ac. de las 10 horas del 15/10/1997, se relacionan los mismos artículos de la Constitución, y se incluyen los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 7.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como fundamento de las referidas características. Todas consultadas el 2/09/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

detención provisional, entiendo por estos las aplicaciones penales en dicha medida cautelar del *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (peligro de fuga), y *la obstrucción en la investigación*, regulados en los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996 (artículos 329 y 330 Pr. Pn. 2008). Además, se estudiarán la reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva; así como también la alarma social y la frecuencia de hechos análogos, que no obstante constituir fines propios de la pena, la ley procesal penal los regula como causales de la detención preventiva.

4.5.1 *Fumus boni iuris (existencia del delito y probable autoría o participación de la persona imputada)*

El *fumus boni iuris* en las medidas cautelares penales no tiene consenso mayoritario acerca de su correcta interpretación, presentando una polémica doctrinaria entre distintos sectores. Para unos, en especial la doctrina española³⁴⁰, este presupuesto está referido a un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, limitando su discusión si deberían examinarse o no las excluyentes, eximentes y modificaciones de la misma³⁴¹. Para otro sector, no es dable valorar la

³⁴⁰En la siguiente definición de la doctrina española el *fumus boni iuris* es entendido como la probable responsabilidad penal del imputado, lo cual debe aceptarse con beneficio de inventario: "...*fumus boni iuris*, significa "apariencia o señal de buen derecho". Con ello se hace referencia al juicio provisional de imputación que se realiza acerca de la posible, o más bien probable, responsabilidad del imputado en la realización del hecho delictivo. Se trata, pues, de un razonamiento probabilístico relativo a la intervención del imputado en los hechos que se pretenden enjuiciar, de tal modo que, dada la relevancia de las medidas cautelares a adoptar contra la persona encausada, no se restrinjan cautelarmente sus derechos sin unas probabilidades claras que, en su momento, pueda resultar condenado." – BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 56.

³⁴¹En este punto de la responsabilidad penal del imputado, para los efectos de la detención provisional, la polémica se extiende si deberían ser valoradas las excluyentes, extinción y modificación de la misma; esta información se encuentra en lo siguiente: "Lo que debe entenderse en este punto por <<responsabilidad criminal>> nos lleva a la ya mencionada discusión doctrinal acerca de que si debe atenderse a todos los elementos que según

responsabilidad penal en la detención preventiva, ni siquiera evaluar la participación del imputado en el delito atribuido. A continuación, se exponen las diferentes opiniones doctrinarias del significado del *fumus boni iuris*, incluyendo el criterio compartido por este trabajo de investigación, y el criterio de nuestra jurisprudencia de hábeas corpus.

4.5.1.1 *Posiciones doctrinarias sobre la interpretación del fumus boni iuris de la detención provisional*

Uno de los criterios doctrinarios es interpretar el *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, examinando inclusive todos los elementos objetivos y subjetivos del delito a la hora de aplicar la detención provisional³⁴². Otra posición, considera también este presupuesto como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, pero sin entrar a la valoración de las eximentes, excluyentes y modificaciones de la misma, a lo cual conlleva el anterior criterio mencionado. Entre estas dos posiciones, bajo el amparo de la economía procesal, y autodenominada posición ecléctica, se encuentra la que interpreta el *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad acerca de la responsabilidad penal del imputado, examinando o no las excluyentes,

BELING y la dogmática alemana constituyen el delito, es decir, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad o sí, por el contrario, en el momento de la adopción de la prisión provisional tales elementos deben ser irrelevantes y las cuestiones relativas a las circunstancias de exención, extensión y modificación de la responsabilidad criminal han de dejarse para su solución en la sentencia definitiva. –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; ob. cit.; pág. 122.

³⁴²Esta opinión de valorar los elementos del delito se refleja en la siguiente citación: “*Para algún otro autor, sin embargo, aunque en relación con el auto de procesamiento, el Juez de Instrucción ha de valorar todos y cada uno de los elementos del delito, es decir, no sólo la tipicidad, sino también la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, no debiendo procesar (ni, por tanto, decretar la prisión provisional, añadimos nosotros, al ser el procesamiento requisito previo al auto de prisión), si tiene alguna duda acerca de la concurrencia de determinada eximente.*” –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; ob. cit.; pág. 73.

exigencias y modificación de la misma, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto³⁴³.

Tomando distancia del anterior debate doctrinario, existe la crítica a la interpretación del *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, pues convierte en pena anticipada la prisión preventiva, dándole un sentido punitivo, lo cual constituye un desprecio a la proporcionalidad de esta medida cautelar³⁴⁴.

Contrario al último criterio arriba expresado, otro sector de la doctrina considera que la sospecha de la responsabilidad penal del imputado es una exigencia de la proporcionalidad de la detención preventiva, en el sentido de que sólo es procedente privar de su libertad a una persona de quien se tiene suficientes indicios de su culpabilidad³⁴⁵.

³⁴³Esta posición ecléctica es tomada por el español ASECIO MELLADO, quien expone sus ideas en la cita realizada a continuación: “*Ambas posturas extremas...deben ser rechazadas...por una solución intermedia. De este modo, y aunque es cierto que no le es atribuido al Juez de Instrucción una labor cognoscitiva, pues ello implica siempre el contradictorio que, en el proceso penal sólo se da en toda su extensión en el juicio oral, no lo es menos que el negarle cualquier actividad de este tipo, como señala GIMENO, sería contrario a la propia norma procesal que, en determinados momentos, exige valoraciones sobre la culpabilidad (v. gr., la detención de los arts. 489 y sigs. de la LECrim.) y a un principio de economía procesal, ya que, en la práctica, se dan casos en que la falta de responsabilidad penal queda evidenciada desde el primer momento. Por todo ello, entendemos más oportuno mantener una posición ecléctica...*” –ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 74.

³⁴⁴Por ejemplo, el ILANUD es de la opinión referida al expresar lo siguiente: “*En general, se oculta, mediante formulas panfletarias, el hecho de que la prisión preventiva es utilizada como pena anticipada...El carácter cautelar (no ejecutivo) de la medida, impide que, para su fundamentación, se utilice el juicio de probabilidad sobre la participación del imputado en el hecho delictivo. Ello implicaría olvidar, de plano, que tal medida tiene por fin garantizar los resultados de la investigación, evitar que el imputado se sustraiga al juicio, etc. y no, anticipar, inclusive con desprecio de la exigencia de proporcionalidad de la medida, una pena.*” –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno...; ob. cit.; pág. 29.

³⁴⁵En ese criterio se enfila el siguiente autor: “*En realidad, la exigencia de la sospecha suficiente de culpabilidad no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad, el*

Por otro lado, parece posible interpretar que la ley procesal penal da el significado jurídico al *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, ya que para los casos de inimputables (causa que excluye la responsabilidad penal, según el No. 4 del Art. 27 Código Penal) está regulada la figura jurídica del *Internamiento provisional*, Art. 302 Pr. Pn. 1996 (Art. 333 Pr. Pn. 2008), en la cual para su procedencia además de la existencia del delito, la participación y el peligro de fuga, es necesario el dictamen de perito acerca de la grave alteración o insuficiencias de las facultades mentales del imputado (No. 2 del Art. 302 Pr. Pn. 1996 – No. 2 del Art. 333 Pr. Pn. 2008)³⁴⁶.

Con todo, interpretar el *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal, conduce a la o el juez a un pre-juzgamiento de la culpabilidad del imputado, pues, esta clase de juicio está identificando la autoría y participación con la referida responsabilidad, y por tanto, práctica una forma de responsabilidad objetiva, prohibida en el caso nuestro por el Art. 4 del Código Penal³⁴⁷.

que no admitiría que una privación de la libertad de la intensidad de la prisión preventiva debería ser soportada por aquél contra el cual no existen suficientes elementos de convicción como para estimar como probable que es responsable penalmente.” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 382.

³⁴⁶En el caso costarricense existe ese mismo criterio: “Debe tenerse en cuenta que cuando pueda estimarse que el imputado actuó en estado de inimputabilidad, lo que correspondería no es propiamente la prisión preventiva, sino podría ser procedente la internación en un establecimiento asistencial (Art. 262 C.P.P.). Sobre lo anterior véase el voto salvado al auto 12-10-2005 del 15-11-2005, dictado por el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.” – LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 382.

³⁴⁷La responsabilidad objetiva fue uno de los defectos fundamentales de la teoría del causalismo penal, teniendo sus extremos más primitivos en la consideración únicamente del resultado material de la acción típica del imputado como relación de causalidad de su responsabilidad penal, con la consecuencia fatal en la práctica de llevar este enfoque a un juzgamiento sin juicio previo. Esta situación fue superada por la teoría de la acción finalista, fundada por Hans Welsel, que considera como base de la responsabilidad penal la intención del sujeto activo de provocar el daño causado, a través de la valoración de los elementos subjetivos del delito, bajo las formas de dolo (directo y eventual) y culpa. Este criterio

4.5.1.2 *Posición compartida por la presente investigación y la posición sostenida por nuestra jurisprudencia constitucional*

La presente investigación académica interpreta el *fumus boni iuris* como un juicio sobre la existencia del delito, y la probable autoría o participación del imputado, regulado así en el No. 1 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 329 Pr. Pn. 2008³⁴⁸). Lo anterior, tiene asidero también en uno de los dos criterios asentados por nuestra jurisprudencia constitucional en procesos de hábeas corpus³⁴⁹, en el cual ha utilizado como interpretación del *fumus boni iuris* el argumento del juicio de probabilidad de imputación, refiriéndose a la existencia del delito y la probable participación del imputado. Sin embargo, la Sala en otros casos de procesos de hábeas corpus interpreta el *fumus boni iuris* como un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal de la persona imputada, pues, no obstante considerar como elementos de este presupuesto de la detención provisional a la

introducido por la referida teoría de la acción finalista es regulado en el Inc. 2º del Art. 4 de nuestro Código Penal.

³⁴⁸Es importante observar que en la versión de este artículo 329, N° 1 Pr. Pn. 2008, dice: “...la probabilidad de participación del imputado.”; lo cual es una mala técnica legislativa, pues, esta redacción deja por fuera la autoría; la cual el o la juez penal siempre deberá examinar a la luz de la teoría del dominio de los hechos, evaluando en unos casos la participación –complicidad e instigación-, y en otros la autoría –coautor, directo, indirecto, intelectual, material-.

³⁴⁹Este criterio jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional dice lo siguiente: “El *fumus boni iuris* consiste en un juicio de imputación o sospecha fundada de participación del procesado en el hecho punible atribuido, de manera que, en este presupuesto, el juez analiza si la circunstancia por la que se instruye el proceso penal constituye un delito, y, además, si existen razones de juicio para sostener y concluir de manera provisional que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del ilícito.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 87-2005 de las 12:03 horas del 5/12/2005; en relación con la Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 171-2003; de las 12:15 horas del 21/06/2004; y Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 20-2005, de las 12:02 horas del día 19/sept./2005; y Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 99-2005, de las 12:02 horas, del día 28/10/2005. Todas Consultadas el 25/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

existencia del delito, y la probable autoría o participación, identifica esta última con la responsabilidad penal³⁵⁰.

4.5.2 *Periculum in mora* (peligro de fuga de la persona imputada)

Este presupuesto define la naturaleza cautelar de la detención provisional, por tanto, es la condición o extremo más importante de la resolución judicial para el acuerdo de dicha medida. Según la teoría general de las medidas cautelares el *periculum in mora* es un peligro específico de daño jurídico a un derecho aparente, que tiene como causa la larga demora del proceso, sin embargo, este peligro específico es el resultado de un juicio de certeza, no como producto de una exhaustiva investigación del mismo, sino acorde al tipo de medida cautelar específica y de su regulación jurídica. Lo antes dicho, con respecto al *periculum in mora* de la detención provisional, se traduce en el peligro de fuga del imputado, señalando la ley

³⁵⁰ Así se encuentra asentado en el siguiente proceso de hábeas corpus: “*Acerca del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, esta Sala ha sostenido que consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del acusado en un hecho punible. La exigencia de ese presupuesto material requiere la observancia de dos especialidades: 1) desde un punto de vista formal se necesita algo más que un indicio racional de criminalidad, pues la detención provisional precisa no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga "motivos" sobre la "responsabilidad penal" del procesado; es decir, se necesita verificar la existencia de elementos o razones de juicio fundados en hechos aportados por la investigación y que permitan concluir, de manera temporal, que el indiciado es con probabilidad autor o participe del hecho delictivo que se le atribuye. 2) Desde un punto de vista material, se precisa que el hecho punible sea constitutivo de delito y no de falta.*” -Sentencia Definitiva, Hábeas Corpus, Ref. 182-2005, de las 12:08 horas, del día 27/03/2006; en relación con la Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, ref. 73-2005, de las 12:08 horas del día 7/11/2005; y Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 10-2006, de las 12:07 horas del 15/01/2007, entre otras. Otra forma de este criterio jurisprudencial es la siguiente: “*Doctrinariamente, la detención provisional es concebida como la máxima medida cautelar por cuanto se le adopta cuando se han reunido –en el proceso– elementos de juicio que llevan a la convicción suficiente sobre la existencia de un hecho constitutivo de delito y la presunta culpabilidad del imputado, el que como presupuesto de esta situación ya ha sido indagado y procesado.*” –Sentencia Definitiva, Hábeas Corpus; Ref. 230-2004, de las 12:21 horas del 6/04/2005. Todas Consultadas el 26/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

procesal penal un conjunto de criterios para orientar a la o el juez en su decisión de utilizar aquella medida cautelar. En consecuencia, a continuación se explicaran los criterios objetivos y criterios subjetivos³⁵¹ del peligro de fuga, como presupuesto habilitante de la aplicación de la detención provisional, estipulados en el No. 2 del Art. 292 y Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 y Art. 330 Pr. Pn. 2008).

4.5.2.1 *Criterios objetivos del periculum in mora (peligro de fuga): delito grave, circunstancias del hecho, incomparecencia del imputado, incumplimiento de medidas sustitutivas, gozar de otra medida cautelar*

4.5.2.1.1 *Delito grave sancionado con pena de prisión*

El No. 2 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008), establece como criterio objetivo del peligro de fuga la atribución de delitos graves, sancionados con pena cuyo limite máximo excede de tres años de

³⁵¹ Acerca del significado de los criterios objetivos y criterios subjetivos del *periculum in mora* de la detención provisional se transcribe el criterio jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional, el cual dice así: “...los criterios tenidos en consideración para el establecimiento del *periculum in mora* pueden ser objetivos, referidos a la penalidad y naturaleza del hecho punible; y subjetivos, referido a las circunstancias personales del imputado” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 12-2002, de las 12:15 horas del 5/12/2002; en relación con Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 75-98 de las 15 horas del 30/03/1998 y Sentencia Definitiva de hábeas Corpus; Ref. 219-2009 de las 12:21 horas del 16/03/2010. Dichos criterios objetivos y subjetivos tienen como base la excepcionalidad, por lo que su aplicación deben adecuarse al caso concreto, así lo deja asentado la misma Sala en el párrafo siguiente: “En concordancia con lo consignado, es necesario reiterar que las circunstancias objetivas y subjetivas que pueden determinar el *periculum in mora*, de conformidad con el principio de excepcionalidad, deben entenderse que no actúan de modo mecánico o automático, sino que ejercen la función de parámetros o elementos de juicio; es decir deben considerarse como circunstancias que atendiendo las peculiaridades de cada caso concreto pueden valorarse para apreciar si existe o no peligro de fuga.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 193-2004 AC. de las 12:20 horas del 31/03/2005. Todas las anteriores sentencias de hábeas corpus fueron consultadas el 27/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

prisión, no así los delitos graves sancionados con pena cuyo limite máximo excede de doscientos días multa, ambos regulados en el Inc. 2º del Art. 18 del Código Penal. En el anterior sentido, este criterio se funda en la proporcionalidad de la prisión preventiva, regulada tanto en la 1ª parte del Inc. 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1997 (1ª parte del Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008), como en el Inc. último del Art. 8 Pr. Pn. 2008, en relación a los delitos de acción privada, en los cuales se prescinde de la detención provisional si el delito no tiene pena de privación de libertad³⁵².

La proporcionalidad de la detención provisional también está estipulada en el último Inc. del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Inc. último del Art. 332 Pr. Pn. 2008), relativo a la prohibición de aplicar medidas cautelares en los delitos menos graves cuyo limite máximo es inferior a tres años de prisión. Por tanto, la gravedad del delito debe ser valorada en los casos donde el o la juez no cuenta con la información sobre la voluntad del imputado a someterse al juicio, y pueda constituir este sólo motivo la razón suficiente para adoptar la detención provisional³⁵³, por ejemplo, la falta de arraigos, que podrían acreditar la voluntad del imputado a someterse al proceso por su estabilidad familiar, laboral y domiciliar, el cual es un criterio regulado en

³⁵²En el último Inc. del Art. 6 Pr. Pn. 1996, procedía decretar la detención provisional en los casos por delitos de acción privada, bajo las reglas siguientes: 1ª) cumplimiento de los requisitos de los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996; 2ª) si no se lograba la conciliación según el Art. 402 Pr. Pn. 1996; 3ª) si habían razones fundamentadas de la obstrucción de la investigación e intención de incomparecencia del imputado; 4ª) por reincidencia y habitualidad.

³⁵³La gravedad del delito puede constituir el único motivo para decretar la detención provisional, en los casos donde no existan suficientes datos personales del imputado, este criterio es utilizado por la Sala de lo Constitucional, de la manera siguiente: *“...esta Sala ha sostenido que en un primer momento puede considerarse constitucionalmente legítimo que el Juez de Paz decreta la detención provisional –con respecto al periculum in morateniendo en cuenta únicamente la gravedad del hecho y la pena a imponer, pues la carencia de información acerca de circunstancias personales de un imputado en las fases preliminares del proceso o la falta de certeza de los elementos con que se cuenta, permiten valorar el riesgo de fuga en base a datos meramente objetivos”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 193-2004, Ac.; de las 12:20 horas del 31/03/2005; ob. cit.

el No. 2 del Art. 330 Pr. Pn. 2008. En cambio, ante la existencia de datos personales del imputado³⁵⁴ el o la juez debe valorar todos los criterios acreditados en el caso concreto, para tener el mínimo grado de certeza de la necesidad o no de utilizar la detención provisional.

4.5.2.1.1 *Critica al mantenimiento de la detención provisional por la gravedad del delito*

El mantenimiento de la prisión preventiva por el motivo de la gravedad del delito, cuando ya variaron las condiciones que la fundaron, es criticada por la doctrina como una forma de pena anticipada³⁵⁵, lo cual tiene inmanente una forma de responsabilidad objetiva que repercute en el concepto de *fumus boni iuris*³⁵⁶, por lo tanto, no es dable marginar el

³⁵⁴La valoración de todos los criterios es una exigencia de la presunción de inocencia, expuesta por el ILANUD así: *“Dado que la persona es inocente hasta el momento de la sentencia condenatoria firme, la consideración de la gravedad del delito que se le imputa únicamente pueden tenerse en cuenta como uno de los indicios que puede hacer presumir que tratará de eludir la acción judicial, pero siempre debe ser una presunción “juris tantum”, es decir, neutralizables con otros elementos de juicio. Sólo en el supuesto de delitos gravísimos puede pensarse en que la naturaleza del delito haga que esa presunción sea “juris et jure”, pero tales casos son totalmente excepcionales.”* –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); *El preso sin Condena en América Latina y El Caribe...*; Ob. cit.; pag.129.

³⁵⁵La crítica doctrinaria se enfila contra el uso retributivo y vindicativo de la prisión preventiva, propios de la pena, así lo afirma el siguiente autor: *“Este criterio de la gravedad de la pena no se contempla sin embargo en todos los casos desde el aspecto de la posibilidad de fuga, sino que, en la práctica, se tiende a interpretarlo desde una perspectiva retribucionista o vindicativa. De forma que se viene a concluir que, aunque el imputado haya estado preso preventivo un periodo importante de tiempo y se infiera que no va a sustraerse a la acción de la justicia, se le mantiene, no obstante, en prisión provisional, dada la gravedad de su presunta conducta delictiva.”* –BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; pág. 57.

³⁵⁶Esta mala influencia, en la práctica forense, del criterio de la gravedad del delito, en el juicio de probabilidad del *fumus boni iuris*, es criticada por la opinión siguiente: *“En la práctica jurisdiccional no es extraño que el criterio de la gravedad de la pena como criterio defensivo acabe influyendo en el juicio de imputación del fumus boni iuris. De este modo el baremo de la gravedad del hecho, que ya de por sí se suele desvincular indebidamente de su función de calibrar el riesgo de fuga, acaba invadiendo y condicionando como juicio*

transcurso del tiempo para decidir sobre el mantenimiento de la detención provisional, pues pudo haber disminuido el peligro de fuga según quede revelado por el avance de las investigaciones, las cuales podrían señalar la falta de autoría o participación del imputado en el delito atribuido³⁵⁷.

4.5.2.1.1.2 *Desautorización de la gravedad del delito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias impone la exigencia de valorarse el peligro de fuga y la obstrucción de la investigación en datos concretos, lo cual es interpretado

axiológico y normativo relacionado con la alarma social el juicio de imputación...” — BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; págs. 59 y 60.

³⁵⁷ Este es el criterio del Tribunal Constitucional español, basado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expresado así: *“Debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que, si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (Sentencias del T.E.D.H. antes citadas*)*. Es más, incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional -por ejemplo, evitar la desaparición de pruebas-, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto [F.J. 4].” (* Se refiere a las Sentencia del T.E.D.H. de los casos Wemhoff del 27/06/1968, Neumeister del 27/06/1968 y Matznetter del 10/11/1969.) — Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995. Consultada el día 27/8/2010 en el sitio web siguiente http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0128 (Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE))

por algunos autores como una prohibición a las presunciones de fuga basadas en la gravedad del delito, esa es la opinión siguiente:

*“...desde el caso Suárez Rosero (No. 77), siendo reiterado en diversos fallos posteriores, por ejemplo en los casos Tibi (No. 180), Palamara Iribarne (No. 198), Acosta Calderón (No. 111), López Álvarez (No. 69), Servellon García (No. 90), Chaparro Alvares (No. 93), Yvon Neptune y Bayarri (No. 74). Es importante tener en cuenta que en esas sentencias se ha exigido por la Corte Interamericana que el peligro de fuga o de obstaculización sea concreto, lo que excluye las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada...”*³⁵⁸

4.5.2.1.2 *Circunstancias del hecho*

La crítica doctrinaria observa el carácter abierto y la ambigüedad de la expresión *circunstancias del hecho*, que da pábulo a interpretaciones sin límites para aplicar la detención provisional por este motivo. Para algunos autores este concepto comprende tanto las circunstancias de modo, tiempo y lugar del delito, como la personalidad peligrosa del imputado³⁵⁹. Otro

³⁵⁸ LLOBET RODRIGUEZ, Javier; *Proceso Penal Comentado...*; Ob. cit.; pág. 379. Sin embargo, en la práctica judicial salvadoreña la gravedad del delito es un criterio bastante aceptado como dato objetivo del peligro de fuga, en este sentido de los 25 especialistas encuestados, el 48% seleccionó este criterio, de entre el conjunto de 12 opciones por las cuales decretaría la detención provisional. Este dato está tabulado en el cuadro 11, del Capítulo VII *Resultados de la investigación de campo*, del presente trabajo, y se refiere a la pregunta 11 de la Encuesta de Opinión dirigida a 25 especialistas del derecho procesal penal salvadoreño.

³⁵⁹ El siguiente autor destaca como elementos de las circunstancias del hecho la violencia con la que se cometió el delito y personalidad de la persona imputada, así: *“Se acostumbra a subsumir dentro de este apartado la especial violencia en la ejecución del hecho y otras circunstancias que denoten una concreta personalidad del inculpado que haga pensar en su peligrosidad y, por tanto, en la probable reincidencia en el delito...Así las cosas, puede afirmarse que estamos ante un concepto en el que cabe incorporar cualquier dato relativo a la acción delictiva que, sin hallarse comprendido en los restantes criterios que señala el legislador, sirva para precisar la prisión provisional atendiendo a sus fines propiamente procesales.”* –BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional...*; Ob. cit.; págs. 60 y 61.

sector, considera como parámetros de este criterio las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena en abstracto, que se espera imponer, así como las condiciones de extinción del delito y las excluyentes de responsabilidad penal³⁶⁰.

Las circunstancias del hecho son reguladas en nuestra ley en un doble sentido. El sentido regulado por el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008), habilitando la imposición de la detención provisional en aquellos delitos cuyo límite máximo es inferior a tres años de prisión. Y el sentido del último Inc. del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (último Inc. del Art. 332 Pr. Pn. 2008), donde por el contrario autoriza a la o el juez en la misma clase de delitos a prescindir de toda medida cautelar, bastando con la caución juratoria del imputado. Como se observa la ley regula las circunstancias del delito bajo esta dicotomía contradictoria, resuelta por las particularidades del caso concreto. Ahora bien, según los resultados de la Encuesta de Opinión, tabulada en el Cuadro 11 del Capítulo VII del presente trabajo, de los 25 especialistas consultados el 44% opinó decretar o que decretaría la prisión preventiva por este criterio, lo cual significa que en nuestra práctica forense las circunstancias del hecho es un criterio todavía más aceptado que el criterio de la gravedad del delito, arriba estudiado.

En otro orden de ideas, las circunstancias del hecho son planteadas por el o la fiscal en su requerimiento, y ratificadas en su acusación, bajo el título

³⁶⁰En este sentido son interpretadas las circunstancias del hecho por algunos autores españoles como el que se cita a continuación: *“Por tanto, y de acuerdo a la realidad legal actual, el término <<circunstancias del hecho>> adquiere una significación importante en la medida en la que en su enunciado parece que deban englobarse las posibles causas eximentes, atenuantes y agravantes y ello no con la finalidad de determinar una pena in concreto, pues tal labor es de difícil realización antes del juicio, sino como datos relevantes, en la medida en que se aprecie su virtual concurrencia, para concretar la existencia de un mayor o menor peligro de fuga.”* –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional; Ob. cit.; págs. 71 y 72.

Relación circunstanciada de los hechos, los cuales no pueden variarse por el o la juez, a excepción que la prueba incorporada revele distinto modo, tiempo y lugar de los hechos, lo cual podría variar la calificación jurídica del delito, y por tanto, la estrategia de defensa del imputado³⁶¹.

4.5.2.1.3 *Incomparecencia del imputado*

El No. 1 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 330 Pr. Pn. 2008), establece como causal de detención provisional la incomparecencia sin motivo legítimo a la primera citación, o cuando lo requiera el juzgador o tribunal³⁶²; en estos casos la medida debe motivarse en el *fumus boni iuris*, y en la presunción del peligro de fuga por no comparecer el imputado al llamado judicial³⁶³. Debe resaltarse que la incomparecencia como criterio objetivo de la detención provisional no debe tener un motivo legítimo, lo cual implica una citación realizada de conformidad con la ley, es decir, emitida mediante orden judicial y bajo las formalidades legales, reguladas del Art. 143 en adelante, Pr. Pn. 1996 (Art. 156 en adelante, Pr. Pn. 2008)³⁶⁴.

³⁶¹Dicho sea de paso, según se deduce del Art. 300 Pr. Pn. 2008, el cambio de la calificación jurídica del delito es una potestad que ya no tendrá en adelante el o la juez de paz, pues, este funcionario judicial no podrá dictar ninguna clase de sobreseimiento, significando esto que tampoco podrá valorar pruebas, sino solamente evaluar los indicios presentados para determinar la procedencia de la libertad provisional, o la detención provisional.

³⁶²Según el cuadro 11 del Capítulo VII de esta investigación, en nuestro ámbito judicial existe un bajo porcentaje de la incomparecencia del imputado como motivo para decretar la detención provisional, ya que del total de especialistas encuestados sólo el 36% decretaría o decreta la detención provisional por esta causal.

³⁶³Al respecto la doctrina española opina sobre la prisión provisional por incomparecencia del imputado lo siguiente: “*En estos casos basta, por tanto, para que proceda la medida cautelar la existencia del fumus boni iuris, es decir, de un delito y de motivos para creer responsable a una persona y el hecho de la incomparecencia, siempre y cuando ésta lo haya sido <<sin motivo legítimo>>, a la llamada judicial.*” –ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional*; Ob. cit.; pág. 90.

³⁶⁴No obstante a su regulación expresa, la Sala de lo Constitucional ha resuelto casos a favor de imputados a quienes el juez les decreta la detención provisional sin haberlo citado,

4.5.2.1.3.1 *La incomparecencia es considerada rebeldía del imputado/a, dando lugar a girar orden de captura en su contra*

Según el Art. 91 Pr. Pn. 1996 (Art. 86 Pr. Pn. 2008), si el imputado/a al término de la cita judicial no comparece es considerado rebelde, dando lugar a la declaratoria de su rebeldía, y a girar orden para su captura, según el Art. 92 Pr. Pn. 1996 (Art. 87 Pr. Pn. 2008); dicha declaratoria de rebeldía del imputado no suspende la instrucción en su contra, pero suspende el juicio hasta que comparezca, esto según el Art. 93 Pr. Pn. 1996 (Art. 88 Pr. Pn. 2008). Si el imputado acredita un motivo legítimo de su incomparecencia el o la juez debe revocar la orden de su captura, según el Art. 94 Pr. Pn. 1996 (Art. 89 Pr. Pn. 2008). Nuestra jurisprudencia de hábeas corpus considera que la declaratoria de rebeldía por incomparecencia tiene como objetivo que el imputado se presente a manifestar lo relativo a su defensa; pero una vez comparezca éste la prisión preventiva debe ser levantada, sin perjuicio de poder aplicarse la misma medida cautelar o alguna de sus medidas sustitutivas por otro criterio habilitante³⁶⁵.

al respecto dice: *“Debe tenerse claro que una de las obligaciones del juez penal es procurar la comparecencia del imputado a los actos del juicio y para ello debe agotar las formas posible de hacerlo. La negativa de una persona a quien se le atribuye un delito de asistir al juicio y especialmente a los actos en los cuales su presencia es imprescindible, provocará la declaración de rebeldía por parte del juzgador y tal situación sí fundamenta la existencia de ordenes de captura. En este presente caso, no consta que se haya efectuado la cita del beneficiado y tampoco existe una declaratoria de rebeldía; en tal virtud la decisión del juez de instrucción de mejicanos en decretar la detención provisional contra el beneficiado, fuera de audiencia y sin garantizar su presencia en el juicio ha repercutido en sus posibilidades de defensa material y técnica, ya que se le ha inhibido la oportunidad de escuchar, contradecir o refutar los indicios o elementos de prueba recabados en su contra; esto obviamente se ha traducido en una afectación constitucional a sus derechos fundamentales de audiencia y defensa y así deberá declararlo esta Sala”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 67-2007, de las 12: 20 horas del 18/06/2009. Consultada el 28/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

³⁶⁵ En el siguiente hábeas corpus, la Sala de lo Constitucional examinó la falta de motivación de la detención provisional impuesta por la Cámara de la Tercera Sección del Centro en virtud de apelación fiscal, y deja claro la función de la declaratoria de rebeldía

4.5.2.1.3.2 *Inconstitucionalidad del automatismo de la detención provisional por aplicación automática de la incomparecencia*

Con todo, en virtud de la mala técnica legislativa contenida en el inciso final del Art. 293 Pr. Pn. 1996, donde sólo se exige el *fumus boni iuris* para los dos últimos casos, referidos a los números 3 y 4 del mismo artículo, en nuestra práctica forense por una interpretación inconstitucional del No. 1 del Art. 293 Pr. Pn. 1996, sobre la incomparecencia del imputado como causal de la detención provisional, se aplicó automáticamente esta medida cautelar cuando el imputado no se presentaba a la cita judicial, sin detenerse el o la juez a examinar la existencia del delito y la probable autoría o participación, de conformidad al No. 1 del Art. 292 Pr. Pn. 1996. La Sala de lo Constitucional en procesos de hábeas corpus resolvió ante dicho automatismo, declarar la libertad de los favorecidos con base a la excepcionalidad y proporcionalidad de la detención provisional, y el deber de

para la defensa de la imputada, al respecto dice: *“Lo anterior, sin embargo, es válido sin ignorar que contra la imputada se han girado nuevas órdenes de captura en virtud de haberse declarado rebelde, dada su incomparecencia a la audiencia preliminar. En tal sentido, el acto reconocido como inconstitucional, no puede afectar la vigencia de éstas nuevas órdenes de captura, pues éstas pretenden provocar la comparecencia de la imputada al juicio, a efecto de que manifieste lo relativo a su defensa, debiendo quedar las mismas sin efecto una vez cumplan su propósito o ante la comparecencia voluntaria de la imputada al proceso.”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 109-2004, de las 12:20 horas, del 11/01/2005. Por tanto, la jurisprudencia de hábeas corpus distingue entre la finalidad de la detención provisional y de las ordenes de captura por rebeldía, eso lo plantea en lo siguiente: *“Dicho lo que antecede y no obstante reconocida la inconstitucionalidad de la cual está afectada la medida cautelar de detención provisional, este Tribunal –dada la particularidad del caso sub examine–, debe mantener las órdenes de captura en estado de vigencia, en tanto que éstas atienden al decreto de rebeldía constitucionalmente pronunciado. Lo anterior, porque evidentemente se trata de dos situaciones completamente distintas, pues el objetivo de la medida cautelar de detención provisional es garantizar la presencia del procesado al juicio, mientras que la finalidad de la rebeldía consiste en hacer comparecer al imputado al proceso para que éste haga uso de su derecho de defensa, y de allí que se giren órdenes de captura.”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 92-2005, de las 12:22 horas, del 5/12/2005. Ambas sentencias relacionadas se consultaron el 26/08/2010 en el sitio web oficial del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

motivar las resoluciones judiciales emitidas³⁶⁶. La anterior mala técnica legislativa ha sido corregida en el último inciso del Art. 330 Pr. Pn. 2008, que exige para decretar la detención provisional en todos los casos comprendidos en el referido artículo, además fundamentar el *fumus boni iuris* establecido en el No. 1 del Art. 329 Pr. Pn. 2008.

4.5.2.1.4 Incumplimiento de medidas sustitutivas

Según el No. 4 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 5 del Art. 330 Pr. Pn. 2008); esta es causal de peligro de fuga, por suponer las medidas alternativas o sustitutivas de la detención preisional una libertad condicionada. Por tanto, en la medida que el imputado no cumpla con unas condiciones mínimas para asegurar su comparecencia en el juicio, no está expresando una voluntad de someterse al mismo, teniendo el o la juez razón

³⁶⁶La argumentación de estos tipos de hábeas corpus, en esencia dice así: “Para que la detención provisional sea acorde a la finalidad cautelar que la inspira, y aunque la disposición mencionada sólo exija la apariencia de buen derecho –Art. 292 numeral 1°– para los numerales 2) y 3), éste, es decir el *fumus boni iuris*, dado el carácter de excepcionalidad de la medida cautelar, igualmente debe relacionarse cuando se está en presencia del primer supuesto del Art. 293 Pr. Pn. El riesgo que el procesado permanezca en libertad, el juez lo deduce de la incomparecencia injustificada al llamamiento personal que se realiza y de las circunstancias del caso concreto, es decir, del peligro de fuga que efectivamente pueda concurrir en el supuesto de que se trate. Por lo que, el funcionario judicial deberá ser especialmente prudente en evitar que la medida cautelar, por el automatismo que establece el numeral 1° del Art. 293 Pr. Pn., en su adopción, se vuelva desproporcional para alcanzar la finalidad que la justifica. Dicha autoridad judicial se limitó a exteriorizar una breve exposición de los hechos, sin fundamento técnico ni jurídico, concluyendo con la declaratoria de rebeldía del favorecido, por no haber comparecido a la celebración de la audiencia preliminar, y la imposición de la detención provisional, señalando como única motivación de tal medida, los artículos 292 y 293 numeral 1° del Código Procesal Penal. Con tal actuación, se demuestra un apartamiento a lo estatuido en el artículo 172 inciso 3° de la Constitución de la República, el cual está referido al sometimiento, por parte de los Jueces y Magistrados, a la Constitución y a las leyes; pues aunque el artículo 293 numeral 1° del Código Procesal Penal, no exija expresamente la concurrencia del requisito “*fumus boni iuris*”, es preciso que toda autoridad judicial, al momento de imponer la detención provisional, lo haga en forma motivada, ya que la libertad constituye la regla general, y cualquier restricción a la misma debe justificarse.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 92-2005, de las 12:22 horas, del 5/12/2005; ob. cit.

suficiente para considerar como motivo de intención de fuga dicho incumplimiento, autorizado por la ley para decretar la detención provisional.

4.5.2.1.5 *Gozar de otra medida cautelar*

En el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008), habilita a la o el juez para decretar la detención provisional si lo considera necesario en caso el imputado goce de otra medida cautelar en un proceso independiente en su contra por otro delito. Esta causal se identifica con un criterio objetivo del *periculum in mora* en razón del aumento de la probabilidad de fuga por la cantidad de causas penales tramitas.

4.5.2.2 *Criterios subjetivos del periculum in mora: arraigo familiar, arraigo domiciliar y arraigo laboral*

Estos criterios están regulados en el No. 2 del Art. 330 Pr. Pn. 2008; en el Pr. Pn. 1996, no aparecían expresamente pero se tomaban en cuenta en virtud de su planteamiento doctrinario. Por tanto, a continuación serán tratados estos criterios subjetivos que indican la voluntad del imputado a someterse al juicio, destinados a disminuir el peligro de fuga³⁶⁷.

³⁶⁷ Los arraigos familiar, domiciliar y laboral, como criterios de disminución del peligro de fuga, se fundamentan en el principio de RAZONABILIDAD, reconocido expresamente en varias disposiciones de distintos textos internacionales, relativos al uso de la prisión preventiva como último recurso, entre los cuales se encuentra el párrafo 3 del Art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Otro resultado del anterior principio es la excepcionalidad de la prisión provisional, según el párrafo 3 del Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad*. Los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas recomiendan como controles mínimos de comparecencia del imputado en el juicio, la acreditación de sus arraigos familiar, domiciliar y laboral, esto se plantea en lo siguiente: *“los delincuentes deben quedar en libertad con los controles mínimos necesarios para cerciorarse de que regresaran para comparecer ante el tribunal. Los factores que indican que una persona es probable de que regrese aunque haya quedado en libertad por*

4.5.2.2.1 *Arraigo familiar*

En general, este factor puede comprobarse con la declaración jurada de la o el cónyuge sobre la integración del imputado/a en el grupo familiar, y de sus compromisos con los hijos e hijas en común. En cuanto a la comprobación del arraigo familiar de forma aislada mediante las partidas de nacimiento de hijos e hijas y la partida de matrimonio, los y las jueces consideran estos documentos auténticos pertinentes para comprobar solamente la filiación familiar, lo cual no incide en la disminución del peligro de fuga, por esto mismo es necesario complementar esta última prueba documental con la referida declaración jurada.

4.5.2.2.2 *Arraigo domiciliario*

En la práctica judicial este criterio se comprueba con la Escritura pública a favor del imputado, en la cual aparezca su calidad de propietario, del inmueble donde alega tener su habitación con su grupo familiar, o en su defecto, el Contrato de Arrendamiento de la casa donde aparezca el derecho del uso de habitación a su favor y de su familia.

4.5.2.2.3 *Arraigo laboral*

El arraigo laboral, consideran la mayoría de juzgadores y juzgadoras salvadoreños, debe comprobarse con una Constancia de trabajo extendida

su propia voluntad son: una familia y circunstancias sociales estables, un empleo disponible, y su conducta pasada, incluida la falta de expediente penal o un historial que demuestre que ha cumplido las condiciones fijadas en anteriores procedimientos penales. Cuando esos factores no estén presentes en su totalidad, o cuando pueda temerse que el acusado pueda cometer otros delitos, es apropiado que su libertad esté vigilada.” –CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva...; ob. cit.; pág. 18.

por el patrono o su representante, la cual debe expresar el cargo ocupado por el imputado en la empresa o institución, el tiempo de laborar, y si es posible, aunque no necesario, la conducta manifestada por el trabajador³⁶⁸.

4.5.3 Obstrucción de la investigación

Para decretar la detención provisional, además de los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* antes estudiados, la ley permite considerar como motivo la *obstrucción de la investigación*. Este criterio es uno de los fines legítimos de la prisión preventiva, regulado en el No. 2 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 330 Pr. Pn. 2008)³⁶⁹. Para la

³⁶⁸ Los organismos internacionales de Naciones Unidas también recomiendan a sus Estados miembros, el respeto de la libertad provisional durante el proceso penal mediante el uso de “*Servicios Encargados de la puesta en libertad de las Personas en Régimen de Prisión Preventiva*”, conformado por equipos interdisciplinarios para realizar dictámenes Psico-Socio-económicos del imputado; los informes de estos equipos de técnicos especialistas no son vinculantes para el o la juez, pero pueden orientar su criterio judicial sobre la conveniencia de la libertad provisional o detención preventiva, pues, estudian factores tales como: el historial penal, lazos comunitarios, personalidad del acusado, estabilidad económica y familiar, etc. Esta recomendación ha sido adoptada hasta cierta manera por El Salvador, en el Art. 32 de la Ley Penal Juvenil -“*Ley Penal Juvenil con sus últimas reformas*”; Decreto Legislativo No. 863, del 27 de abril de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 106, Tomo 323, del 9 de junio de 1994-, acerca del Estudio sicosocial realizado por el Equipo multidisciplinario del Juzgado de menores, tomado en cuenta para ordenar medidas provisionales y definitivas al menor infractor. –Acerca de los Servicios para la puesta en libertad se sugiere ver: CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; *Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*; ob. cit.; págs. 53 y 54.

³⁶⁹ La Ley de Enjuiciamiento Civil española, no regula expresamente la obstrucción de la investigación, pero la jurisprudencia del Tribunal Europeo y del Tribunal Constitucional español lo declara como uno de los fines legítimos de la prisión provisional, al respecto se cita esto: “*Ahora bien, aunque el texto legal no acoge con claridad este supuesto...sí lo ha admitido en cambio el TEDH y el TC. El primero en sus sentencia de 16 de julio de 1971 (caso Reingeisen) y de 26 de enero de 1993 (caso VV. Contra Suiza), jurisprudencia en la que se hace referencia a la limitación de tiempo de la prisión provisional por este motivo, reduciéndolo al necesario para evitar la ocultación de la prueba. El TC ha acogido este supuesto como justificante de la prisión provisional en su sentencia 128/1995, en la que admite específicamente como motivo “la obstrucción de la instrucción penal”, y también habla de “evitar la desaparición de pruebas” como uno de “los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional.*” –BARRIERO, Alberto Jorge; *La Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*; ob. cit.; págs. 62 y 63.

configuración de este presupuesto de la obstrucción de la investigación, la práctica judicial salvadoreña toma en cuenta la disposición de recursos al alcance del imputado, su elevada capacidad económica, la gravedad de los hechos, la relación familiar con la víctima; el vínculo a estructuras del crimen organizado o narcoactividad³⁷⁰, el número de autores o partícipes en el delito, etc.

Un caso de obstrucción de la investigación, considerado por la Sala de lo Constitucional, es la falta de aviso del imputado en libertad provisional acerca del cambio de domicilio y residencia, para ser notificado o citado, obstaculizando de esta manera con su incomparecencia la realización de los actos procesales, y por tanto, imposibilitando a la o el juez la continuación normal del proceso, ante esto procede la declaratoria de rebeldía, con la respectiva orden de captura³⁷¹.

³⁷⁰Con relación al riesgo de las causas penales contra la delincuencia organizada, y el uso de la detención provisional por su capacidad para obstruir la investigación, se transcribe lo siguiente: “...Debe reconocerse que con frecuencia en los casos de delincuencia organizada puede afirmarse la existencia del peligro de fuga, debido a las facilidades que tienen dicho tipo de delincuencia para ocultar a los miembros de la misma. Es más fácil que pueda afirmarse el peligro de obstaculización, debido que la estructura misma de la organización hace que no se requiere de una actuación propia del imputado para realizar actos de obstaculización...” —LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; Ob. cit.; pág. 387.

³⁷¹Un caso de esta clase está planteado en el siguiente hábeas corpus: “De lo relacionado esta Sala advierte, que la Jueza Primero de Instrucción de Zacatecoluca sí ordenó citar al favorecido para que concurriera a la audiencia preliminar y manifestara lo relativo a su defensa, lo cual se intentó llevar a cabo, pero no fue posible por razones ajenas al notificador; es decir, la mencionada citación no pudo ser efectuada por no haberse encontrado al señor Maldonado Rodríguez en el lugar señalado —por él— para recibir notificaciones, inmueble que, inclusive, se encontraba deshabitado y en oferta para ser arrendado. Lo antes expresado permite a esta Sala aseverar que la alegada falta de citación para la audiencia preliminar, no puede ser atribuible a la autoridad jurisdiccional, ya que cuando la instrucción del proceso penal se efectúa con ausencia de medidas cautelares o con la imposición de medidas alternas a la detención provisional, el imputado está obligado a mantener informada a la autoridad jurisdiccional respecto de cualquier cambio efectuado en el lugar designado para su residencia; todo con la finalidad de no obstaculizar el desarrollo normal del proceso.” —Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 153-2006, de las 12:15 horas, del 23/11/2007. Consultada el 27/08/2010 en el sitio web del Centro de

4.5.4 Causales de la detención provisional relacionadas con los fines de la pena: alarma social, frecuencia de hechos análogos, antecedentes del imputado, reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva

Como se ha insistido antes, estas causales distorsionan la naturaleza cautelar procesal de la detención preventiva, pues no corresponden con sus característica, así como tampoco configuran ninguno de los presupuestos de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *obstrucción de la investigación*, necesarios para justificar su uso como medida cautelar, por tanto, la ley al autorizar estas causales legaliza el anticipo de la pena de prisión.

4.5.4.1 Alarma Social

La alarma social ha sido regulada en el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996, en el Pr. Pn. 2008 ya no aparece. Este concepto reconocer el impacto negativo del delito en la sociedad, el cual se traduce en sentimientos y sensaciones colectivos de inseguridad pública, ante lo que el Estado justifica tomar acciones rápidas para sosegar la conciencia ciudadana, por medio de la aplicación de la detención provisional. Sin embargo, la anterior argumentación está más cercana con los fines de la prevención general de la pena, y además, constituye un prejuizgamiento del imputado al convertir en la práctica la simple atribución del delito en certeza de su culpabilidad; con esto la detención provisional estaría desempeñando una función punitiva; y sirviendo a la vez de medida de seguridad utilizada para separar de la sociedad al imputado considerado como sujeto peligroso³⁷². Por otro

Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

³⁷²En la siguiente opinión doctrinaria se establece esta doble función de la alarma social: "...bajo la rúbrica <<alarma social>> se entiende la reacción que se produce en la sociedad

lado, la alarma social es un atavismo del derecho penal de autor y del derecho penal de enemigo, desarrollado con base en la ideología fascista consagrada por el nacional-socialismo³⁷³. Según el cuadro 11 de la encuesta de opinión tabulada en el Capítulo VII de este trabajo, la alarma social tiene un bajo porcentaje de aceptación con un 20% del total de especialistas encuestados.

4.5.4.2 Frecuencia de hechos análogos

Este requisito está regulado en el No. 2) del Art. 292 Pr. Pn. 1996; y también ya no aparece en el Pr. Pn. 2008. En esencia, utiliza el mismo argumento central de la alarma social, pues la frecuencia de delitos iguales o análogos, atribuido al imputado en el proceso penal en su contra, afecta los sentimientos colectivos de la seguridad pública, necesitando el Estado frenar dicha frecuencia, para lo cual ocupa como medio la prisión provisional, asumiendo por esta vía funciones de prevención general³⁷⁴, propias de la pena. En nuestra práctica forense, este motivo ha servido para decretar la

ante el delito, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos, dotando a la prisión provisional adoptada en estos casos de una doble naturaleza: penal de un lado, ya que constituye una sanción que satisface a la sociedad, y de medida de seguridad por otro, en tanto que se pretende, con una finalidad preventiva, aislar a un sujeto supuestamente peligroso. –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; Ob. cit.; pág. 87.

³⁷³ Este origen de la alarma social se explica en lo siguiente: *“alarma social, circunstancia reminiscente de pasadas épocas nacional-socialistas alemanas, felizmente ya superadas, y que, sin embargo, subsisten en nuestro Derecho, con olvido del verdadero Derecho Penal “de autor” y de la vertiente subjetivo-personal culpabilista del sistema penal de todo Estado de Derecho...”* –ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva (Comunicación); ob. cit.; pág. 405.

³⁷⁴ Una observación crítica al uso de la detención preventiva con finalidades de prevención general es la siguiente: *“El concepto de frecuencia hace referencia a la comisión reiterada de actos de la misma naturaleza que da lugar a que se produzca una reacción social contra esta situación. Del mismo modo que en el caso anterior, la prisión provisional se impone como un medio de satisfacción a las exigencias ciudadanas de seguridad y, por tanto, la privación de libertad no responde a exigencias cautelares, sino a las propias de la pena, pues se pretende, fundamentalmente, una finalidad de prevención general.”* –ASENCIO MELLADO, José María; La Prisión Provisional...; ob. cit.; pág. 87.

detención provisional de manera arbitraria, y aquellos jueces y juezas acostumbrados a utilizarlo no lo motivan en argumentos serios³⁷⁵. Con todo, de conformidad a la encuesta de opinión tabulada en el Capítulo VII de la presente investigación, la frecuencia de hechos análogos tiene un bajísimo porcentaje de consideración como motivo para aplicar la prisión provisional, contando según el cuadro 11 solamente con un 12%.

4.5.4.3 *Antecedentes de la persona imputada*

Esta causal no obstante a la inexistencia de su regulación jurídica tiene arraigo en nuestra práctica forense, tomada por algunos jueces y juezas como presunción de fuga del imputado, con base a su conducta delictiva anterior, la cual se acredita por medio de constancias de antecedentes penales, informes de otros juzgados de procesos penales fenecidos, etc.. Este motivo además de su falta de fundamento legal contradice el Art. 17 de nuestra Constitucional, por el doble juzgamiento realizado. Su uso como motivo para decretar la detención provisional viene con seguridad de la fuerte influencia en el criterio judicial salvadoreño del derecho procesal penal español, donde la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, establece en su Art. 503, 1º, la autorización para acordarse la prisión provisional en delitos inferiores a dos años de prisión atendiendo los antecedentes penales del

³⁷⁵Un ejemplo de argumento de este motivo para decretar la detención provisional es el siguiente: "...considera el Suscrito que es necesaria y legalmente procedente la detención provisional por la frecuencia con que hechos análogos son cometidos en nuestra sociedad,.."; esta escasa motivación se encuentra en los expedientes judiciales del Juzgado quinto de instrucción de San Salvador, clasificados bajo los números 2, 3, 12, 15, 17, 24, 26, 27, 29, 43, 45, 53, 54, 60, 62, 73, 74, 82, 85, 90, 96, 98, 111, 125, 127, 133, 136, 137, 139, 141, 142, 144 y 145, correspondientes al año 2007. La anterior información tiene como fuente: CAMPOS AVALOS, Yazmin Elizabeth; *La Fundamentación del Auto de Detención Provisional*; Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador; 2008; Anexo tabla 2.3.

imputado, no cancelados ni susceptible de cancelación³⁷⁶. Según los resultados tabulados en el cuadro 11 de la Encuesta de Opinión que viene relacionándose, los antecedentes del imputado no es una respuesta significativa entre los especialistas encuestados, pues, sólo el 12% tiene como criterio de peligro de fuga este motivo.

4.5.4.4 *Reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva*

Estas causales de la detención provisional están reguladas en disposiciones dispersas; la reiteración delictiva aparece en el No. 3 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 4 del Art. 330 Pr. Pn. 2008); la reincidencia o habitualidad se regula para delitos de acción privada en el último inciso del Art. 6 Pr. Pn. 1996, estas dos últimas causales no aparecen reguladas en el Art. 8 Pr. Pn. 2008. Con todo, las presentes causales contradicen tanto la presunción de inocencia del Art. 12 de la Constitución, como la prohibición al doble juzgamiento establecido en el Art. 17 de la Constitución. En nuestro país, estas tres causales tienen un bajo porcentaje de aceptación entre los especialistas encuestados, según el cuadro 11 del Capítulo VII de la presente investigación, la reiteración tiene sólo un 16% de aceptación, así también la reincidencia y habitualidad un mismo 16%.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la prisión preventiva no debería ser utilizada para estos fines³⁷⁷. Dichas causales en la

³⁷⁶En relación a esta causal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, se transcribe esto: “En este apartado han de insertarse los antecedentes penales, sus conductas precedentes en relación con posibles rebeldías procesales, y también cualquier circunstancia personal susceptible de aportar datos significativos acerca de una posible fuga del inculpado...” –BARRIERO, Alberto Jorge; La Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...; ob. cit.; pág. 61.

³⁷⁷Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estas causales no responden a motivos legítimos para decretar la detención provisional, al respecto se cita lo siguiente: “En

legislación penal latinoamericana, en especial la de reiteración delictiva, son comunes para decretar la detención provisional³⁷⁸. Debido a tener sólo como referencia el comportamiento del imputado durante el proceso, incluso pudiendo el juez fundar la grave sospecha en el comportamiento en otros procesos, hay opiniones doctrinarias dirigidas a permitirse al menos un dictamen pericial para obtener datos objetivos de una probable futura conducta delictiva del imputado³⁷⁹. Por lo tanto, la reiteración, reincidencia y habitualidad delictiva convierten a la detención provisional en una pena anticipada, distorsionando su naturaleza cautelar procesal de medida precautoria y de aseguramiento de las resultas del proceso; este mismo criterio existe en la doctrina progresista española, señalando la reiteración delictiva fundamentada en las ideas de la peligrosidad³⁸⁰.

forma expresa en el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha negado la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos (no. 84). Con ello se desautorizó el peligro de reiteración como causal de detención preventiva, lo mismo que la prisión preventiva a los delincuentes habituales o a los reincidentes, causales asociadas a la prevención especial negativa y que en general son autorizadas en la legislación latinoamericana.” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 379.

³⁷⁸ Por ejemplo, en Costa Rica existen dos tipos de reiteración delictiva reguladas en el Art. 239 y 239bis Pr. Pn., al respecto se relaciona esto: *“Confróntese con el Art. 239bis incisos b) y c) del C.P.P. que se basan también en el peligro de reiteración delictiva, pero, a diferencia del peligro de reiteración delictiva contemplado en el Art. 239 inciso 2) del C.P.P., no se basan en el peligro concreto de reiteración delictiva, sino en una presunción de peligro de una reiteración delictiva, lo que incluso los hace más problemáticos...”* –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 383.

³⁷⁹ Esta es la opinión del siguiente autor: *“Es sabido que la prognosis de que el individuo continúe su actividad delictiva de imputables es difícil de ser llevada a cabo...y en realidad se necesitan de peritos para determinar dicho peligro; lo que ocurre por ejemplo con las medidas de seguridad...Todo ello hace que la causal de peligro de reiteración delictiva al no exigir para su dictado la realización de ningún dictamen pericial, descansa sobre bases poco firmes...”* –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado...; ob. cit.; pág. 383.

³⁸⁰ Así por se transcribe la siguiente opinión doctrinaria: *“Es indiscutible que se trata de un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta delictiva que se le imputa en el proceso y de las circunstancias del delito inculcado, se especula acerca de cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato. Se encausa, pues, en este caso la prisión provisional hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, simulándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el acusado haya*

Reflexión. La alarma social y la frecuencia de hechos análogos, no los regula por el momento el No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008; igual sucede con la reincidencia y habitualidad, no aparecen en el último inciso del Art. 8 Pr. Pn. 2008; y se guarda la esperanza de no volver a ser introducidos por vía de contrarreformas. La reiteración delictiva establecida en el No. 4 del Art. 330 Pr. Pn. 2008, podría ser declarada inaplicable, con base a la prohibición del doble juzgamiento (Art. 17 Cn.), y en la violación a la presunción de inocencia (Art. 12 Cn.), pues este criterio es un prejuzgamiento de culpabilidad. La práctica viciosa de valorarse los antecedentes penales del imputado, es un desacato a la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva, regulada en el Art. 4 Código Penal. Todo lo anterior, tiene asidero constitucional y legal, que llevados al hacer práctico forense abonarían a la excepcionalidad de la detención provisional en El Salvador.

4.6 ***A manera de conclusión***

La detención provisional es la medida cautelar más grave utilizada por el sistema judicial, pues tiene como medio la restricción del derecho de libertad física del imputado para lograr el fin de aseguramiento de las resultas del proceso, por tanto, su utilización debe estar justificada de acuerdo a sus presupuestos para decretarla –*fumus boni iuris, periculum in mora y obstrucción en la investigación*–, en correlación a sus características y a sus fines constitucionalmente legítimos.

aparentemente delinquirido, sino también en la evitación de que cometa nuevos delitos en tanto no llegue la fecha del juicio.” –BARRIERO, Alberto Jorge; La Prisión Provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...; Ob. cit.; pág. 69.

CAPITULO V

MOTIVACION DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR

Este Capítulo estudia la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional, según la competencia de cada tribunal de nuestro país para usarla. Se inicia con los temas básicos de la motivación para toda clase de resoluciones judiciales, tales como: breves datos históricos, sus corrientes doctrinarias, tipos de esquemas, funciones del principio de congruencia, explicación de la argumentación jurídica y base constitucional; además, se incluyen observaciones críticas tanto a la mínima dedicación a la enseñanza de estos temas en la Facultad de Derecho de la UES, como en la Escuela de Capacitación Judicial; y al uso de ideas ajenas en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional sin citar su fuente de origen.

5.1 *Temas básicos de la motivación de las resoluciones judiciales*

5.1.1 *Breves apuntes históricos sobre el deber de motivación*

La Motivación de las resoluciones judiciales es una de las exigencias primarias del modelo político democrático³⁸¹. Su historia se vincula a la

³⁸¹Con respecto a la motivación en el sistema democrático se relaciona la siguiente jurisprudencia de la Sala de lo Penal: *“En un sistema democrático, la inadecuada o falta de fundamentación de un fallo no solo hará procedente que las partes recurran en su contra, sino que además cabrá la crítica pública, pero argumentada y documentada de la sentencia, lográndose con ello que opere el control de la socialización de la sentencia que conduce a aceptar como legítimas a aquéllas que importan la particularización de la ley para resolver un conflicto específico basado en hechos razonablemente establecidos (Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 12-CAS-2006, de las 09:04 horas; del día 27/6/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador; El Salvador; 2008; pág. 26.

forma dominante de Estado según cada época, y por tanto, al tipo de modelo de proceso penal aplicado, es decir, en la práctica histórica de la motivación de las decisiones de los jueces se encuentra un referente del nivel de autoritarismo o democracia, a que han sido sometidas en su historia las diversas sociedades³⁸².

El deber de motivar las decisiones judiciales data del 27 de septiembre de 1774, durante el reinado de Fernando IV. Con el salto de calidad de la Revolución francesa de 1789, este deber obtuvo rango constitucional a través del Art. 208 de la Constitución francesa de 1795; pasando a ser regulada en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, y de esta manera transmitida al resto de países europeos³⁸³.

El moderno proceso penal acusatorio francés influenció rápidamente el derecho eurocentrista, por ejemplo, esta incidencia apareció en el Art. 87 de

³⁸²Esta relación de la motivación de las resoluciones judiciales con la forma de Estado es explicada por el siguiente autor: *“No cabe duda de que es así cuando se trata de un poder, de cualquier modo, absoluto; porque <<el estado se desequilibra y debilita>> si <<los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos>> de aquél. Pero tampoco el estado democrático, se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente genético. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente reducidas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal.”* –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; 1ª edición; Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ; San Salvador, El Salvador; 2003; págs. 84 y 85.

³⁸³Estos datos históricos se fundan en la siguiente cita literal: *“...Aunque se encuentren huellas de la motivación en las jurisdicciones estatutarias, en la eclesiástica de la Santa Inquisición y antes aún en la de los magistrados romanos, el principio de la obligación de reddere rationem de las decisiones judiciales, y específicamente de las sentencias, es rigurosamente moderno. Encarecida por Bacon y después por el pensamiento ilustrado, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 septiembre 1774; después por el art. 3 de la Ordonnance criminelle de Luis XVI de 1 de mayo de 1788; posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución francesa de 1795, y, por fin, recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos...”* –FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal...; ob. cit.; pág. 622.

la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal española, del 22 de diciembre de 1872, que ordenaba a los jueces aplicar una serie de reglas en la estructura de sus sentencias pronunciadas, tales como las siguientes: “2ª) Se consignarán en resultandos numerados los hechos que se estimaren probados y estuvieren enlazados en todas las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo”; y la regla 4ª que ordenó denominar cada párrafo de la sentencia como Considerando, debiendo los mismos contener: “Primero: Los fundamentos de la calificación legal de los hechos que se hubieren estimado probados...Segundo: Los fundamentos de la calificación legal de la participación que en los referidos hechos hubiere tenido cada uno de los procesados”³⁸⁴. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, vigente en cierta forma hasta la fecha³⁸⁵, el deber de motivar los autos se regula en el inciso final del Art. 141; y el ordinal 4º del Art. 142 exige consignar en las sentencias los fundamentos doctrinales y legales sobre: 1º) calificación jurídica de los hechos probados; 2º) participación de los procesados; 3º) circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes; y 4º) responsabilidad civil, costas y querrela calumniosa. En 1978 se estableció en el Art. 120.3 de la Constitución Española, que: “Las Sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”³⁸⁶.

³⁸⁴PEDRAZ PENALVA, Ernesto; *Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccionales*; en Revista de Ciencias Jurídicas. Derecho Constitucional. Derecho Penal. Educación Jurídica. Año 1. No. 4, noviembre; Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador; El Salvador; 1992; pág. 51.

³⁸⁵LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA (con sus múltiples reformas al día de hoy); Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; publicado en la Gaceta de Madrid, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1882.

³⁸⁶Con respecto al deber de motivación en la Constitución Española, Perfecto Ibáñez dice esto: “Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias (Art. 120,3), a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia, ha significado un cambio de paradigma. En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio...” –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; ob. cit.; pág. 85.

5.1.2 Corrientes jurídicas de la Motivación de las resoluciones judiciales

Existen tres corrientes jurídicas de esta actividad. La corriente *describicionista*, la cual concibe la motivación como una descripción del *iter lógico-jurídico* de la decisión tomada³⁸⁷. La corriente *justificacionista*, que mira la motivación como justificación de la decisión después de tomarse. Y una corriente *cognoscitivista*, creada por Luigi FERRAJOLI³⁸⁸. Estas tres corrientes de la motivación son identificadas en la opinión doctrinal siguiente:

*“...cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la <<individualización del iter lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a su decisión>>; el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo, que opera como racionalización a posteriori de la decisión previamente tomada. Ferrajoli a reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente cognoscitivo, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico...”*³⁸⁹

³⁸⁷A propósito de este término: *“indicación del iter formativo de la convicción, es decir, razonamiento lógico en el que se apoya la afirmación de la culpabilidad”* –ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 206. Esta misma doctrina es aplicada por la Sala de lo Penal de nuestro país, al decir: *“La fundamentación constituye un requisito sustancial de la sentencia, y si ésta no describe el iter lógico que ha formado el convencimiento del tribunal, así como las razones, y el sustento probatorio de cada decisión, aquélla se torna nula por falta de motivación. Art. 130, 362 No. 4 Pr. Pn.”* – Sentencia de Casación, SALA DE LO PENAL; Ref. 409-CAS-2004, de las 10:30 horas, del 28/11/2005. Consultada el 28/08/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm> (sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador).

³⁸⁸Según Ferrajoli la motivación es un acto cognoscitivo, pues: *“...la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas”* – FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal...*; ob. cit.; pág. 623.

³⁸⁹IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; *Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”...*; ob. cit.; pág. 88

5.1.3 Esquema de la motivación fáctica y motivación jurídica según la doctrina

La doctrina plantea el esquema de la motivación de las resoluciones judiciales dividido en la *motivación fáctica* y *motivación jurídica*; en virtud de la primera, el o la juez elabora un juicio sobre *la verdad o falsedad de los enunciados de los hechos*³⁹⁰, a través de su reconstrucción jurídica mediante la sana crítica de la valoración de la prueba, pues “*Las operaciones lógicas que integran el juicio de hecho tienen para el Juez como punto de partida los hechos alegados o afirmados por las partes. En relación a ellos el Juez debe realizar una inferencia inductiva que tendrá como premisa los resultados de su análisis crítico de la actividad probatoria de las partes.*”³⁹¹.

La *motivación jurídica* es la operación mental de la o el juez por la cual realiza la subsunción de los hechos en el derecho, que para el caso de la sentencia penal es un examen de los elementos objetivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), y subjetivos del delito (dolo y culpa); asimismo, de la pena impuesta, sus agravantes y atenuantes, eximentes de responsabilidad penal, la responsabilidad civil, y todo lo oportunamente alegado por las partes durante la audiencia oral³⁹².

³⁹⁰ Los hechos existen o no existen, pero sus enunciados pueden ser verdaderos o falsos, esto es la idea central de la siguiente cita: “*En consecuencia no es de hechos en sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y, así, los valores de verdad o falsedad sólo pueden predicarse de las correspondientes aseveraciones. Los hechos como tales no son verdaderos ni falsos, habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardarán o no una relación de correspondencia con la realidad...*” –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; “Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; ob. cit.; pág. 151.

³⁹¹ ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; *Ensayos Nº 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...*; ob. cit.; pág. 458.

³⁹² En ese sentido se cita el siguiente criterio de la Sala de lo Penal: “*la fundamentación jurídica, este momento corresponde al análisis –en los casos que proceda– de la calificación jurídica de la conducta desplegada por el acusado, así como la discusión sobre las*

La operación del razonamiento judicial de la *motivación fáctica* y *motivación jurídica* tiene como herramienta técnica los procedimientos lógicos del raciocinio (deducción, inducción, análisis y síntesis); y en este sentido, de conformidad a la doctrina del garantismo penal, la motivación fáctica y motivación jurídica se integran mediante tres tipos de inferencias: una inferencia inductiva, una deductiva y un silogismo práctico³⁹³.

En la anterior dirección, para una adecuada motivación fáctica y motivación jurídica la o el juez debe cultivar su pensamiento lógico, teniendo por ello la necesidad técnica de aprender a manejar los temas relativos al modo de operar del principio de razón suficiente en el derecho³⁹⁴, la teoría de la norma jurídica, calculo de proposiciones, tipos de implicaciones usuales en el derecho, control de logicidad, interpretación extensiva y

categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y la fundamentación de la pena, este apartado se dedica al estudio de los parámetros que de acuerdo con la ley corresponde definir sobre la naturaleza y el quantum de la sanción a imponer. Sobre esta línea de pensamiento es que se estatuye el art. 130 del Código Procesal Penal... (Sentencia de CASACIÓN de la SALA DE LO PENAL; Ref. 123-CAS-2006, de las 14:04 horas; del día 9/2/2007) –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 43.

³⁹³La articulación de estas tres inferencias son explicadas en la siguiente cita: “*En lo que respecta a la formulación del juicio de derecho, Perfecto Andrés Ibáñez, inspirado en la obra de Ferrajoli, expresa que frente a la representación del modo de razonar del Juez como un silogismo perfecto, cuyo exponente clásico fue Beccaria, en el mismo hay “no una inferencia, sino tres: una inferencia inductiva, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar, por ejemplo, que Fulano ha causado la muerte de Mengano; una inferencia deductiva, que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso del Código Penal, y permite afirmar, como conclusión, que Fulano ha cometido un delito de homicidio; y un silogismo práctico, que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (Fulano a cometido un homicidio; al homicidio corresponde tal pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto: Fulano deber ser condenado a tal pena.” –Escuela de Capacitación Judicial; Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; ob. cit.; pág. 489.*

³⁹⁴Acerca del principio de razón suficiente, se sugiere la consulta de las sentencias de la Sala de lo Penal, siguientes: Sentencia 353-CAS-2004, de las 11:00 horas; del día 24/6/2005; Sentencia 393-CAS-2004 de las 09:00 horas, del día 7/6/2005; Sentencia 566-CAS-2005, de las 10:10 horas del día 25/5/2007. Consultada el 27/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

analógica, relación entre implicado e implicante, máximas de experiencia, reglas de la sana crítica, y otros muchos temas más³⁹⁵; los cuales es para la mayoritaria opinión de los técnicos del derecho una tarea complicada, que requiere de una instrucción constante para su asimilación teórica y aplicaciones prácticas.

Por ejemplo, la lógica jurídica del deber ser de Hans Kelsen³⁹⁶, es una opción recomendable para comprender la relación implicante e implicado entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica; esta comprensión es útil en el análisis de la subsunción de los hechos en el derecho. Como es sabido, el supuesto jurídico de la norma es un hecho real, y la consecuencia jurídica es el enunciado de un hecho que no necesariamente existirá (en el derecho penal la consecuencia constituye la pena del delito), por tanto, la efectividad del derecho sólo se afirma en el cumplimiento de la consecuencia jurídica, y esto es el deber ser, algo debido orientado a un ser (cosa real)³⁹⁷.

³⁹⁵ Con respecto a la necesidad de la formación del pensamiento lógico de los jueces se transcribe lo siguiente: “...no debe soslayarse que la sentencia en cuanto contiene la operación intelectual del juzgador, dirigida a dar como resultado la formulación de una conclusión verdadera como fallo, debe corresponder a una relación concatenada y coherente de conceptos, juicios, raciocinios, y argumentaciones que, en el tránsito a la conclusión final, debe estar precedido por las leyes, formas y modos del correcto pensamiento humano, lo que se denomina como lógica... (Sentencia Definitiva de Casación; Sala de lo Penal; Ref. 257-CAS-2007, de las 09:31 horas del 14/8/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 28.

³⁹⁶ Kelsen no desarrolla un tema especialmente llamado lógica del deber ser, sino que esta lógica la utiliza como uno de los principios para construir su teoría jurídica, sin embargo, en su obra elemental la desarrolla en plena armonía de sistema. Al respecto se sugiere el estudio del tema *Derecho y Ciencia*, en KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*; ob. cit.; pág. 83 en adelante.

³⁹⁷ Lo antes expuesto se refuerza con lo siguiente: “Es más o menos conocido el hecho de que la relación entre las consecuencias jurídicas y sus supuestos legales tienen carácter de implicación –es decir-, que los supuestos son el implicante y las consecuencias jurídicas el implicado. Sólo que, de lo dicho hasta aquí se desprende que con una indicación tan general se reproduce la estructura de la relación lógica solo de una manera incompleta. Es

5.1.4 *Esquema de los motivos de hecho y de derecho según el Art. 130 Pr. Pn. 1996 (Art. 144 Pr. Pn. 2008)*

Según su definición gramatical, *Motivación es la acción y efecto de motivar; y Motivar significa: “Dar causa o motivo para algo //2. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”*³⁹⁸. El motivo jurídico es *“la causa, razón o fundamento de un acto. El motivo será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole...no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación...”*³⁹⁹.

Las anteriores acepciones gramaticales contribuyen a comprender mejor el esquema de la motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el inciso 1º del Art. 130 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 144 Pr. Pn. 2008), que dice: *“...La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas...”*; esta estructura de motivos de hecho y de derecho fueron propuestos en el siglo XIX por la Comisión de Codificación de los proyectos de ley española, para facilitar el recurso de Casación⁴⁰⁰. Además de facilitar el recurso de

decir que habrá de preguntar siempre cuál de los tres tipos diferentes de implicación es el que en cada caso se menciona...En el ámbito jurídico predominan las implicaciones intensivas...”—KLUG, Ulrich; *Lógica Jurídica*; 4ª edición; Editorial Temis S. A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1985, reimpresión 1998; págs. 58 y 59. Los tres tipos de implicaciones a que se refiere el autor en la cita transcrita son: la implicación intensiva (condición necesaria pero no suficiente); la implicación extensiva (condición suficiente pero no necesaria); y la implicación donde la condición es necesaria y suficiente (muy rara en el derecho, el nacimiento es uno de sus pocos ejemplos).

³⁹⁸ *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición; ob. cit.

³⁹⁹ OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas...*; ob. cit.

⁴⁰⁰ Esto es algo revelado por Pedraz Penalva en lo siguiente: *“Para preparar y facilitar en su caso el recurso de casación las sentencias definitivas habían de dividirse en dos partes: en la primera se consignaría el resultado de la causa con la declaración de la existencia del hecho punible, sus circunstancias y la participación que en él hubiere tenido cada uno de los acusados; y en la segunda, con la exposición de las razones correspondientes, se declararía el delito que constituyesen según la ley, el hecho afirmado en la primera parte, se haría la calificación legal de la participación que en el mismo hecho hubiera tenido cada uno*

casación, el esquema de los motivos de hecho y de derecho facilita el análisis jurídico del caso concreto, pues, inducir primero la existencia de los hechos, permite analizarlos en el contexto de su importancia para el derecho; este procedimiento lógico-jurídico es denominado por la teoría kelseniana como significación jurídica⁴⁰¹.

5.1.5 *Esquema de la motivación según la Sala de lo Penal: motivación fáctica, motivación jurídica, motivación descriptiva y motivación intelectual*

La Sala de lo Penal examina la fundamentación de las sentencias bajo el esquema dividido en la motivación fáctica, motivación jurídica, motivación descriptiva y motivación intelectual. En cuanto a la motivación en general, algunos criterios jurisprudenciales utilizados por esta Sala, la consideran una operación lógica realizada por el o la juzgador sentenciador, en la cual además de explicar las razones de su convencimiento acerca de la participación del imputado en el delito atribuido, posibilita el control judicial de esa decisión por el lado de los recursos ante las instancias superiores⁴⁰².

de los procesados, y se señalaría la pena a cada cual de éstos correspondiera...De este modo no se confundiría nunca la parte de la sentencia que podía ser impugnada como punto de derecho en el recurso de casación, con la que era firme e irrevocable como punto de hecho..." –PEDRAZ PENALVA, Ernesto; Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccionales...; ob. cit.; pág. 47.

⁴⁰¹Sobre la significación jurídica según Kelsen, a continuación se transcribe su opinión: "...Si se analiza, en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho –como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito-, cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el eterno acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir, la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho..." –KELSEN, Hans; Teoría Pura del Derecho...; ob. cit.; pág. 16.

⁴⁰²Este criterio de la Sala de lo Penal aparece en seguida: "La motivación de las decisiones judiciales, como garantía constitucional, consiste en una operación lógica mediante la cual el tribunal sentenciador explicará claramente el proceso mental que lo ha llevado a entender como probada, la participación del imputado en el delito atribuido, de manera que sea posible el control de la resolución por parte de un tribunal superior, todo ello, en aras de

Según la jurisprudencia de la Sala de lo Penal, en la motivación fáctica se establecen los hechos, reconstruidos mediante la prueba aportada de forma lícita en el proceso. Y la motivación jurídica es la adecuación o no de esos hechos en el derecho⁴⁰³.

En la sentencia el tribunal solo puede tener como elementos necesarios en la formación de su convicción judicial los hechos comprobados, por tanto, son relevantes para la calificación jurídica aquellos hechos acreditados mediante prueba legal, pertinente e idónea, reflejados mediante una *motivación probatoria*; la cual está dividida en una *motivación descriptiva*, referida a describir cada uno de los medios de prueba y los elementos de juicio aportados por los mismos; y en una *motivación intelectual*, que valora la prueba de forma interrelacionada y conjunta⁴⁰⁴. Según el criterio de la

potenciar la seguridad jurídica. Conforme a ello, la motivación, incluye, la obligación de justificar la calificación jurídica, la pena impuesta, conjugando en dicha labor intelectual, sustentada en un razonamiento lógico y jurídico, los elementos de prueba que lo llevan, si es el caso, a enervar la presunción de inocencia. (Sentencia de Casación de la SALA DE LO PENAL, Ref. 507-CAS-2006, de las 08:10 horas, del día 23/4/2004)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 20.

⁴⁰³ Este es el criterio de la Sala de lo Penal, contenido en lo siguiente: *“fundamentación fáctica, se determina la plataforma fáctica (hechos probados); conformado con el establecimiento de los hechos que positivamente se tengan como demostrados de conformidad con los elementos probatorios, que han sido legalmente introducidos al debate. Fundamentación jurídica, el juzgador realiza la tarea de adecuar o no el presupuesto de hecho al presupuesto normativo...(Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 94-CAS-2006, de las 15:20 horas, del 14/5/2007).”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 33.

⁴⁰⁴ Con relación a lo dicho se cita esta jurisprudencia: *“La necesidad y el deber de que los hechos acreditados en la sentencia tengan sustento en prueba legalmente incorporada al juicio, es lo que se denomina fundamentación probatoria, la cual a su vez se divide en dos: fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual. La Fundamentación probatoria descriptiva obliga al juez a señalar en la sentencia, uno a uno, cuáles fueron los medios probatorios conocidos en el debate y en su caso, el contenido de los mismos. Luego el Tribunal tiene la obligación de expresar en la sentencia la fundamentación probatoria intelectual, que es la apreciación de los medios de prueba y su vinculación con el resto de elementos de juicio obtenidos de otros medios de prueba.”* –Sentencia de Casación, SALA DE LO PENAL; Ref. 327-CAS-2004, de las 10:30 horas, del 25/2/2005. Consultada el 28/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

Sala de lo Penal, la motivación descriptiva y motivación intelectual tienen como finalidad permitir el control de lógica⁴⁰⁵. Si no existe la motivación fáctica, o es insuficiente; o bien, falta la motivación descriptiva por no realizarse el análisis de la prueba, en la cual se explique cada medio probatorio de manera separada; o falta la motivación intelectual por ausencia de la síntesis en la valoración de dicha prueba, o bien, siendo debidamente incorporado y acreditado un elemento de juicio esencial en el proceso, es omitido o ignorado por el tribunal⁴⁰⁶; todas estas situaciones son vicios de la sentencia que habilitan la Casación penal, según el No. 4 del Art. 362 Pr. Pn. 1996 (No. 4 del Art. 400 Pr. Pn. 2008).

5.1.6 *Funciones del principio de Congruencia en la motivación de las resoluciones judiciales*

El principio de congruencia tiene la función de articular la sentencia, la acusación y el auto de apertura a juicio, mediante las reglas de la contradicción del principio acusatorio, tales como: a) la necesaria fijación de los hechos, contenido y propósitos del debate; b) la coherencia de lo resuelto con las peticiones de las partes; c) las comunicaciones oportunas al

⁴⁰⁵En esencia esta Sala expone al respecto de la motivación descriptiva y motivación intelectual lo siguiente: *“la finalidad de dichos requisitos, incide en el control de lógica en la estructura de los razonamientos que justifican el fallo, para determinar, que cada conclusión es derivada del material probatorio, y consecuentemente se constituye con éstos, la razón suficiente de la decisión. (Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 296-CAS-2004, de las 11:20 horas, del día 16/7/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 26.

⁴⁰⁶Al respecto de transcribe el siguiente párrafo de una casación penal: *“De tal manera que si se omite el hecho histórico habrá falta de fundamentación fáctica; si hay defecto en el resumen o relación de la prueba y su contenido, hay falta de fundamentación probatoria descriptiva; y si hay omisión de valoración de la prueba, habrá falta de fundamentación probatoria intelectual. Asimismo, cabe señalar que si el tribunal valoró la prueba, pero aplicó indebidamente las reglas de la sana crítica se da una fundamentación intelectual insuficiente o ilegítima (Sentencia de LA SALA DE LO PENAL, Ref. 94-CAS-2006 de las 15:20 horas del día 14/5/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 33.

imputado para ejercer su defensa de circunstancias sobrevenidas, que puedan ampliar la acusación en su contra; y otras⁴⁰⁷. De conformidad al No. 8 del Art. 362 Pr. Pn. 1996 (No. 9 del Art. 400 Pr. Pn. 2008), la inobservancia de las reglas de la congruencia entre estos tres elementos (sentencia, acusación y auto de apertura a juicio), es un vicio de la sentencia que habilita la Casación penal⁴⁰⁸.

Sin embargo, la función de articulación de la congruencia, antes expuesta, no limita al tribunal juzgador apartarse de los planteamientos de las partes, pues éste no está obligado a compartir el criterio con base al cual se argumenta una petición determinada⁴⁰⁹, siempre y cuando la

⁴⁰⁷ Estas interrelaciones son planteadas por la Sala de lo Penal en el siguiente párrafo: “*En términos generales, el principio de congruencia, es la correspondencia entre la petición de las partes y la sentencia, lo cual a su vez hace concurrir lo que se conoce como la fijación del objeto del debate, que al mismo tiempo pretende preservar la vigencia del derecho de defensa. Este principio se fundamenta en el principio acusatorio, en virtud del cual el sentenciador únicamente puede resolver sobre el objeto del proceso. (Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 10-CAS-2005, de las 11:00 horas del día 19/8/2005)*” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2005; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2007; pág. 27.

⁴⁰⁸ Acerca de la dependencia de la congruencia con el principio acusatorio se transcribe lo siguiente: “*La congruencia implica que las sentencias deben ser correlativas o adecuadas a las peticiones formuladas por las partes en el proceso. Se fundamenta en el principio acusatorio, pues el tribunal sólo puede resolver aquello que ha sido objeto de acusación. La falta de congruencia de la sentencia puede producirse porque el tribunal se pronuncia sobre cuestiones que no podían abordar, al no haber sido planteadas y tener que ejercer su jurisdicción en los límites que marcan el principio acusatorio, o cuando deja de resolver cuestiones planteadas por las partes que venía obligado a resolver, supuesto de congruencia omisiva...*” –CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICIATURA; Comentarios al Código Procesal Penal; 1ª edición; Centro de Documentación y Reproducción bibliográfica, CNJ; San Salvador, El Salvador; 2003; pág. 276.

⁴⁰⁹ Esta particular relación del principio de congruencia con la motivación de la sentencia, la plantea la Sala de lo Penal así: “*Cuando la fundamentación de la sentencia se ha regido por las reglas de la lógica, particularmente por el principio de razón suficiente, y está apoyado en el mérito derivado de los elementos probatorios sobre los cuales descansa la plataforma fáctica determinada en juicio, es irrelevante para el recurso de casación el simple desacuerdo o diferencia de criterio que pudiese existir entre la defensa y tribunal proveyente. (Sentencia de a SALA DE LO PENAL, Ref. 330-CAS-2006 de las 10:00 horas*

fundamentación de la sentencia justifique de forma suficiente esta negativa judicial, lo anterior en correspondencia al principio *iura novit curia*. De igual manera, pueden surgir modificaciones en la calificación jurídica de los hechos, con o sin advertencia, siempre y cuando se resguarde plenamente el derecho de defensa del imputado⁴¹⁰. Además, la congruencia desempeña una función de legitimidad de la sentencia, pues, en su construcción deben observarse las reglas de tipo lógicas y jurídicas, destinadas a definir los hechos relevantes en el derecho, que han adquirido forma de hipótesis delictiva en la acusación, de tal manera que sólo en la base de los referidos hechos pueda existir una imputación definitiva, contra la cual el imputado haya tenido todas las garantías para defenderse, al respecto la Sala de lo Penal dice:

“...si la sentencia acoge un hecho del cual no se ha tenido la oportunidad de defenderse⁴¹¹, y de ello se deriva un perjuicio a la situación

del día 9/2/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 21.

⁴¹⁰Estas reglas de la congruencia son aplicadas por la Sala de lo Penal en la sentencia siguiente: *“En primer lugar, el principio de congruencia, es perfectamente compatible con el principio iura novit curia, o, denominado también, de apreciación jurídica oficiosa, pues el sentenciador no está obligado a aceptar los razonamientos jurídicos aducidos por las partes; siempre, claro está, que se trate del mismo cuadro fáctico formulado en la acusación y admitido en el auto de apertura a juicio. En segundo lugar, este principio tampoco impide que puedan conocerse y decidirse cuestiones de derecho que, de modo natural y homogéneo, resulten de aquellas planteadas por el peticionario. En ese contexto, no existe violación al derecho de defensa si el juzgador califica de modo distinto un hecho a lo solicitado, siempre y cuando se haga la advertencia de oficio que establecen los Arts.344 y 359 Inc.2º. Pr.Pn.. No obstante lo anterior, esta Sala es del criterio que a pesar de estar limitada la posibilidad de cambiar la calificación del hecho de manera distinta del que fuera objeto en la acusación, el sentenciador puede perfectamente realizar dicha operación, sin hacer la referida advertencia, con tal que no se produzca indefensión; es decir, que el nuevo precepto aplicable o la variación en la adecuación típica del hecho acreditado, no sea sorpresiva para la defensa, debido a la posibilidad por parte del defensor, de prever un encuadramiento jurídico de la misma índole.(Sentencia de la SALA DE LO PENAL; Ref. 141-CAS-2005; de las 11:45 horas, del 9/09/2005)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2005; ob. cit.; pág. 28.*

⁴¹¹Diferenciando la verdad histórica y la verdad procesal, Perfecto Ibáñez explica en lo siguiente, en cierta manera, la función legitimadora de la congruencia en la sentencia: *“Sin embargo, la actividad del juez suele diferenciarse de la del historiador en que versa en*

jurídica del imputado, la decisión estará viciada conforme al art. 362 No. 8 del Pr. Pn. No puede entonces legitimarse una condena que se base en un hecho del cual no pudo el imputado defenderse, por no estar comprendido en el dictamen acusatorio, en la ampliación de éste o en el auto de apertura al juicio (Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 492-CAS-2005, de las 15:00 horas, del día 27/6/2007)”⁴¹²

Por su lado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado en su jurisprudencia como fundamento del principio de congruencia los artículos 2 y 18 de la Constitución, señalando la necesaria correlación que debe existir entre lo resuelto por las autoridades judiciales y administrativas, con respecto a las pretensiones y peticiones debatidas de manera oportuna por las partes⁴¹³.

hechos recientemente acaecidos; lo que hace posible el acceso a fuentes más vivas de conocimiento. Hay también otra diferencia entre la verdad procesal y la verdad histórica; es que la producción de la primera está sujeta a ciertas reglas y consiste básicamente en la verificación de si han llegado a acontecer ciertos hechos tenidos por legalmente relevantes. En ese sentido es también una verdad formal. Sólo teniendo en cuenta estas particularidades puede aceptarse la afirmación de uso habitual de que el proceso tiene por objeto la afirmación de la verdad. Y eso siempre que a las consideraciones antes expuestas se añada otra, ya puesta de manifiesto por CARRARA; lo que se trata de verificar en el proceso es “la verdad de una proposición”. O sea, de un conjunto de preposiciones, relativas a actos humanos, articuladas en forma de hipótesis por la acusación.” –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; “Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; ob. cit.; pág. 62.

⁴¹²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007*; ob. cit.; pág. 44.

⁴¹³Así lo deja planteado la Sala de lo Constitucional en el párrafo siguiente: “*En cuanto al principio de congruencia, la Sala de lo Constitucional quiere expresar que todas las resoluciones judiciales o administrativas, por el art. 2 de la Constitución, tienen que ser claras y precisas, resolviendo sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos en las etapas procedimentales oportunas. El juez o autoridad deberá ceñirse estrictamente a las peticiones efectuadas por las partes oportunamente, sin que se advierta la falta de correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. En efecto, aunque el artículo 2 no lo indique expresamente, las contestaciones a las pretensiones o peticiones deben ser congruentes con éstas, pues resulta violatoria del derecho constitucional de petición el hecho que la respuesta producida por la autoridad sea incongruente respecto a lo requerido oportunamente. (Sentencia de AMPARO, Ref. 644-2003, de las 12:15, del día 8/3/2005)” –*

Puede recapitularse, diciendo que la sentencia forma una unidad en lo diverso con cada una de sus partes, donde su motivación constituye la síntesis de los resultados principales del proceso, teniendo el principio de congruencia las funciones de articular la sentencia, acusación y auto de apertura a juicio, y legitimar su eficacia y validez, por tanto, la congruencia es un principio epistemológico y jurídico que tiene por objeto limitar la facultad de decisión de la o el juzgador a los hechos controvertidos y a las pretensiones y peticiones de las partes⁴¹⁴, teniendo todo este procedimiento como fundamento constitucional los artículos 2 y 18 de la Constitución.

5.1.7 *Argumentación jurídica de la motivación de las resoluciones judiciales*

Otro elemento esencial de la motivación de las resoluciones judiciales es su *argumentación jurídica*, con la cual se fundamenta cada uno de sus tipos (fáctica, jurídica, probatoria). La argumentación jurídica es el conjunto de argumentos y subargumentos interconectados para construir premisas que hagan defendible la conclusión contenida en la decisión judicial⁴¹⁵. En

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; ob. cit.; pág. 142.

⁴¹⁴ Este es el criterio de la Sala de lo Penal, expresado a continuación: “Además cabe anotar, que con base al Principio de Unidad Lógica, la sentencia es un todo armónico que no puede verse de forma aislada, por ello no se advierte agravio alguno, pues la providencia cuestionada contiene la enunciación del hecho acreditado...cabe acotar que el “Principio de Congruencia”, está dirigido a las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por las partes procesales en el contradictorio, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico.” –Sentencia de Casación, SALA DE LO PENAL; Ref. 123-CAS-2006, de las 14:04 horas, del 9/2/2007. Consultada el 30/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

⁴¹⁵ Esa afirmación se basa en el párrafo transcrito en seguida: “...Podemos definir la noción de “argumentación” como aquél texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y subargumentos enlazados, de manera tal que alguno de ellos resultan el fundamento para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la

las decisiones judiciales el argumento central debe responder el cómo debe solucionarse la controversia planteada, esta solución puede consistir tanto en darle la razón a una de las partes sobre algún punto planteado durante el proceso, como en el fallo de la sentencia definitiva⁴¹⁶. Luego de inferirse la conclusión, ésta debe revestirse de los enunciados normativos que contienen, como soluciones, las consecuencias jurídicas originadas por los hechos controvertidos; en este sentido, la técnica de la argumentación recomienda transcribir el artículo (o artículos) utilizados como premisas normativas⁴¹⁷.

componen. En toda argumentación encontramos uno o varios argumentos cuya conclusión es la tesis central que se pretende defender, y una cantidad variable de otros argumentos cuyas conclusiones son las premisas que se emplean en aquellos... –BONORINO, Pablo Raúl; La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual; 1ª edición; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, El Salvador; 2004; pág. 16. Otra opinión doctrinal sobre la argumentación jurídica es la siguiente: *“La Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico”* –GASCÓN ABELLÁN, Marina, y otro; Interpretación y Argumentación Jurídica; 1ª edición; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, El Salvador; 2003; pág. 27.

⁴¹⁶ Acerca de lo escrito arriba se documenta en lo siguiente: *“...se pueden hacer algunas recomendaciones generales que se deben tener en cuenta para reconstruir la argumentación contenida en una sentencia judicial. En primer lugar puede resultar de utilidad tener en cuenta las cuestiones (o preguntas) que habitualmente se deben resolver en una sentencia. La pregunta que permite reconstruir el argumento central se puede formular en términos generales de la siguiente manera: “¿cómo se debe solucionar la cuestión que motivó el proceso?”. Antes de comenzar la tarea de reconstrucción habrá de precisar qué tipo de caso es el que se ha planteado en la sentencia a analizar. La respuesta que se ofrezca para esta pregunta –ubicada en la parte resolutive de la sentencia- es la conclusión del argumento central.”* –BONORINO, Pablo Raúl; La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual; ob. cit.; pág. 23.

⁴¹⁷ Pues, el argumento jurídico debe basarse en el contenido del artículo, no en su numeración, así lo explica lo siguiente: *“Una vez identificada la conclusión, y teniendo en cuenta que en una sentencia se debe aplicar el derecho para resolver la cuestión central, se debe identificar el (o los) enunciados normativos que constituyen una parte fundamental del conjunto de premisas del argumento central...Al reconstruir su argumentación debemos utilizar la formulación completa del enunciado normativo que se nombra en la sentencia, pues es ella –y no su nombre- la que cumple la función de premisa.”* –BONORINO, Pablo Raúl; La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual; ob. cit.; pág. 23 y 24.

En la argumentación jurídica el enunciado establecido como premisa fáctica representa la existencia de los hechos, de los cuales sólo tienen importancia en el procedimiento lógico de reconstrucción aquellos hechos constitutivos de supuestos jurídicos, contenidos previamente en la norma aplicable⁴¹⁸. Debe saberse identificar en la argumentación todos sus elementos, ya que “...Sólo debemos introducir... los enunciados que cumplen la función de premisas o conclusiones, pues son los únicos relevantes para determinar la solidez de la argumentación.”⁴¹⁹

Para finalizar, una vez elegidas las premisas del argumento central, éstas deberán desarrollarse con subargumentos. La argumentación jurídica tendrá mayor o menor nivel de dificultad de acuerdo a la contradicción opuesta por cada una de las partes, y además, por el objeto específico de la controversia, de ahí se deriva el papel fundamental desempeñado por los argumentos de la defensa y acusación, así como de los medios de prueba para acreditar dichos argumentos, pues las intervenciones contradictorias acreditadas deben tener una incidencia activa en la formación de la convicción judicial⁴²⁰, de esa manera el o la juez deberá enfocar su esfuerzo

⁴¹⁸Esta aplicación en el derecho, de la regla elemental de la lógica sobre enunciados, la expone el siguiente autor: “Pero los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de pura realidad en bruto. La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *theman probandum* de un eventual proceso se debe a la razón (artificial) de que interesan, es decir, son relevantes, para el derecho; que por eso, los ha preseleccionado en abstracto como integrantes del supuesto de hecho de alguna norma, asociando a ellos consecuencias jurídicas para el caso de que llegaran a producirse en concreto. Es lo que, a su vez, determina que pueda nacer en alguien el interés por afirmar y probar su existencia o su inexistencia. De esta manera y por esta vía es como los hechos pueden llegar a adquirir estatuto procesal, es decir, al ser contenido de ciertos enunciados, como materia semántica y, siempre, porque se les tiene por jurídicamente relevantes.” – IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; “Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; ob. cit.; pág. 150.

⁴¹⁹BONORINO, Pablo Raúl; *La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual*; ob. cit.; pág. 24.

⁴²⁰El debate contradictorio de las partes constituye un método de reconstrucción de hechos, esta dialéctica es planteada en la cita siguiente: “...el sistema se orienta básicamente a

de reconstrucción argumentativa en las cuestiones más polémicas suscitadas entre las partes⁴²¹, siguiendo la valoración de los medios de prueba según las reglas lógicas, psicológicas y máximas de experiencia de la sana crítica. Al respecto se cita el siguiente criterio de la Sala de lo Penal:

“La Argumentación de las resoluciones judiciales, como tal, supone entre otras cosas la expresión de la valoración probatoria que le merece al a quo cada uno de los elementos de prueba que vertió en el juicio, siendo necesario que éste exprese a través de un análisis lógico, conforme a las reglas de la sana crítica y sobre la base de los mismos niveles de intelecto judicial que el momento procesal demanda, la acreditación o no que le merece cada uno de los elementos de cargo y de descargo, no siendo necesario que dicho estudio sea exhaustivo, ya que el deber de motivación no exige al juzgador una determinada extensión, intensidad y alcance en el

hacer coincidir la realidad procesal con la realidad empírica. A esta finalidad responde de manera sustancial la vigencia del principio de contradicción, que, en contra de lo que parece convencionalmente sugerirse, implica bastante más que un cuadro de reglas de juego, puesto, que, en realidad, instaura un método, el más acreditado, de averiguación de la verdad...Esta dimensión de método es determinante, en el sentido de que el desconocimiento de sus exigencias, sea por obra del legislador o de la actitud del juez, reduce o excluye en la misma medida la aptitud del proceso como medio para alcanzar una verdad en materia de hechos...” –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; “Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; ob. cit.; pág. 149.

⁴²¹ Acerca de lo dicho se transcribe esto: *“Identificadas las premisas del argumento central lo que queda por hacer es identificar los argumentos con los que se apoyan dichas premisas –y las premisas de esos argumentos si las hubiere-. En algunos casos las partes discuten en torno a la verdad o falsedad de la premisa fáctica, en otros sobre la conveniencia de emplear ciertas normas jurídicas en lugar de otras, o incluso sobre cómo deben ser interpretados los enunciados normativos relevantes. Las sentencias judiciales reflejan de manera indirecta estas discusiones. Aquellas cuestiones que no generaron polémica durante el proceso no suelen requerir extensas argumentaciones del juez cuando las resuelve. Pero aquellas otras en las que se produjeron desacuerdos profundos entre las partes, con la consiguiente formulación de argumentaciones en sentidos opuestos, exigen del juez o tribunal un desarrollo más amplio. Esto se traduce en una gran cantidad de subargumentos y en la proliferación de distintos niveles en el seno de su argumentación.”* –BONORINO, Pablo Raúl; La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual; ob. cit.; pág. 24

razonamiento empleado. (Sentencia de la SALA DE LO PENAL; Ref. 339-CAS-2006, de las 11:41 horas, del día 27/3/2007.)⁴²².

5.1.8 Fundamentos constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales según la Sala de lo Constitucional

No obstante a la falta de norma expresa en la Constitución de nuestra Republica, de un derecho a resoluciones fundadas, como sucede con el Art. 120.3 de la Constitución Española, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha consolidado en su jurisprudencia los fundamentos constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales.

De esa manera, la motivación de las resoluciones judiciales adquiere relevancia constitucional por su vinculación con la seguridad jurídica y el derecho de defensa, regulados en los artículos 2 y 12 Cn.. Por sus diversas funciones el acto de motivar las decisiones judiciales⁴²³, inhibe la arbitrariedad judicial⁴²⁴ al constituir una garantía del sometimiento de la o el

⁴²²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007*; ob. cit.; pág. 22.

⁴²³La motivación desempeña distintas funciones, entre las cuales están reconocidas por la Sala de lo Constitucional las siguientes: “satisfacer el requisito de publicidad, establecer la razonabilidad de la decisión, permitir la efectividad de los recursos y poner de manifiesto la sumisión del juez a la Constitución y a la ley...(Sentencia de Hábeas Corpus; Ref. 1-2006, de las 12:07 horas, del día 15/01/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; *Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007*; ob. cit.; pág. 207.

⁴²⁴Con relación a la arbitrariedad de las decisiones se cita el autor siguiente: “...se considera como arbitraria aquella resolución que: 1) Provenga de una disposición no vigente, es decir, derogada; 2) No hace alusión a los hechos del pleito y su prueba; 3) Consagre conceptos imprecisos, de los cuales no aparece ni la norma general aplicada, ni las circunstancias del caso; 4) Omite por completo los fundamentos de hecho y de derecho o cuando son insuficientes; y 5) Adolece de errores inexcusables como, por ejemplo, la mala aplicación del Derecho o la apreciación equivocada de los hechos y las pruebas” –PINO SALAZAR, Federico Edmundo; *La Fundamentación de las Resoluciones Judiciales en el Proyecto de la Ley Procesal de Familia*; en *Revista del Ministerio de Justicia*; 4ª Época-No 2; Centro de Información Jurídica; San Salvador, El Salvador; 1994; pág. 74.

juez a la Constitución y la ley, en virtud de la seguridad jurídica. El derecho de defensa potencia el control judicial mediante los recursos⁴²⁵. En ese sentido, cualquier acto transcendental de decisión judicial tomado por el o la juez sin la debida motivación, provocara en consecuencia un agravio constitucional a la seguridad jurídica y al derecho de defensa, aún en el caso si el agravio tuviera base legal, tal como acontece con la obligatoriedad de la detención preventiva para un buen número de delitos, regulada en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), tema tratado en el próximo Capítulo VI de la presente investigación académica. En relación a lo antes expuesto la Sala de lo Constitucional, dice:

“La reiteración en la jurisprudencia de esta Sala sobre la importancia del deber de motivación se ha hecho depender de dos derechos fundamentales; la seguridad jurídica, que inhibe la arbitrariedad del poder público y específicamente de sus funcionarios en su ejercicio; y del derecho de defensa en juicio, el cual permite enfrentar en un proceso constitucionalmente concebido, al poder sancionador del Estado, y además habilita la contradicción procesal, permitiendo que las partes, al acudir al órgano jurisdiccional con pretensiones contrapuestas, puedan ubicarse en un plano que le garantice la igualdad. (Sentencia de HÁBEAS CORPUS, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas, del día 30/05/2007)”⁴²⁶

⁴²⁵Esta condición de la motivación de las resoluciones judiciales es resaltada como el objetivo primario de esta actividad, en la siguiente opinión: *“No cabe duda que ese razonamiento coherente entre los hechos y la Ley es para convencer a las partes que la decisión acogida es la correcta, pero el objetivo primario y superior es fiscalizar y controlar las sentencias del juzgador y minimizar en lo posible, que las resoluciones sean arbitrarias, caprichosas o parcializadas. Sobre este punto, Reichel nos indica que los “fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto, no sólo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o capricho”* –PINO SALAZAR, Federico Edmundo; La Fundamentación de las Resoluciones Judiciales en el Proyecto de la Ley Procesal de Familia; ob. cit.; pág. 74.

⁴²⁶CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; pág. 209. Con lo dicho, este tema solo queda esbozado, pues hay muchos otros aspectos igualmente importantes, como la motivación suficiente a partir

5.1.8.1 *Ideas ajenas y extranjeras sin fuente de origen insertadas en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional*

La cita de las fuentes utilizadas en un documento, opinión o argumento es una exigencia de rigurosidad científica, que permite al lector tener en cuenta el pensamiento aplicado; lo anterior vale para todo tipo de producción intelectual en el arte y literatura, incluyendo las resoluciones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en su faceta de creadora de cultura jurídica.

En muchas de sus sentencias la Sala tiene el cuidado de mencionar el autor de la idea en la cual está basando alguno de sus argumentos⁴²⁷, sin embargo, es lamentable para el prestigio de nuestra jurisprudencia constitucional salvadoreña la existencia de resoluciones en las cuales se insertan opiniones de autores sin citar su fuente de origen; esta penosa

de la expresión de los elementos esenciales del criterio jurídico aplicado, para lo cual se sugiere el estudio de la Sentencia de hábeas corpus, Ref. 207-2006, de las 12:01 horas, del 18/05/2007; la satisfacción del mínimo razonable y la congruencia, sin necesidad de una exhaustiva exposición (Sentencia de AMPARO, Ref. 331-2006, de las 14:00 horas, del 14/12/2007); aplicación del principio de economía procesal ante diversas peticiones de las partes (Sentencia de AMPARO, Ref. 331-2006, de las 14:00 horas, del 14/12/2007); etc.

⁴²⁷ Como por ejemplo en el siguiente párrafo, a propósito de la motivación de las sentencias: *"...esta Sala advierte que los Jueces que han intervenido y se han pronunciado sobre la adopción de la medida, no cumplen con lo exigido por el art. 489 Pr.Pn.*, y de ese modo incurrir en una infracción constitucional, ya que si bien no aparece expresamente en nuestra Constitución una disposición que exija la motivación de las resoluciones, esto puede desprenderse de la seguridad jurídica y defensa de los favorecidos. Razonamiento que confirma doctrina que anteriormente ha utilizado esta Sala en resoluciones semejantes, pues tal como señala Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, el exigir la motivación no debe considerarse un mero formalismo procesal, sino que "fundamenta y apoya el principio de legalidad; y sobre todo facilita a los interesados los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que el ciudadano pueda saber el por qué de su pretensión, y en todo caso posibilitando un recurso o un remedio procesal. Siempre que dicha motivación sea lo suficientemente clara y concisa, para que sea comprensible, no sólo al técnico jurídico, sino también al ciudadano en general" (*se refiere al Art. 489 del Pr. Pn. 1974) –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 20-A-96/18-R-96 (acum.) de las 11 horas del 15/07/1996. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>*

observación ya ha sido puesta de manifiesto en el año 2004, por uno de los magistrados suplentes de la Sala de lo Constitucional, quien hoy en día ostenta el mismo cargo en propiedad, al respecto ese señalamiento dice lo siguiente:

“Por culpa de la prisa surgida en las últimas setenta y dos horas en que los distinguidos magistrados han patrocinado la emisión de esta sentencia, han incurrido en errores durante ese proceso electrónico de "cortar y pegar". Así encontramos por ejemplo que algunos párrafos de los "considerandos jurídicos" han sido copiados textualmente del informe rendido por el Honorable Presidente de la República, sin hacer, como se estila, una identificación de la fuente cuando el argumento no es obra del Juez (véanse en página 18 el romano III, párrafo segundo de la letra B y compárese con el párrafo cuarto en la página 7; también, véase inicio del primer párrafo de la página 19, siempre en el romano III y compárese con el literal "d" en la página 9),”⁴²⁸

Según la anterior opinión, los magistrados de la Sala de lo Constitucional firmantes de la sentencia referida, actuaron complaciendo los intereses políticos del gobierno de turno. Con todo, también existen otras resoluciones donde se lesiona la cultura del pensamiento jurídico salvadoreño, debido al autoengaño de presentar como producción nacional el plagio de ideas ajenas y extranjeras; como por ejemplo el siguiente caso:

“(...) la exigencia de motivación no llega a extremos tales de exigir una exposición extensa y prolija de las razones que llevan al juzgador a resolver en tal o cual sentido, ni tampoco requiere de la expresión completa del

⁴²⁸Voto razonado emitido en el año 2004, por el entonces Magistrado suplente de la Sala de lo Constitucional Sidney Blanco en Sentencia Definitiva de INCONSTITUCIONALIDAD, Ref. 26-2004, de las 9:00 horas del día 25 de octubre de 2004. Consultada el 8/09/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

*proceso lógico que el Juez utilizó para llegar a su decisión, ni es imprescindible una descripción exhaustiva de lo que se consideró probado, dado que basta con exponer en forma breve, sencilla pero concisa, los motivos de la decisión jurisdiccional, de tal manera que tanto la persona a quien se dirige la resolución, como cualquier otro interesado en la misma, logre comprender y enterarse de las razones que la informan."*⁴²⁹

La anterior idea es de uso habitual en procesos de hábeas corpus y demandas de amparo, para argumentar la significación de la motivación suficiente de las resoluciones judiciales, que si bien es cierto evita el fusilamiento literal, también evita referir este criterio a su origen en la doctrina y jurisprudencia española; al respecto se transcribe el siguiente párrafo donde aparece su verdadero autor:

*"La motivación de las decisiones no implica una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado al juez a resolver en un sentido determinado, ni le impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, por el contrario, que la motivación cumpla con la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada aplicación de la ley, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de recursos previstos en el ordenamiento jurídico"*⁴³⁰

En resumen, el señalamiento antes expuesto no pretende alardear de un academicismo erudito, del cual carece por supuesto el presente trabajo,

⁴²⁹ Sentencia de Hábeas Corpus; Ref. 207-2006, de las 12:01 horas del día 18/05/2007. Consultada el 10/09/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial, Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jlibre.htm>

⁴³⁰ PEDRAZ PENALVA, Ernesto; *Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccionales*; ob. cit.; págs. 64 y 65

sino llamar la atención a las expresiones intelectuales acomodaticias en el derecho salvadoreño, incrustadas hasta en los tribunales de alto nivel de nuestro país, en este sentido procede terminar con la siguiente nota:

*“Una reflexión final: desgraciadamente, en el presente caso, se pone de manifiesto que la experiencia acumulada por los distinguidos magistrados que suscriben la sentencia, su condición de catedráticos universitarios como transmisores de ideas y valores a las futuras generaciones, han quedado desplazados a un segundo plano; así también, en mi opinión, uno de los pilares que sustentan la actividad de los jueces, como es la independencia, no estuvo presente a la hora de decidir este caso.”*⁴³¹

Dicho sea de paso, en el *“Proyecto de Código de Ética Judicial”* la Motivación está propuesta como un tema elemental para la conducta ética de la y los juzgadores, dedicando un tratamiento amplio contenido desde el Art. 20 hasta el Art. 32, en los cuales se exige la *“motivación fundamentada en la ley, coherente con la jurisprudencia, doctrina legal y de tratadistas de la materia que se trate”* (última parte del Art. 20 Proyecto de Código de Ética judicial)⁴³². Este referido Proyecto de Código de Ética Judicial, en el Art. 23 propone como actitud ética la defensa de la independencia judicial en el contenido de la motivación de la sentencia y resoluciones judiciales, donde el o la juzgador debe resistir toda influencia política, económica o social, para no afectar la debida decisión tomada conforme a derecho y justicia. No obstante a su importancia, el proceso de consulta de este Proyecto de Código de Ética Judicial no goza en la comunidad jurídica de la difusión necesaria.

⁴³¹Sidney Blanco en Sentencia Definitiva de INCONSTITUCIONALIDAD, Ref. 26-2004, de las 9:00 horas del día 25 de octubre de 2004; ob. cit.

⁴³²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; *Proyecto de Código de Ética Judicial*; Anteproyecto recibido en Corte Plena y autorizado para consulta; 18 de abril de 2007.

5.1.9 *Mínima enseñanza de los temas de la motivación, fundamentación y argumentación en la Facultad de Derecho de la U.E.S.*

No obstante a su transcendencia en el sistema democrático constitucional de derecho, la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales en nuestra Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador todavía no gozan del lugar que les corresponde como temas centrales en la enseñanza básica del derecho. De un rastreo sobre trabajos de graduación elaborados en los últimos 15 años, relativos a la fundamentación de la detención provisional, y temáticas afines, se encontraron en la Biblioteca de la Facultad registros de unos pocos, y tan sólo uno de ellos trata el tema. Estas tesis de grado son:

-La Prisión Provisional una Aproximación desde la Perspectiva de un Sistema Procesal Penal en un Estado Constitucional de Derecho; Oscar Alirio CAMPOS VENTURA, y otros; octubre de 1995. Describe la regulación de la prisión preventiva en el Pr. Pn. 1974; y desarrolla la tesis de la detención provisional como pena anticipada;

-La Libertad del Imputado como Regla General y la Detención Provisional como Caso de Excepción y Otras Medidas Alternativas a la Detención Provisional Enfocadas desde los Tratados Internacionales Vigentes en El Salvador; Juan Francisco MENÉNDEZ TERAN, y otros; marzo de 1997. Expone alguna doctrina sobre la detención provisional; y realiza un estudio comparativo de su regulación jurídica en el Pr. Pn. 1974 y en el Pr. Pn. 1998.

-Las Consecuencias que Genera la Inaplicación de las Medidas Sustitutivas a la Detención Provisional; Clara América GARCÍA MARTÍNEZ, y otros; junio de 1997; considera las medidas cautelares una especie de “Proceso cautelar”; busca resolver el problema de la inaplicabilidad de las

medidas sustitutivas de la detención provisional como una violación a la libertad y las garantías constitucionales.

-Limitaciones Legales y Doctrinarias en la Aplicación de Medidas Sustitutivas de la Detención Provisional; Cesar Roberto RODRÍGUEZ, y otro; abril de 1998; este trabajo refleja la transición del derogado Pr. Pn. 1974 al Pr. Pn. 1996, aporta al criterio judicial la doctrina de la regulación jurídica de las medidas sustitutivas de la detención provisional.

-Detención Provisional ¿Medida Cautelar o Pena de Prisión?; Carlos Alberto MARTELL BRIZUELA, y otros; noviembre de 2003; tiene como uno de sus objetivos generales demostrar el impacto negativo de la detención provisional en la presunción de inocencia.

-Eficacia del Proceso de Hábeas Corpus en la Protección de la Dignidad Humana de las Personas en Detención Provisional; Violeta Emperatriz ASCENCIO DIAZ, y otros; abril de 2004; expone la Dignidad Humana y el proceso de Hábeas Corpus en relación con la prisión provisional; una de sus conclusiones afirma que el proceso de Hábeas Corpus no es eficaz para la protección de las personas en detención provisional.

-La Fundamentación del Auto de Detención Provisional; Yazmin Elizabeth CAMPOS AVALOS; noviembre de 2008. Construye una definición teórica de los conceptos *Motivación de las Providencias Judiciales* y *Motivación del Auto de detención provisional;* y, además, realiza un contraste entre la teoría tradicional y la teoría del garantismo penal sobre la prisión preventiva.

De la muestra significativa de siete investigaciones académicas antes citadas, puede concluirse que los temas de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales han sido muy pocos

investigados en los últimos años en nuestra Facultad de Derecho como trabajos de graduación para optar al grado académico de Licenciado/a en Ciencias Jurídicas.

De igual manera, se solicitaron en la Administración Académica local los programas de estudio correspondiente al Plan 2007⁴³³, acerca del Derecho Procesal I, II y III; Derecho Procesal de Familia; Derecho Procesal Penal I y II; Derecho Procesal Laboral; Derecho Procesal Administrativo y Derecho Procesal Constitucional; y en ninguno de los contenidos temáticos de los anteriores Programas de Estudio se incluye la enseñanza de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales como temas básicos de aprendizaje del derecho.

Por otro lado, en una encuesta de opinión realizada en el año 2008, a 50 estudiantes de la facultad, entre los niveles de cuarto y quinto año y egresados, aparece la agradable noticia que un 74% de encuestados respondió haber recibido clases de la fundamentación de las resoluciones judiciales, en las áreas de derecho procesal, derecho procesal penal, derecho procesal civil y Teoría General del Proceso⁴³⁴.

⁴³³El contenido de estos programas de estudio puede verificarse en el Anexo 3 del presente trabajo: *“Anexo 4. Programas de estudio de las distintas cátedras en las ramas del Derecho Procesal impartidas en la Facultad de Derecho de la UES”*

⁴³⁴Las respuestas de los estudiantes encuestados relativas al tema de la enseñanza de la motivación de las resoluciones judiciales en nuestra Facultad se explica en lo siguiente: *“Según las respuestas a la pregunta uno, el 74% de los encuestados sí recibió clases sobre el tema: “fundamentación de las sentencias”; el 26% no las recibió; quienes respondieron afirmativamente, opinó el 27.03% que el tema fue recibido en la cátedra de derecho procesal civil, el 27.03% en la de derecho procesal penal, el 13.51% tanto en la cátedra procesal civil como en la de procesal penal, el 13.51% en la Teoría General del Proceso, el 2.70% en la materia de Derecho Procesal, y el 2.70% en los cursos procesal civil, procesal penal y Teoría General del Proceso; el 13.71% se abstuvo de opinar. (ver Tabla 1.1 y Tabla 1.2 del Anexo 1)”* -CAMPOS AVALOS, Yazmin Elizabeth; *La Fundamentación del Auto de Detención Provisional*; ob. cit.; pág. 77.

En otra pequeña muestra de 15 estudiantes, 5 por cada uno de los tres grupos de clases de quinto año, encuestados por la presente investigación académica en agosto de este año 2010, según su primera pregunta el 40% afirmó que había recibido clases de los temas de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales, el 40% que no, y el 20% alguna. En la pregunta dos se consultó sobre trabajos ex-aulas en relación a los temas antes referidos, respondiendo el 66,66% no haber recibido esta solicitud de sus catedráticos; y el 33,33% sí haber elaborado trabajos de este tipo a solicitud de sus profesores. La respuesta de la pregunta 3, con respecto a referencias por parte de los catedráticos durante sus clases impartidas sobre los temas aquí examinados, el 53,33% dice que al menos uno de sus profesores les sugirió, comentó o dedicó algún tiempo a estos temas; y el 46,66% dice no haber recibido ningún comentario.

Como se observa en todos los indicadores antes relacionados, en nuestra Facultad no existe un estudio sistematizado de la enseñanza de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales; esta situación tiene cierto grado de impacto negativo en el desarrollo de esta actividad en la práctica forense salvadoreña, pues, la inercia de la mínima dedicación en la enseñanza académica de los futuros profesionales formados por nuestra Facultad en estas áreas jurídicas, no contribuye a elevar la calidad técnica en el tratamiento práctico de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales en El Salvador. Con todo, en la pregunta 4 de la encuesta realizada por este trabajo, el 100% de estudiantes encuestados respondió sí considerar importante el estudio de dichos temas. Asimismo, según las respuestas a las preguntas 5 y 6, el 100% de estudiantes recomiendan, tanto a los responsables de elaborar los planes de estudio como a los catedráticos,

incluir más horas clases a su enseñanza en estas temáticas; todo lo último mencionado expresa la necesidad y el interés de los estudiantes encuestados por cultivarse en estos temas⁴³⁵.

5.1.10 *Mínima enseñanza de los temas de la motivación, fundamentación y argumentación en la Escuela de Capacitación Judicial*

Sin embargo, la debilidad en el estudio de estos temas no se reduce a la formación académica de los estudiantes de derecho de la UES, este grave problema también resalta en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.

De esta manera, el 15 de julio del presente año 2010, se solicitó a la Dirección de la Escuela de Capacitación Judicial información sobre los cursos de capacitación dirigidos a Magistrados, Jueces, Fiscales y Abogados particulares, acerca del tema de la motivación de las resoluciones judiciales y otros temas afines o complementarios; el 22 del mismo mes se recibió por escrito la respuesta, que en relación a lo solicitado dice:

1) el día 8/11/2002, se impartió en el horario de las 2pm a 5pm, la conferencia: *“Lógica Jurídica y Fundamentación de las Resoluciones Judiciales”*; dirigida a jueces de paz, instrucción, sentencia, defensores públicos, fiscales, abogados en el ejercicio libre y docentes universitarios;

2) el día 26/05/2005, en el horario de 4pm a 7pm, se brindó la Conferencia *“Dimensiones Constitucionales de la Motivación de las*

⁴³⁵La cédula de preguntas de esta Encuesta de opinión y las firmas para constancia de su recibido, se encuentran en el Anexo 5 del presente trabajo: *“Anexo 5. Cédula de la Encuesta de opinión a estudiantes de quinto año de derecho de la UES; y firmas de constancia de recibido”*.

Sentencias Judiciales"; destinado a Magistrados, Jueces y Comunidad Jurídica en general;

3) el día 7/07/2008 en el horario de las 10am a 12pm, se realizó entre los miembros del pleno del Consejo Nacional de la Judicatura el conversatorio titulado: *"Motivaciones en las Resoluciones Judiciales"*.

Por tanto, según la nota por escrito de la dirección de la Escuela de Capacitación Judicial, en todos estos años de su existencia hasta la fecha se han dedicado solamente 8 horas como tiempo total a la enseñanza de la fundamentación, motivación y argumentación de las resoluciones judiciales; esta situación señala el alarmante descuido de las instituciones responsables en esta área vital del Derecho⁴³⁶.

Reflexión. La mínima dedicatoria a la enseñanza académica de los temas de la fundamentación, motivación y argumentación de las resoluciones judiciales, practicado en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador; y en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, no abona a la superación del problema del bajo nivel de calidad técnica de esta actividad judicial, existente en la actualidad en muchos tribunales de nuestro país, reflejado en la emisión de resoluciones judiciales carentes de una adecuada motivación⁴³⁷.

⁴³⁶La solicitud recibida por la Dirección de la Escuela de Capacitación Judicial, así como su respuesta por escrito, está en el Anexo 6 del presente trabajo: *"Anexo 6 Solicitud y Respuesta de la Dirección de la Escuela de Capacitación Judicial"*.

⁴³⁷Según el cuadro 8 del Capítulo VII del presente trabajo, sólo el 8% de especialistas encuestados dice que la calidad de la motivación de la detención provisional es excelente; el resto de porcentajes están repartidos, sin mostrar una tendencia dominante, de la siguiente manera: Buena: 28%; Regular: 28%; Mala: 20% y Abstenciones: 16%. –Encuesta de Opinión a 25 especialistas del Derecho Procesal Penal salvadoreño.

5.2 Motivación, Fundamentación y Argumentación de la resolución judicial para imponer la detención provisional en nuestro país

5.2.1 Causas del bajo nivel de calidad de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional

Previo a tratar de lleno los elementos técnicos esenciales de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional en nuestro país, es importante examinar los diversos factores que afectan esta forma de actividad judicial. Dichos factores son expuestos por el sector de la doctrina progresista como las causas del bajo nivel de calidad observado en algunas de las resoluciones judiciales para imponer la detención provisional, por tanto, en seguida se desarrollan para su consideración.

5.2.1.1 Falta de enseñanza especializada de la motivación, fundamentación y argumentación

La doctrina progresista atribuye en alguna medida la deficiencia de la motivación, fundamentación y argumentación, encontrada en ciertas resoluciones judiciales para decretar la detención provisional, a la falta de enseñanza especializada de la materia; pero también observa en los patrones culturales sometidos a la rutina una falta de hábito en la práctica y cumplimiento del deber de motivar las decisiones judiciales⁴³⁸. En el caso

⁴³⁸Lo antes planteado se refuerza con lo siguiente: “Se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones...ello obedece, en general, en una proporción significativa, al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Basta señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que en muchos casos seguramente no llegará a aprenderse nunca.” -

salvadoreño, lo anterior puede verse concretado en la mínima dedicación a la enseñanza de estos temas en los principales centros de formación profesional de los técnicos del derecho, como ha sido expuesto arriba.

5.2.1.2 *Incompatibilidad de la detención provisional con la presunción de inocencia*

No obstante a su rango constitucional, la institución de la detención preventiva es criticada por autores constitucionalistas de renombre internacional, debido a su incompatibilidad con la presunción de inocencia⁴³⁹. Como se relata en el inicio del Capítulo IV de este trabajo, los fundadores de la escuela positivista fundamentalista enfocaron el ataque contra las posiciones progresistas interesadas en limitar el uso de la prisión provisional precisamente en desacreditar el principio de la presunción de inocencia, y sobre este eje de contradicción giran los principales argumentos de la corriente jurídica del reglamentarismo-positivista de la detención provisional, el cual exige su aplicación como regla general. Con todo, para ciertos constitucionalistas la detención provisional se contrapone a la presunción de inocencia⁴⁴⁰, por exigir la misma ley un prejujuicio sobre

IBAÑEZ, Perfecto Andrés; Presunción de Inocencia y Prisión sin condena; en IBAÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; Detención y Prisión Provisional...; ob. cit.; pág. 40.

⁴³⁹ Así por ejemplo, el staff de tratadistas del ILANUD, dice al respecto: “Fuera del ámbito legislativo, en orden a medidas urgentes y prácticas, consideramos que es necesario agotar los esfuerzos para lograr una capacitación teórica de los jueces penales. La misma debe tender a erradicar los prejuicios condicionados por una tradición procesal lesiva de derechos humanos, hasta crear el convencimiento de que la correcta comprensión de la prisión preventiva, conforme al principio de inocencia, es la de una medida cautelar, ajena por entero a contenidos y consideraciones punitivas, y que, por tanto, dicha prisión preventiva es una excepción a la regla, que debe ser la libertad del procesado.” –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe...; ob. cit.; pág. 136.

⁴⁴⁰ Para nuestra Sala de lo Constitucional no existe esta incompatibilidad, pues, ha reconocido la dimensión de tratamiento del imputado, implícita en el principio de inocencia, como el fundamento de los fines constitucionalmente legítimos de la detención provisional,

la responsabilidad penal del imputado, representada en el juicio de probabilidad del *fumus boni iuris* de esta medida cautelar, y además, por el doble juzgamiento a que es sometido el imputado a través de las causales de la alarma social, frecuencia de hechos análogos, antecedentes penales, reiteración, habitualidad, reincidencia y profesionalidad delictiva, criterios jurídicos regulados con claridad por la ley, que en su práctica anticipan la pena de prisión, contra alguien considerado inocente hasta antes de la clausura de los debates de la vista pública. El juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal y las últimas causales referidas, se tornan difíciles de fundamentar y argumentar en la resolución judicial de la detención provisional, sin soslayar la presunción de inocencia⁴⁴¹.

advirtiendo de paso sobre la prohibición del uso de esta medida cautelar como sanción, con respecto a lo cual se cita lo siguiente: *“En efecto, conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en la sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad número 28-2006/34-2006/30-2006, la presunción de inocencia, además de ser una garantía básica del proceso penal y una regla relativa a la prueba, opera –y para el caso es la que nos importa– como regla de tratamiento del imputado, lo cual implica una garantía de que la medida cautelar de detención provisional no lo es a título de sanción, sino, como ya dijimos, con fines estrictamente procesales. (Sentencia de HÁBEAS CORPUS, Ref. 1-2006 de las 12:15 horas del día 14/12/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; pág. 217.

⁴⁴¹En esta línea crítica progresista se encuentra el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, para quien la prisión provisional contradice la presunción de inocencia, y por este motivo es difícil la motivación de la resolución judicial para imponerla, al respecto dice lo siguiente: *“Pero, no obstante, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquélla. Y siendo éstas confesables, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincentes o verosímilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia...De donde el notable nivel de complejidad que la redacción de resoluciones por las que se acuerda la prisión provisional presenta en cualquier caso, puesto que se trata de anudar los presupuestos jurídicos que habilitan para la adopción de la medida a referentes fácticos explícitos y mínimamente objetivables y contrastables, y de hacerlo sin anticipar criterios de valoración de la cuestión de fondo y, precisamente, en un estadio preliminar de la investigación. Además, y dado que la subsunción no puede operar por simple yuxtaposición de la norma al dato fáctico, en rigor, habría que articularse analíticamente su relación. En fin, hay que insistir, todo ello deberá hacerse sin quiebra del principio de presunción de inocencia, que, como se ha visto, no puede dejar de sufrir en este asunto.”* –IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; Presunción de Inocencia y Prisión sin condena; en IBAÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; Detención y Prisión Provisional...; ob. cit.; págs. 41 y 42.

5.2.1.3 *Obligatoriedad de la detención provisional*

La obligatoriedad de la detención provisional es un problema común a nivel de los países latinoamericanos; introducido como contrarreformas penales a los sistemas oral-acusatorios de relativa vigencia reciente en nuestro hemisferio⁴⁴², esta problemática ha significado un retroceso en el avance al pleno respeto de los derechos humanos, el detalle de su regulación jurídica en varios textos legales de América Latina se estudia en el Capítulo VIII de la presente investigación.

Ahora bien, la referida obligatoriedad de la detención provisional consiste en la prohibición del uso de cautelas sustitutivas o alternativas a la misma, en un importante número de delitos, no dejando en estos casos opción a la o el juez penal de tomar otra clase de medida cautelar para asegurar las resultas del proceso⁴⁴³, teniendo esto en consecuencia como uno de sus resultados más dañinos la supresión legal del deber de motivar, fundamentar y argumentar la resolución judicial con la cual se impone aquélla medida cautelar penal.

⁴⁴²El ILANUD viene criticando este fenómeno de la obligatoriedad de la detención provisional desde 1991, al respecto dice: “...*No es posible regular la prisión obligatoria o la imposibilidad de la excarcelación según clases especiales de delitos...La ley se excede en la enunciación de los delitos no excarcelables y desconoce la verdadera finalidad de la medida, olvidando su naturaleza cautelar y convirtiéndola, en algunos casos, en un medio de criminalizar personalidades (reincidencia, habitualidad) y no actos, en definitiva, es un resabio de la noción de peligrosidad, propia de la criminología de finales del siglo XIX,...Con todo ello se desconoce el carácter instrumental del derecho procesal penal respecto del derecho penal, asumiéndolo como un derecho represivo por sí, sin nexos reales respecto del derecho penal.*” –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno...; ob. cit.; págs. 24, 25 y 38.

⁴⁴³En El Salvador, esta obligatoriedad articula un conjunto de disposiciones, estudiadas en el próximo capítulo VI como *Marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional*, sin embargo, en el proceso penal su regulación jurídica directa es el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008); disposición por medio de la cual se prohíbe sustituir esta medida cautelar por cualquier otra, en unos 64 delitos.

5.2.1.4 *Definición problemática de los conceptos peligro de fuga y obstrucción de la investigación*

Dentro de las herramientas conceptuales básicas utilizadas en la regulación jurídica de la detención provisional en la mayoría de textos legales eurocentristas y latinoamericanos, se encuentran los conceptos *peligro de fuga y obstrucción de la investigación* como presupuestos indispensables de la mencionada medida cautelar, sin embargo, para la opinión de algunos autores estos conceptos son criticables en razón a su falta de definición de criterios precisos para orientar a la o el juez en situaciones concretas de su tipificación, pues, de esta manera se fomenta una discrecionalidad judicial arbitraria, por no regular sus definiciones legales las propiedades características de los referidos conceptos⁴⁴⁴.

No obstante a lo anterior, en algunas experiencias del derecho comparado, estudiadas más adelante, ha habido un importante avance para superar esta problemática, por ejemplo Costa Rica, donde su Código Procesal Penal con vigencia a partir del 1 de enero de 1998, establece en su artículo 239 como causales procesales para decretar la detención preventiva, el peligro de fuga y la obstrucción de la investigación; definiendo su artículo 240, quince circunstancias diferentes en las que el o la juez deberá considerar la posibilidad del peligro fuga del imputado; y su artículo 241 define otros diez motivos concretos para configurar la obstrucción de la investigación.

⁴⁴⁴Una opinión crítica de estos dos conceptos es la siguiente: *“El peligro de fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad son sin embargo, conceptos problemáticos, pues la idea de peligro implica que se corre un riesgo de algo que todavía no ha pasado. De ello que la complejidad del problema dificulte definir cuando existen peligros, esta definición sin embargo debe fundamentarse en prueba concreta, prueba que estará sujeta a cada caso particular.”* –CETINA, Gustavo; Prisión Preventiva. La práctica de la Prisión Preventiva en el área metropolitana de la ciudad de Guatemala...; ob. cit.; pág. 9.

5.2.1.5 Referencias legales basada en terminología ambigua

Otro factor causante del bajo nivel de calidad de la motivación de la detención provisional es la vaguedad de la terminología introducida en las referencias legales, que dan lugar a la o el juez adoptar interpretaciones a su arbitrio, por ejemplo, en el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008), se encuentran las frases *“considere el juez necesaria la detención provisional”, “circunstancias del hecho”, “alarma social”, “frecuencia con la que se comentan hechos análogos”*; también en el No. 2 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 330 Pr. Pn. 2008), que dice *“cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto”*; asimismo, el último inciso del Art. 295 Pr. Pn. 1996 (último inciso del Art. 332 Pr. Pn. 2008) donde aparece *“el juez considere que el juramento del imputado de someterse al procedimiento basta para garantizar su presencia”*. Las referencias terminológicas antes relacionadas, junto a los conceptos de *peligro de fuga y obstrucción de la investigación*, estos últimos comentados en el tema precedente, a pesar de haber alcanzado en nuestra práctica forense cierta determinación empírica en todos estos años de vigencia del Pr. Pn. 1996, siempre son una puerta abierta a la ambigüedad con la cual se hacen variar algunos criterios judiciales hacia tratamientos diferenciados de casos donde se presenta un interés personal de la o el juez, en detrimento de la igualdad jurídica⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵En España acontece el mismo fenómeno, tal como lo observa el siguiente autor: *“...se remite a conceptos y expresiones tales como “circunstancias del hecho”, “alarma social”, y “frecuencia con que se cometen hechos análogos...que el delito no sea de los que “se cometan con frecuencia en el territorio donde el juez o tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción”...lo significativo...es la indeterminación de conceptos...cuya indefinición choca frontalmente con la necesaria fijeza de los hechos que han de servir de base para limitar, siquiera parcialmente, derechos fundamentales. Y otro tanto cabe decir del amplio arbitrio judicial, extendido hasta el punto de lo que hoy ha dado en llamarse la “legalidad arbitraria”. Expresiones como “considere el juez necesaria la prisión provisional”, “podrá, según su criterio, dejarla sin efecto”, “podrán estos (juez o tribunal) acordar”, tiñen*

5.2.1.6 *La ideología jurídica de la o el juez sobre la detención provisional*

Sería ilusorio considerar a la o el juez como una persona al margen de una ideología jurídica, a la cual no haya optado para formar sus criterios técnicos, pues, en la realidad ocurre lo contrario, los y las juzgadores expresan en sus resoluciones judiciales las opciones ideológicas compartidas⁴⁴⁶.

De esta manera las dos corrientes jurídicas principales de la detención provisional, estudiadas al inicio del Capítulo IV, juegan un papel operativo a la hora de motivar esta medida cautelar, ya sea orientando el criterio judicial para utilizarla como regla general, en adherencia con el reglamentarismo-positivista; o como excepción según la corriente excepcionalista; por consiguiente, la tendencia ideológica jurídica con la cual esté formado el pensamiento jurídico de la o el juez influenciará en gran medida los usos que decida darle a la detención provisional, los cuales podrán estar acorde o no a sus fines constitucionalmente legítimos⁴⁴⁷.

de subjetivismo las decisiones judiciales y permiten, con el aditivo de aquellos presupuestos indeterminados, decisiones dispares... –ANDREU, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva*, en IBAÑEZ, Perfecto Andrés, *Detención y Prisión Provisional*; ob. cit.; págs. 403 y 404.

⁴⁴⁶Dentro del contexto de la aplicación como regla general de la prisión preventiva el ILANUD afirma lo siguiente: “*Cuando lo extraordinario se convierte en ordinario y cuando esto tiene lugar a lo largo de un paulatino proceso de incremento de la distorsión de las instituciones procesales, se forman nuevas generaciones de funcionarios de nivel medio –y hasta de nivel superior- que toman por normal esta distorsión...y que carecen de información científica y técnica...Una vez adoptada una ideología jurídica, no es fácil corregirla, puesto que se genera todo un sistema ideológico-jurídico, cuyos tributarios refuerzan la inercia que obstaculiza el cambio...*” –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); *El Preso sin Condena en América Latina y El Caribe*; ob. cit.; págs. 53 y 55.

⁴⁴⁷Según el cuadro 4 de la Encuesta de opinión del Capítulo VII del presente trabajo, un 48% de especialistas encuestados consideran a la detención provisional utilizada como regla general en El Salvador. Sin embargo, en el cuadro 10 de la misma encuesta, para un 76% esta medida cautelar debería ser aplicada de manera excepcional; y apenas un 4% dice que debería ser la regla general; estos datos contrapuestos expresan un claro desacuerdo de la opinión mayoritaria de los encuestados con la obligatoriedad de la

5.2.2 Elementos técnicos esenciales de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional

5.2.2.1 Motivación de la detención provisional fundamentada en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*

Según nuestra Sala de lo Constitucional la motivación de la resolución judicial por medio de la cual es impuesta la detención provisional en nuestro país debe fundamentarse en todos los casos, sin excepción, en los dos presupuestos representados por el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*⁴⁴⁸. En relación al presupuesto de la *obstrucción de la investigación*, expuesto en el presente trabajo como criterio independiente a los dos anteriores, la Sala de lo Constitucional lo hace depender en alguna de su jurisprudencia del *periculum in mora*⁴⁴⁹, sin embargo, en nuestra opinión académica considerar esta causal como peligro de fuga es una impropiedad, porque identifica de manera indebida los presupuestos para decretar la detención provisional con

imposición de la detención provisional, lo cual tiene inmanente un rechazo al reglamentarismo-positivista a favor de la corriente excepcionalista.

⁴⁴⁸ Este criterio de esta Sala dice así: “*Se ha sostenido además la no existencia de derechos absolutos, lo cual se traduce en que todos son restringibles; dicha posibilidad de restricción no descansa en el arbitrio de las autoridades, sino en presupuestos plenamente establecidos; de ahí se impone la exigencia que cualquier decisión...en la que se propongan afectar algún derecho...debe contar con la motivación necesaria para inferir la legalidad de dicha medida...En conclusión, la decisión de aplicarse a una persona la medida precautoria más grave, debe especificar los presupuestos...de toda medida cautelar, es decir, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. (Sentencia de Hábeas Corpus; Ref. 10-2006, de las 12:07 horas del día 15/01/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; pág. 207.*

⁴⁴⁹ De esta manera lo establece la jurisprudencia siguiente: “...Como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, la detención provisional debe fundamentarse sobre los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*; este último representado por el peligro de fuga y una posible ocultación o entorpecimiento de los medios de prueba. Sobre este requisito se ha señalado que para establecerlo deben tenerse en cuenta los criterios objetivos y subjetivos que concurran en el proceso penal, y ello con la finalidad de dar cumplimiento al principio de excepcionalidad que rige la medida cautelar. (HÁBEAS CORPUS, ref. 109-2004 de las 12:20 del día 11/1/2005)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; ob. cit.; págs. 10.

sus fines, pues, la Sala de lo Constitucional para abarcar dentro del *periculum in mora* a la obstrucción de la investigación la interpreta como una intención de sustracción a los efectos del proceso, pero el aseguramiento de los efectos del proceso es uno de los fines legítimos de esta medida cautelar y no un presupuesto para decretarla.

Por otro lado, en el capítulo IV de este trabajo se exponen los dos significados del *fumus boni iuris* encontrados en nuestra jurisprudencia de hábeas corpus, dentro de los cuales uno lo define como el juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, en clara adherencia a la doctrina y jurisprudencia española⁴⁵⁰; y el otro lo traduce como la probable existencia del delito y autoría o participación del imputado⁴⁵¹; por tanto, el o la juez puede optar por cualquiera de los dos

⁴⁵⁰ Así por ejemplo lo establece el siguiente párrafo de la jurisprudencia española: “En cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal para enjuiciar la suficiencia y adecuación de la motivación, lo primero que debe destacarse es que corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (STC 40/1987, fundamento jurídico 2.), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley. Esto es así ya que, con independencia de lo que sugieren la dicción del art. 44.1 b) LOTC y la propia naturaleza de la jurisdicción de este Tribunal, la propia lógica de dichas actividades exige una inmediación a la que sólo pueden acceder los Tribunales ordinarios.” –Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995; ob. cit..

⁴⁵¹ Cuando no es fundamentado el *fumus boni iuris* de la detención preventiva, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional lo considera una violación a la seguridad jurídica y el derecho de defensa, a propósito se cita lo siguiente: “De lo anterior esta Sala determina, que la actuación evidenciada por parte de la Jueza Primero de Instrucción de Soyapango, respecto a la manera de motivar la resolución en la cual adopta la medida cautelar de detención provisional, vulnera los derechos de defensa y seguridad jurídica del favorecido, pues la misma no cuenta con una fundamentación que permita apreciar los argumentos fácticos y jurídicos tenidos en consideración para presumir el cometimiento de un delito, y para creer que el señor Aguilar Ramírez es con probabilidad autor del mismo...Dicha autoridad judicial se limitó a exteriorizar una breve exposición de los hechos, sin fundamento técnico ni jurídico, concluyendo con la declaratoria de rebeldía del favorecido, por no haber comparecido a la celebración de la audiencia preliminar, y la imposición de la detención provisional, señalando como única motivación de tal medida, los

criterios anteriores, teniendo en cuenta la responsabilidad objetiva concretada en el primero de ellos.

Con respecto al *periculum in mora* de la detención provisional, este presupuesto representa el peligro de fuga del imputado, constituyendo el criterio esencial para acordar dicha medida con fines cautelares procesales, pues este motivo debidamente acreditado justifica, a través de su fin perseguido de aseguramiento de una eventual sentencia condenatoria, utilizar como medio la restricción de la libertad física⁴⁵².

5.2.2.2 Motivación de la detención provisional fundamentada en correlación con sus características

Además de los dos presupuestos fundamentadores arriba referidos – *fumus boni iuris* y *periculum in mora*–, el o la juez deberá examinar en el caso concreto la necesaria correlación existente entre los fines legítimamente perseguidos en la adopción de la detención provisional⁴⁵³ con sus características, en este sentido, los fines cautelares de esta medida se orientan a su utilización instrumental, provisional, variable, temporal,

artículos 292 y 293 numeral 1° del Código Procesal Penal.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus; Ref. 92-2005, de las 12:22 horas, del 5/1/2005; ob. cit.

⁴⁵²Con respecto al *periculum in mora*, la Sala de lo Constitucional dice lo siguiente: “En relación al *periculum in mora*, la Sala ha afirmado que se materializa en el peligro de fuga del enjuiciamiento, en otras palabras, se trata de la existencia de razones para creer que el imputado intentará evadir los efectos de una eventual condena, por lo que el juez con competencia en materia penal, a fin de no ver frustrados los resultados del proceso, decide coartar la libertad del inculpado. (HÁBEAS CORPUS, ref. 73-2005 de las 12:05 del día 7/11/2008)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; ob. cit.; pág. 4.

⁴⁵³En el próximo Capítulo VI se trata el tema de estos fines legítimos, según la jurisprudencia, leyes y práctica forense salvadoreña, y las diversas posiciones doctrinarias. En esencia, estos fines deberían ser los mismos perseguidos por toda medida cautelar: el aseguramiento de la eventual condena. Sin embargo, la detención preventiva también es utilizada para fines propios de la pena, como se estudia más adelante.

proporcional, subsidiario y excepcional. Así por ejemplo, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional considera satisfecha la característica de excepcionalidad de la detención preventiva en la debida fundamentación de los criterios objetivos y subjetivos del *periculum in mora*⁴⁵⁴.

5.2.2.3 *Fundamentos constitucionales de la motivación de la detención provisional*

Los fundamentos constitucionales de la motivación de la detención provisional siempre son los mismos para toda clase de resolución judicial, es decir, la seguridad jurídica y el derecho de defensa⁴⁵⁵, establecidos en los artículos 2 y 12, respectivamente, de la Constitución. En virtud de estos dos fundamentos la motivación de esta medida cautelar reviste importancia constitucional en el proceso de hábeas corpus, volviendo procedente decretar la libertad del imputado en los casos donde se demuestra la falta, insuficiente o incompleta motivación de los fundamentos fácticos y jurídicos

⁴⁵⁴ Así queda de manifiesto en la siguiente jurisprudencia: “La Sala de lo Constitucional partiendo de la habilitación constitucional para ese efecto y de la regulación legal, repetidamente ha sostenido que la medida cautelar de detención provisional debe estar sustentada en el presupuesto del *fumus boni iuris*, el cual consiste en la razonable probabilidad de la imputación, y en el principio de excepcionalidad, requisito éste que se logra con la exposición de aquellos aspectos objetivos y subjetivos determinante del otro presupuesto necesario para adoptar la detención provisional; el *periculum in mora*, aspectos que no deben quedarse en el interior del juez, sino, deben ser exteriorizados razonadamente, dejando clara y explícitamente consignadas las causas fácticas y jurídicas necesarias para decretar una detención provisional, pues de lo contrario podría la medida resultar arbitraria y atentatoria de derechos fundamentales. (Sentencia de Hábeas Corpus, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas del día 30/05/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; págs. 208 y 209.

⁴⁵⁵ En este sentido, la Sala expone lo siguiente: “Respecto al *fumus boni iuris*, la jurisprudencia a sido clara en exigir la concurrencia de los dos presupuestos, tanto de este último, como el del *periculum in mora*, cuando se restrinja el derecho fundamental de libertad, pues la omisión de esta obligación adquiere vinculo constitucional, por cuanto quebranta la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio, en virtud de la ausencia de las razones determinantes de la decisión judicial. (Sentencia de Hábeas Corpus, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas del día 30/05/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; págs. 209.

de la detención provisional. Dicho sea de paso, en la jurisprudencia española la motivación de la prisión provisional es un derecho constitucional protegido mediante la demanda de amparo, debido a la estipulación expresa del deber de motivar las sentencias en el Art. 120.3 de la Constitución Española, al respecto de lo cual se relaciona lo siguiente:

“La carencia de motivación razonable de las resoluciones judiciales que decretan la prisión provisional del recurrente suponen una vulneración de su derecho a la libertad, pues no concurre uno de los elementos esenciales del supuesto habilitante para su privación, por ello, junto al consecuente reconocimiento del derecho vulnerado y la anulación de las resoluciones que lo vulneran y dado que a partir de la naturaleza confirmatoria de las mismas, no se sigue el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, debemos declarar que el recurrente ha de gozar de la situación de libertad provisional, sin perjuicio de que el órgano judicial, en ejercicio de su competencia y de su arbitrio, pueda adoptar las medidas de aseguramiento del proceso que estime pertinentes.”⁴⁵⁶.

Sin embargo, los casos del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), en los cuales se prohíbe sustituir la detención provisional por otra medida en unos 64 delitos, son una arbitrariedad legalizada contra el deber de la motivación de la resolución judicial de esta medida cautelar, pues, al suprimirse todo el sistema de criterios por el sólo motivo legal de ser obligatoria su imposición para cierto número de delitos, el o la juez no tiene más fundamento para aplicar la detención provisional que esta obligatoriedad impuesta en la referida disposición, pero de esto se trata el Capítulo VI del presente trabajo.

⁴⁵⁶ Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995; ob. cit.

5.2.2.4 *Argumentación jurídica de la motivación de la detención provisional*

El contenido de la argumentación jurídica de la motivación de la detención provisional dependerá de las circunstancias particulares del caso concreto, ya que en la práctica forense operan una infinidad de modos, tiempos y lugares para consumar un delito, y además la cualidades personales de la persona imputada hacen variar los motivos por los cuales el o la juez considerará restringirla de su libertad física de manera provisional mediante esta medida cautelar; por tanto, los argumentos y subargumentos para fundamentar el *fumus boni iuris y periculum in mora*, deben construirse sobre la base fáctica del caso específico, y su adecuación a los criterios establecidos por la ley; así es dicho por la Sala de lo Constitucional en los siguientes términos:

*“La obligación constitucional de motivación debe partir de la valoración específica y propia que deba realizar el juez en cada caso particular y que le permita establecer la necesidad de conveniencia de dictar la detención provisional de manera justificada...”*⁴⁵⁷.

En el anterior sentido, la mínima actividad probatoria para acreditar cada uno de los presupuestos de la detención provisional determinara la

⁴⁵⁷ Sentencia de Hábeas Corpus con ref. 193-2004Ac de las 12:20 del día 31/3/2005; ob. cit. Este mismo criterio es aplicado por el Tribunal Constitucional español en la demanda de amparo siguiente: *“En efecto, más allá de las menciones del apartado segundo del art. 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión provisional hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial -entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión- y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas...”* –Sentencia de AMPARO del Tribunal Constitucional español, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995; ob. cit.

calidad de argumentos y subargumentos expuestos por el o la juez, quien deberá exponer la razón suficiente para argumentar su convicción judicial, a partir de todos los motivos exigidos por la ley, acreditados en indicios o pruebas aportadas al proceso con ese fin, esto según el No. 3 del Art. 296 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 334 Pr. Pn. 2008).

No obstante a lo último planteado ello no significa que para decretar este tipo de restricción de libertad se requieran todos y cada uno de los criterios objetivos y subjetivos del peligro de fuga, regulados en el No. 2 del Art. 292 y Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 y Art. 330 Pr. Pn. 2008); sino solamente es necesario que el motivo o motivos para justificar el peligro específico de fuga del imputado sea suficiente para fundamentar su detención provisional⁴⁵⁸.

Un ejemplo de impropia argumentación es aquella reconstruida con argumentos incongruentes entre el cuadro fáctico y la ley aplicable, que no logre mediante la subsunción de los hechos en la ley, expresar de manera suficiente, a través de la prueba o indicios, el nexo necesario con cualquiera de los dos presupuestos –*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- para acordar

⁴⁵⁸De esta manera lo ha resuelto la siguiente jurisprudencia: “*La omisión sobre aspectos del periculum in mora no conduce automáticamente a una vulneración de perfil constitucional, pues no debe entenderse que en la motivación o razonamiento que deba hacerse con respecto al periculum in mora, como de la decisión judicial, concurren todos los elementos que en la doctrina o jurisprudencia aparecen como contentivos de este presupuesto; bastando para ordenar la medida cautelar, determinados aspectos, ya sean éstos de carácter objetivos o subjetivos...ya que la autoridad judicial está facultada para razonar cómo y porqué se conforma el mismo; y puede, incluso, con la mera concurrencia de un solo aspecto llegar a la convicción de que la única manera de garantizar la presencia del imputado a los actos del juicio es a través de la detención provisional, razonamiento que al externarse en el auto que la ordena habrá dotado a la misma de su carácter excepcional. (HÁBEAS CORPUS, ref. 170-2004 de las 12:20 del día 12/1/2005)*” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; ob. cit.; pág. 14.

la detención provisional⁴⁵⁹. Algunos ejemplos más de argumentación de estos presupuestos están planteados en el Capítulo IV.

La argumentación jurídica fortalece la plenitud de la motivación de la detención provisional, y sirve de garantía al derecho de libertad física. Las razones fácticas y jurídicas de la decisión judicial de la o el juez deberán estar revestidas de la consistencia legal y de la legitimidad necesaria para aplicar o mantener restringida provisionalmente de su libertad ambulatoria a la persona imputada, sólo de esta manera se estará respetando los fundamentos constitucionales del deber de motivación de esta medida cautelar⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹En el siguiente caso de delito tentado aparece un ejemplo de impropia argumentación: *“El delito de homicidio tentado es de los que en doctrina se conocen como delitos de propia mano, respecto a la responsabilidad de ejecución material, en los que el elemento dominante es la participación directa e inmediata del ejecutor; y es justamente ese aspecto el que está ausente en la motivación de la resolución del juez cuando no existe una elaboración fáctica clara que ligue al imputado con la consumación del delito cometido. La referencia en abstracto de los elementos del tipo penal y la relación de los indicios incorporados al proceso, no debe realizarse mecánicamente, más bien, debe establecerse con suficiencia la concordancia causal entre el material probatorio y lo que se está dando por hecho, de lo contrario se dificulta la posibilidad de atacar y desvirtuar puntos incriminatorios concretos y claros. (HÁBEAS CORPUS, ref. 30-2006R de las 12:20 horas del día 02/10/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005; ob. cit.; págs. 13.

⁴⁶⁰En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia española: *“Concretamente, los escuetos Autos del Juzgado Central resultan insuficientemente motivados, puesto que, aunque están fundados, carecen de razonamiento que avale la decisión. En cuanto al Auto de la Audiencia Nacional puede admitirse que, aunque no con holgura, está suficientemente fundado y razonado, y ese razonamiento no resulta en absoluto arbitrario. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho fundamental de libertad (art. 17.1 C.E.), esa motivación...no resulta razonable por incompleta, ya que se limita a apreciar la concurrencia del peligro de fuga a partir del criterio exclusivo de la gravedad de la pena que amenaza al imputado, sin valorar otros extremos relativos a las circunstancias del caso, a las características procesales del recurrente y a los efectos producidos por el tiempo transcurrido...Por ello, el mantenimiento de la prisión provisional sin ulteriores matices y la soledad argumentativa de la motivación relativa a la gravedad de la pena convierte al Auto recurrido en expresión larvada de un automatismo en el decreto de la prisión provisional abiertamente contrario a los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad que debe presidir la institución.”* –AMPARO ante Tribunal Constitucional español, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995, ob. cit.

5.2.3 *Motivación de la detención provisional de acuerdo a la competencia de cada tribunal correspondiente*

El inciso 3º del Art. 13 de la Constitución, ordena al tribunal correspondiente decretar la libertad o la detención provisional de la persona imputada en el término de inquirir de setenta y dos horas. En la generalidad de casos el término de inquirir es competencia de la o el juez de paz; pero se encuentra el caso especial de la o el funcionario público imputado con fuero constitucional, comprendido en el Art. 236 de la Constitución, a quien en la situación de declarar ha lugar la formación de causa en su contra por la Asamblea Legislativa, es competencia de la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para aplicarle la detención provisional en el término de inquirir; y en los casos tramitados de conformidad a la Ley del Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, la autoridad judicial competente para decretar la detención provisional en el término de inquirir es la o el juez especializado de instrucción.

Además, es necesario distinguir entre las diversas modalidades para motivar la ratificación, revocación, sustitución, mantenimiento y aplicación de la detención provisional decretadas por la o el juez de instrucción, el Tribunal de Sentencia, Cámaras de lo Penal y la Sala de lo Penal⁴⁶¹. Todos los anteriores casos mencionados se examinan en seguida.

⁴⁶¹A propósito se inserta la siguiente cita literal: *“El CPP., en apego a la prescripción constitucional, establece que la detención provisional pueden imponerla los jueces de paz, los de instrucción y los de sentencia. (Nº 2 del Art. 256; Inc. 2º del Art. 285; Nº 12 del Art. 320; Nº 6 del Art. 322; Arts. 400 y ss., todos del CPP)...También, aunque el CPP. no lo regule expresamente, debe admitirse la competencia, para decretar la detención provisional, de las Cámaras encargadas de desarrollar el juzgamiento de los sujetos que gozan de la prerrogativa del antejuicio (Arts. 385 y 386 CPP.)”* —Escuela de Capacitación Judicial; Ensayos Nº 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; ob. cit.; pág. 440.

5.2.3.1 *Motivación de la aplicación de la detención provisional en el término de inquirir*

5.2.3.1.1 *Juez de Paz*

Las obligaciones exigidas en el inciso 3º del Art. 13 de la Constitución, de notificar al detenido en persona los motivos de su detención, recibir su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional en el término de inquirir de setenta y dos horas, son desarrolladas a partir del Art. 253 Pr. Pn. 1996 (Art. 297 Pr. Pn. 2008), referentes a la Audiencia Inicial, la cual es instalada en dicho término de inquirir cuando la persona imputada se encuentra detenida, según el No. 1 del Art. 254 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 298 Pr. Pn. 2008); como coronación de esta audiencia el o la juez de paz toma una decisión resolviendo lo que corresponda de conformidad al Art. 256 Pr. Pn. 1996 (Art. 300 Pr. Pn. 2008), dentro de lo cual puede decretar la detención provisional de la persona imputada, según el No. 2 del Art. 256 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 300 Pr. Pn. 2008).

Ahora bien, según el No. 1 del Art. 55 Pr. Pn. 1996, el o la juez de paz conoce del control de las diligencias iniciales de investigación, las cuales contienen el conjunto de indicios resultados de la dirección funcional de la fiscalía, en coordinación con la investigación policial, por tanto, es obligación de la fiscalía presentar junto al reo detenido estas diligencias iniciales de investigación⁴⁶², pues, sobre esta base fáctica producida en las referidas

⁴⁶²Sin embargo, en la práctica forense el celo de la fiscalía a la investigación del delito llegó hasta ocultar las diligencias iniciales de investigación a la defensa del imputado, e inclusive al mismo juez de paz, esto fue considerado por la Sala de lo Constitucional como un agravio a la motivación de la resolución principal de la audiencia inicial y contra el derecho de defensa, lo cual lo plantea en lo siguiente: *"El artículo 13 inciso 2º de la Constitución es claro en regular lo referente a la detención administrativa y la consignación del detenido a la orden del juez competente con las diligencias que se hubieren realizado. Ello, a efecto de*

diligencias iniciales el o la juez de paz debe fundamentar la motivación de la resolución principal de la Audiencia Inicial, donde está comprendida la detención provisional. Además, con dicho control judicial el o la juez de paz debe cerciorarse que en las referidas diligencias fiscales hayan sido observadas todas las garantías y derechos constitucionales, pues en el caso de irrespeto a las mismas deberá declarar la nulidad absoluta del acto o trámite específico, según el No. 6 del Art. 224 Pr. Pn. 1996, y si de esa nulidad se deriva la afectación de la fundamentación de la detención provisional debe además declarar su improcedencia, según el último inciso del Art. 223 Pr. Pn. 1996⁴⁶³.

contar los elementos que le permita fundamentar su decisión tanto para trasladar el proceso penal a otra etapa, como para adoptar cualquier medida cautelar. Lo que pretende la norma constitucional referida, es la razonable motivación de las decisiones judiciales, las cuales se encuentran sujetas a determinados niveles de convicción respecto al hecho investigado, que pueda producir las diligencias llevadas a cabo por la institución encargada de la instrucción; de modo que, si el juez no tiene acceso a éstas, no puede garantizarse una motivada decisión sobre los aspectos a definir en la audiencia inicial; por ejemplo pasar a la etapa de instrucción formal o sobreseimiento, adoptar una medida cautelar, etc. Así, las decisiones que adopta el juez sobre las solicitudes formalmente planteadas en el requerimiento, son un reflejo del valor que se le otorga a los elementos hasta ese momento investigados; con lo que no puede desproveerse del necesario acceso que el juez debe tener a los indicios que existan al momento de pronunciar su decisión –que puede ser la medida cautelar de la detención provisional-, pues de lo contrario se atentaría contra la oportunidad de que la autoridad judicial, demuestre la base o fundamento sobre la cual motiva sus decisiones y la oportunidad de las partes de conocer los elementos aportados y poder ejercer una eficaz defensa. (Sentencia de HÁBEAS CORPUS, Ref. 75-2006 de las 12:20 horas del día 11/01/2007, en relación con la Sentencia de HÁBEAS CORPUS, Ref. 189-2006 de las 12:22 horas de fecha 18/06/2007)” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; págs. 247 y 248.

⁴⁶³Con todo, en el nuevo rol de la o el juez de paz, asumido en el proceso penal del Pr. Pn. 2008, no queda claro si este funcionario judicial mantendrá competencia en el control de las diligencias iniciales de investigación, pues, entre los actos contenidos en el Art. 56 Pr. Pn. 2008, sobre los cuales conocerá el o la juez de paz, no está mencionado expresamente el referido control judicial, de la manera como aparece en el No. 1 del Art. 55 Pr. Pn. 1996; además, dicho juzgador ya no podrá decretar la instrucción, desestimación ni el sobreseimiento provisional o definitivo del proceso. En consecuencia, debido al anterior vacío legal, acerca del control de las diligencias iniciales de investigación, en este proceso penal será controvertido decretar la nulidad absoluta de algún acto o trámite de dichas diligencias, por inobservancias a derechos y garantías constitucionales, según el No. 7 del Art. 346 Pr. Pn. 2008; e incluso en correspondencia con el inciso último del Art. 345 Pr. Pn. 2008, causará polémica decretar la improcedencia de la detención provisional por nulidad

En relación al contenido de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional decretada por el o la juez de paz, son aplicables todos los elementos técnicos esenciales de esta medida cautelar, estudiados a partir de la página 258 del presente Capítulo, pudiendo la defensa y fiscalía debatir algo específico sobre el cumplimiento o no de los presupuestos del *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*, que hagan procedente o no la aplicación de dicha cautela personal⁴⁶⁴.

Por tanto, el o la juez de paz debe examinar conforme a las circunstancias del caso concreto la aplicación de la detención provisional, pues, en ocasiones la motivación del peligro de fuga cabría fundarse en más de un criterio del *periculum in mora*, así como deducirlo o no de la buena posición económica de la persona imputada, o bien, llegar a determinar un solo motivo la procedencia de la detención provisional⁴⁶⁵.

de los referidos actos o trámites, si de ello depende la fundamentación de esta medida cautelar. Todas estas posibles contradicciones deberá resolver la futura jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

⁴⁶⁴En este sentido se cita lo siguiente: “*Tal disputa puede recaer sobre alguno o algunos de los siguientes extremos: La existencia de un hecho tipificado como delito; La autoría o participación del imputado en tal delito; Que éste tenga señalada pena de prisión cuyo límite máximo es superior a tres años; Que aún cuando la pena señalada sea inferior, se dé cualquiera de los supuestos contemplados en la segunda parte del N° 2 del Art. 292 CPP; Que el imputado no compareció injustificadamente a una cita del Juez; Que el imputado puede obstaculizar un acto concreto de la investigación; Que por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, se considere que continuará cometiendo hechos punibles; Que se puede creer que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia.*” –ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; ob. cit.; págs. 445 y 446.

⁴⁶⁵En este sentido se transcribe lo siguiente: “*...la decisión, cuando fuere posible, tome en cuenta más de un presupuesto. Por ejemplo, no sería propio decidir que se puede imponer una medida diferente a la detención provisional a un imputado, porque tiene arraigo en el país, si hay elementos suficientes para acreditar que él actuó como miembro de una banda organizada y que el delito es muy grave. Tampoco lo sería, imponer la detención provisional a una persona, sólo por la mera circunstancia que por su posición económica, tiene facilidad para abandonar el país o para permanecer oculto.*” –ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal...; ob. cit.; pág. 462.

5.2.3.1.2 Juez Especializado de Instrucción

Según el inciso 1º del Art. 1, en relación con el inciso 1º del Art. 17, ambos de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja, el imputado detenido y procesado de conformidad con esta Ley, es puesto a disposición de la o el juez Especializado de Instrucción en el plazo máximo de setenta y dos horas; luego, este juzgado instala una Audiencia Especial de Imposición de Medida Cautelar, donde casi siempre la fiscalía solicita la aplicación de la detención preventiva. Para proceder el acuerdo de la detención provisional deben reunirse los requisitos de los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996 (artículos 329 y 330 Pr. Pn. 2008), por su aplicación supletoria de conformidad al Art. 20 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja⁴⁶⁶. En estos casos los y las

⁴⁶⁶ Como se expone más adelante, los juzgados especializados recurren al uso del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996; esto parece estar avalado por la actual Sala de lo Constitucional, pues en el siguiente caso, luego de las citas literales, en seguida reproducidas, da la razón a la jueza especializada de instrucción de San Salvador: *"...la prueba indiciaria es suficiente para aplicar la medida cautelar de la detención provisional, los arraigos no son suficientes para imponer otra medida distinta a la ya mencionada, ya que el delito de extorsión es considerado grave en tal sentido el Art. 294 Pr. Pn., inhibe al Juzgador de imponer medidas distintas a la detención provisional, para cuando se esta en un delito con pena amplia, por lo que se procede a decretar la Medida Cautelar de Detención provisional (...)y no obstante la documentación presentada...existe la posibilidad que los indiciados que hoy se encuentran presentes puedan incurrir en una obstaculización de la investigación, o que haya la necesidad de poder requerirlos para la realización de alguna diligencia, y no estarán presentes por lo que no hay posibilidad que se aplique una medida distinta." "(...)para decretar la medida gravosa de detención provisional debe establecerse ciertos requisitos los cuales se encuentran regulados en el art. 292 Pr. Pn., el primero es el referente a la existencia de un delito grave, y que el mismo haya causado alarma social; ya la conducta se ha calificado como extorsión; así como debe acreditarse en base a las diligencias de investigación anexadas al proceso, una probabilidad mínima de participación de los imputados en el delito ya que se cuenta con las denuncias interpuesta por la víctima, la entrevista del testigo con régimen de protección clave "MARCELO", Anticipo de prueba consistente en reconocimiento en Rueda de Personas, el cual fue realizado en sede judicial, en el cual ha sido un resultado positivo la individualización de los procesados con lo que se establece el indicio de participación en el delito que se investiga. Pero a criterio de la Suscrita no basta con demostrar que los requisitos legales del art. 292 Pr. Pn se hayan determinado, sino que debe justificarse por qué la detención provisional aparece como una medida cautelar necesaria, cuando ninguna otra medida cautelar podría proteger la eficacia*

jueces especializados de instrucción recurren al inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), sobre la obligatoriedad de imponer la detención provisional en los delitos de homicidio simple, homicidio agravado, secuestro y extorsión, los cuales están también comprendidos en los literales a), b) y c) del último inciso del Art. 1 de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Los motivos más frecuentes en los cuales se basa la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional en estos Juzgados Especializados son la gravedad del delito por la pena esperada, los vínculos de los imputados a las estructuras del crimen organizado, obstrucción de la investigación en un eventual ataque contra víctimas, ofendidos o testigos; y peligro de fuga por las circunstancias de los hechos. Aunque en estos juzgados la regla general es aplicar y mantener la detención provisional hasta la vista pública, hay casos donde se han beneficiado con medidas sustitutivas a cierto tipo de imputados⁴⁶⁷.

del proceso. (...) este peligro se ve incrementado si los imputados son puestos en libertad, si tomamos en cuenta que los elementos de convicción son bastante coherentes, lo cual hace más probable el riesgo de enfrentar eventualmente aquella pena. Además no hemos tenido la posibilidad alguna de constatar siquiera la radicación domiciliar de los encartados, lo cual involucra no solo la demostración de que residen en un lugar determinado sino la existencia de vínculos fuertes con esa comunidad; con lo cual resulta posible advertir peligro de fuga". –Sentencia de Hábeas Corpus; Ref. 219-2009 de las 12:21 horas del 16/03/2010. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

⁴⁶⁷ Así por ejemplo el caso siguiente: "A inicios de agosto, el Juzgado Especializado de Instrucción de Santa Ana impuso una fianza de 50 mil dólares a Narciso Ramírez, el alcalde de San Francisco Menéndez, en Ahuachapán, para que pudiera gozar de arresto domiciliar mientras se le procesa por homicidio y otros delitos... El 25 de abril anterior, Chicho y dos de sus guardaespaldas se agarraron a balazos con Pedro Crespín Fuentes y sus custodios. En la refriega murieron Crespín Fuentes y uno de sus guardaespaldas, así como un seguridad de Chicho...La Fiscalía presentó la apelación sobre la decisión del Juzgado...El jefe fiscal...explicó en ese momento que la decisión del juez antimafia "no tiene fundamento legal", ya que ha sido una orden amparada por el estado de salud del imputado. El jefe fiscal detalló que el juzgado, antes de dictaminar este tipo de decisiones, debió pedir un peritaje médico realizado por el Instituto de Medicina Legal, para asegurar el estado de salud del imputado...Además, el fiscal cuestionó por qué el guardaespaldas del edil ha

5.2.3.1.3 *Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro*

De conformidad al inciso 2º del Art. 236 de la Constitución, la Asamblea Legislativa es la autoridad competente para declarar ha lugar la formación de causa contra los y las funcionarios públicos imputados con fuero constitucional, enumerados en el inciso 1º del mismo artículo. En el caso de procedencia de esta formación de causa las diligencias son remitidas a la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro para conocer de la instrucción, y la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro conoce del juicio, esto según el inciso 2º del Art. 385 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 423 Pr. Pn. 2008). En este procedimiento especial la primera de las Cámaras referidas, cuando el o la funcionario público se encontrará detenido, es competente para tomar la decisión en el término de inquirir de setenta y dos horas sobre la libertad o detención provisional del funcionario imputado desafortado, motivando esta medida cautelar en el contenido de los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996 (artículos 329 y 330 Pr. Pn. 2008), sobre los presupuestos del *fumus boni iuris y periculum in mora*.

Un caso emblemático en la historia reciente de nuestro país de esta clase de causa especial ha sido el procesamiento, y posterior condena, del diputado del PARLACEN por el partido ARENA, el señor Mario Osorto, por los delitos de Falsedad Ideológica, Concusión y Negociaciones Ilícitas. La fiscalía solicitó el desafuero de este ex-diputado ante la Asamblea Legislativa el 24 de octubre de 2006, luego el señor Mario Osorto optó por

gozado de arresto domiciliar si no padece de una enfermedad o problemas que no le permitan estar preso en una cárcel.” –noticia titulada “FGR cuestiona arresto domiciliar de edil Chicho”, publicada el 29/08/2010, y consultada el 10/10/2010 en la dirección electrónica http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6342&idArt=5094313 (Sitio web de El Diario de Hoy).

renunciar en apariencia por su propia voluntad a sus privilegios constitucionales, pero la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, advirtió la posible violación del Tratado Constitutivo del PARLACEN, por lo cual fue promovido ante la Corte Centroamericana de Justicia un proceso para dirimir este incidente⁴⁶⁸. La detención provisional del señor Mario Osorto fue decretada por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro el 14 de febrero de 2007, motivada en la gravedad de los hechos y el peligro de fuga debido a la facilidad de contactos del imputado en los países centroamericanos vecinos por su calidad de diputado del PARLACEN; pero la Sala de lo Penal resolvió en recurso de apelación interpuesto por la defensa sustituir esta medida cautelar por las de arresto domiciliario y fijación de fianza⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸Con respecto a la resolución de la Corte Centroamericana de Justicia se cita lo siguiente: *“La decisión fue tomada por unanimidad de los magistrados de la Corte Centroamericana, ya que según la resolución “no se cumplen todos los requisitos necesarios para conformar la circunstancia en la cual el parlamento podría haber actuado desafiando al mencionado diputado”. Basándose en una serie de doctrina, jurisprudencia y en los requisitos que establece el artículo 27 del Tratado Constitutivo del PARLACEN, la corte determina que Osorto “no tomó posesión de su cargo frente al Parlamento Centroamericano, sino hasta el 28 de octubre de 2006, fecha de instalación de la legislatura del PARLACEN y en consecuencia fue hasta esa fecha que adquirió su condición de diputado centroamericano”...La solicitud de desafuero hecha por la Fiscalía General de la República a la Asamblea Legislativa fue entregada el 24 de octubre de 2006, por lo que Osorto únicamente era un diputado electo del PARLACEN, que no podía acceder a los beneficios que le otorga el cargo en el ámbito centroamericano, sino que solamente a los beneficios que le otorga la Constitución de la República de El Salvador como diputado electo.”* –noticia titulada “Osorto deberá enfrentar juicio.”; publicada el 29/01/2008. Consultada el 10 de octubre de 2010 en el sitio web del periódico La Prensa Grafica en la dirección electrónica siguiente: <http://archive.laprensa.com.sv/20080129/lodeldia/20080129/14604.asp?index=17>

⁴⁶⁹Esta información está contenida en lo siguiente: *“Para hacer realidad el arresto domiciliario que le otorgó la Corte Suprema de Justicia, el diputado del Parlamento Centroamericano, Mario Osorto, primero deberá pagar una fianza de \$250,000... Osorto fue beneficiado con el arresto domiciliario... cinco días después de que su defensor impugnó la detención provisional decretada el 14 de febrero pasado por la Cámara Primera de lo Penal de la capital... La Corte Suprema...justifica la libertad de Osorto diciendo que tampoco hay peligro de fuga ni tampoco peligro de que intente obstruir la investigación penal que se le sigue en su contra. Esta posición contradice la resolución de los magistrados de la cámara. “La gravedad (de los delitos) es un elemento que genera el peligro de fuga”, dijeron al ordenar su detención. Y agregaron que por residir en La Unión, una zona ampliamente fronteriza con Honduras, Osorto tiene todas las posibilidades de fugarse hacia los países*

5.2.3.2 *Motivación de la ratificación, modificación, mantenimiento, revocación y aplicación de la detención provisional*

5.2.3.2.1 *Juez de Instrucción*

El No. 1 del Art. 266 Pr. Pn. 1996, ordena a la o el juez de instrucción ratificar o modificar las medidas cautelares impuestas, y en su caso dejar en libertad a la o el imputado, dentro de los tres días de recibido el expediente judicial del juzgado de paz⁴⁷⁰. Sin embargo, la competencia del referido funcionario judicial no se limita a las dos anteriores decisiones, pues, debido al momento procesal de investigación, el o la juez de instrucción es obligado en virtud del Art. 307 Pr. Pn. 1996, a revisar la detención provisional cada tres meses, o todas las veces que lo considere oportuno el o la imputado y su defensor, según el Art. 306 Pr. Pn. 1996⁴⁷¹.

vecinos y, además, mantiene suficientes contactos fuera de El Salvador, en virtud de su investidura de diputado del Parlamento Centroamericano (PARLACEN).” –noticia titulada “Diputado Osorto busca dinero para pagar fianza”; publicada el 25/02/2007. Consultada el 10 de octubre de 2010 en el sitio web de La Prensa Grafica, en esta dirección electrónica: <http://archive.laprensa.com.sv/20070225/nacion/724325.asp>

⁴⁷⁰ A propósito se relaciona el siguiente fragmento de hábeas corpus: “*El artículo 266 ordinal 1º del Código Procesal Penal indica que el Juez de Instrucción debe dictar un auto en el que se pronuncie, entre otros aspectos, sobre las medidas cautelares impuestas en contra del imputado, ya sea para ratificarlas, modificarlas o para dejar en libertad al mismo, resolución que deberá emitirse dentro de los tres días siguientes de recibidas las actuaciones procedentes del Juzgado de Paz respectivo.*” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 124-2007 de las 12:41 horas del 17/03/2010. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

⁴⁷¹ Ahora bien, de conformidad con el Art. 302 Pr. Pn. 2008, referente al Auto de Instrucción Formal, el o la juez de instrucción ya no resolverá en dicho auto la ratificación, modificación o puesta en libertad de la o el imputado, debido a la supresión de estas modalidades en el referido artículo; por tanto, la defensa deberá solicitar la audiencia especial de revisión de medida cautelar, fundamentada en los artículos 343 y 344 Pr. Pn. 2008; y en la debida acreditación del No. 1 del Art. 335 Pr. Pn. 2008, para plantear la cesación de la detención provisional; por otro lado, la obligación de los y las jueces de revisar esta medida cautelar cada tres meses, según el Art. 307 Pr. Pn. 1996, es otra exigencia suprimida en el Pr. Pn. 2008. Todos los anteriores cambios drásticos en el sistema de medidas cautelares vaticinan el reforzamiento de la corriente reglamentarista-positivista de la detención provisional, y un

La motivación de la ratificación de la detención provisional impuesta en la audiencia inicial, la fundamentaba el o la juez de instrucción en los mismos motivos por los cuales había sido impuesta; debido a ello esta modalidad se consideraba un acto de revalidación de la actividad motivadora de la o el juez de paz⁴⁷²; sin embargo, en algunos casos el o la juez de instrucción solía apartarse del criterio judicial aplicado por el o la juez de paz, y modificaba con base al No. 1 del Art. 266 Pr. Pn. 1996, la detención provisional por otras medidas sustitutivas enumeradas en el Art. 295 Pr. Pn. 1996, poniendo en libertad provisional al imputado con las garantía suficientes para su comparecencia. En el Pr. Pn. 2008, como se ha dicho antes, sobre estas modalidades el o la juez de instrucción ya no tiene potestad para pronunciarse.

En cuanto a la decisión sobre la revocación o mantenimiento de la detención provisional es el resultado de una audiencia especial de revisión de medidas cautelares, en la cual participan todas las partes, esto con fundamento legal en el Art. 306, en relación con el último inciso del Art. 307, ambos del Pr. Pn. 1996 (artículos 343 y 344 Pr. Pn. 2008). Por su naturaleza oral, en esta audiencia la defensa debe plantear de manera verbal sus

vuelco retrograda hacia el modelo del irrespeto de los derechos humanos, donde la Fiscalía General de la República se convertirá en una institución con súper poderes.

⁴⁷²Esta situación fue reconocida por la Sala de lo Constitucional en los términos siguientes: *“Al respecto, esta Sala ha sostenido que la ratificación por parte de un Juez de Instrucción de una decisión adoptada por un Juez de Paz en audiencia inicial, no es más que la revalidación del acto jurídico emanado por éste último, ó en otros términos, es una declaración que aprueba la resolución emanada por éste, e implícitamente significa justificar su decisión por remisión, es decir retomando y avalando los motivos que tuvo el Juez de Paz para ordenar la medida cautelar. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que el Juez de Instrucción pueda suplir las omisiones o deficiencias de una resolución emitida en audiencia inicial llegada para su ratificación, pues esta posibilidad potencia la restauración inmediata y sin trascendencia de un derecho trasgredido en la primera fase del proceso.”* – Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 105-2004 de las 12:20 horas del 3/12/2004. Consultada el 29/08/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador).

argumentos sobre las variaciones de los motivos que fundaron la detención provisional, según el No. 1 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 335 Pr. Pn. 2008)⁴⁷³; pidiendo la cesación de aquélla medida en correlación con las características de variabilidad, subsidiariedad, excepcionalidad y proporcionalidad de la detención provisional, estudiadas en este trabajo en el Capítulo IV; y acreditando con la documentación pertinente las disminuciones sufridas en los criterios objetivos y subjetivos del *periculum in mora* (peligro de fuga); pidiendo de igual manera la revocación de la cautela personal, y en consecuencia se decrete la libertad provisional de la persona imputada, y en su defecto aplicar medidas sustitutivas de la detención provisional, según el Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Art. 332 Pr. Pn. 2008), las cuales son estudiadas a partir de la página 148 de este trabajo. En la práctica forense puede o no existir acuerdo de la fiscalía con los argumentos de la defensa, planteando su adherencia a la petición de la parte contraria, su oposición o puede plantear alguna condición para acceder a lo solicitado por el defensor. Después de escuchadas las intervenciones de las partes, con mérito en la argumentación expuesta y en la acreditación o no de nuevos elementos de juicio, con importancia para reducir el peligro de fuga, el o la juez de instrucción procede a dictar verbalmente su decisión, en el sentido de revocar la detención provisional y sustituirla por otras medidas cautelares señaladas en el Art. 295 Pr. Pn. 1996 (Art. 332 Pr. Pn. 2008); o bien, declarando sin lugar lo solicitado, debiendo exponer las razones de su convencimiento para mantener la vigencia de la detención provisional, a través de una argumentación jurídica suficiente, en concordancia con las

⁴⁷³En cuanto a los numerales 2 y 3 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (numerales 2 y 3 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), que tratan acerca de la superación de la condena, e incluso reglas de la suspensión condicional de la pena y otras; así como de los plazos del inciso 2º del Art. 6 (inciso 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008), éstas son causales de cesación de la detención provisional, que una vez cumplidas basta con plantearlas a la o el juez o tribunal en un escrito solicitando su declaratoria.

circunstancias fácticas del caso concreto⁴⁷⁴. Por último, en fase de instrucción es viable aplicar la detención provisional motivada en cualquiera de los criterios del *periculum in mora*, sin descuidar la motivación del *fumus boni iuris*, de conformidad a los artículos 292 y 293 Pr. Pn. 1996 (artículos 329 y 330 Pr. Pn. 2008).

5.2.3.2.2 *Tribunal de Sentencia*

El Tribunal de Sentencia puede modificar la detención provisional, sustituyéndola por otras medidas cautelares, cuando recibe el expediente remitido del juzgado de instrucción, tanto en los casos donde la medida halla superado su duración prescrita en el inciso 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008)⁴⁷⁵, como en el caso donde se supere la condena esperada en el delito, o el tiempo según las reglas de la suspensión de la ejecución de la pena y libertad condicional, de los artículos 77 y 85 del Código Penal; lo anterior tiene como fundamento legal los numerales 2 y 3 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (numerales 2 y 3 del Art. 335 Pr. Pn. 2008).

De igual manera el Tribunal de Sentencia es competente para conocer de la modificación de la detención provisional a petición de la o el imputado y su defensor, quienes pueden solicitar una audiencia especial de revisión de

⁴⁷⁴Con todo, la obligatoriedad de la detención provisional impuesta en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), es un obstáculo insuperable para la modificación de esta medida cautelar en los 64 delitos allí establecidos, pues, un porcentaje significativo de jueces y juezas resuelven no ha lugar su cesación invocando el Art. 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales, acerca del acatamiento obligatorio de la Sentencia del proceso de inconstitucional con Ref. 28-2006 AC, del 12 de abril de 2007, la cual declaró la no inconstitucionalidad de dicha disposición.

⁴⁷⁵Así por ejemplo en el anexo 7 del presente trabajo, denominado: “Anexo 7 Auto de Modificación de Detención Provisional emitido por el Tribunal 1º de Sentencia de San Salvador”; dicho Tribunal de Sentencia modificó la detención provisional del imputado, en vista de haber superado el plazo de dos años de duración, permitido por el inciso 2º del Art. 6 Pr. Pn.1996.

medida cautelar, fundamentada en la acreditación con prueba idónea y pertinente del No. 1 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 1 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), teniendo este Tribunal el deber de motivar su decisión sobre todo cuando deniega dicha audiencia⁴⁷⁶. Ahora bien, debido a estar superada la etapa de instrucción, por regla general, el Tribunal de Sentencia no puede motivar la aplicación de la prisión preventiva fundamentado en la obstrucción de la investigación, empero, en los casos de los delitos contra la libertad sexual, si la víctima tiene una relación familiar con el imputado, y cohabitan en la misma casa, entonces, es razonable decretar aquella medida cautelar según el No. 2 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 330 Pr. Pn. 2008), para evitar influencias dañinas a este medio de prueba, sobre todo en los casos donde el testimonio de la víctima constituye la única prueba⁴⁷⁷; este

⁴⁷⁶En el siguiente hábeas corpus la Sala de lo Constitucional reconoció la adecuada motivación de la denegación de revisión de medida cautelar por el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca: *“El favorecido sostiene que su derecho de libertad está siendo vulnerado por el Tribunal de Sentencia de Zacatecoluca, en virtud de haber solicitado la realización de una audiencia especial de revisión de medida cautelar, la cual fue denegada por considerar que no existen nuevos elementos que puedan modificar la detención provisional, “utilizando además el axioma imputación igual Detención”; en ese sentido dicha decisión se fundamentó en la prohibición que establece el artículo 294 inciso 2º del Código Procesal Penal, disposición que obliga a imponer la detención provisional sin la posibilidad de aplicar medidas sustitutivas. En ese sentido, la detención provisional se convierte en la regla general, y como consecuencia, atenta contra la presunción de inocencia y el derecho a un juicio previo, violando los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución...esta Sala logra evidenciar que la resolución en virtud de la cual el Tribunal de Sentencia de la ciudad de Zacatecoluca, negó la celebración de la audiencia especial de revisión de medida cautelar, cuenta con una motivación adecuada, pues la misma no se hizo recaer solamente en la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 294 del Código Procesal Penal, sino que además se logran apreciar otros fundamentos de hecho y de derecho, mediante los cuales se estimó oportuno declarar sin lugar la revisión de la detención provisional”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 88-2005 de las 12:21 horas del 20/02/2006. Consultada el 11/10/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador).

⁴⁷⁷Al respecto la Sala de lo Penal considera suficiente el testimonio de la víctima en casos de delitos de abuso sexual, diciendo: *“En los delitos de índole sexual, considerados por la doctrina como delitos de alcoba, el sujeto pasivo adquiere doble calidad de víctima y testigo, y como tal debe darsele credibilidad a su deposición, pues por lo general es la fuente más importante de prueba, ya que al ser analizada arroja suficientes elementos que permiten establecer la existencia del hecho punible aludido, esencialmente hechos que le han ocurrido y para cuya comprensión no se requiere de un conocimiento técnico. Cuando la*

criterio adquiere mayor relevancia en los casos de víctimas menores de edad o incapaces⁴⁷⁸.

Asimismo, en esta etapa de competencia del Tribunal de Sentencia es procedente aplicar la detención preventiva en la situación de incomparecencia del imputado a una cita judicial, lo cual implica un peligro de fuga, dando lugar a la declaratoria de rebeldía, y las correspondientes órdenes de captura, esta causal es expuesta a partir de la página 207 del presente trabajo de investigación.

Otro criterio discutido hasta la fecha había sido la aplicación de la detención provisional al condenado durante la fase de impugnación de la sentencia condenatoria, lo cual tanto la mayoría de Tribunales de Sentencia como la Sala de lo Constitucional consideraron procedente, pues, la fase de impugnación es parte del proceso principal⁴⁷⁹; este criterio ha sido recogido

declaracion de la victima es el unico elemento probatorio de cargo, exige una prudente valoración por los juzgadores, ponderando su credibilidad en relacion con los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa... (Sentencia de la SALA DE LO PENAL, Ref. 571-CAS- de las 09:50 horas del día 28/2/2007) –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; págs. 16.

⁴⁷⁸ Así lo reitera la Sala de lo Penal en lo siguiente: *“En los casos de abuso sexual ejercida sobre un menor, el testimonio de éste constituye la prueba fundamental, sino única, de que disponen los órganos encargados de la persecución penal para establecer la realidad del hecho delictivo. La experiencia criminológica demuestra que la mayor parte de estos delitos se cometen en un entorno cerrado, con una fuerte interacción efectiva entre el autor y la víctima. Por ello, en muy pocas ocasiones el juez dispone de otras evidencias que no sean el testimonio de la propia víctima. (Sentencia de la SENTENCIA DE LO PENAL, Ref. 360-CAS-2006 de las 11:13 horas del día 5/11/2007)”* –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007; ob. cit.; págs. 16.

⁴⁷⁹ Este criterio ha sido confirmado en la jurisprudencia de la actual Sala de lo Constitucional en el presente año, diciendo lo siguiente: *“Esta Sala advierte que respecto de la detención provisional, si bien los jueces de sentencia fundamentaron de forma sintetizada la imposición de la detención provisional, medida acogida con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia condenatoria impuesta mientras el fallo adquiere firmeza, ello no implica una transgresión a los derechos fundamentales invocados por el impetrante, pues como ya lo ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, “el deber de motivar” no exige una exposición detallada y extensa de las razones que llevaron al juzgador a resolver*

en el inciso 3º del Art. 8 Pr. Pn. 2008, con el aditivo de extenderse la detención provisional por doce meses más en los delitos graves, dejando en 3 años el tiempo máximo de su duración, y no en dos años como exigió el inciso 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996.

5.2.3.2.3 Cámara de lo Penal

La Cámara de lo Penal conoce del recurso de apelación interpuesto contra la decisión judicial de aplicar, sustituir o denegar la detención provisional, tomada por el o la juez de paz; y por el o la juez de instrucción, según el Art. 304 Pr. Pn. 1996 (Art. 341 Pr. Pn. 2008)⁴⁸⁰; en relación con el Art. 417 en adelante, Pr. Pn. 1996 (Art. 464 al Art. 467 Pr. Pn. 2008). Este procedimiento de control judicial en segunda instancia busca revocar o modificar la medida cautelar impuesta, que al tratarse de la detención provisional examina el agravio alegado por la parte recurrente. Ahora bien, la Cámara de lo Penal puede confirmar la resolución recurrida, fundamentando su criterio en la argumentación de la motivación del juez a quo, es decir, haciendo suyo el contenido de la referida motivación⁴⁸¹.

en determinado sentido, mucho menos se requiere la expresión completa del proceso lógico que el Juez utilizó para llegar a su decisión; pues basta con exponer de forma concisa, los motivos de la decisión jurisdiccional, permitiendo mediante los mismos que la persona a quien se dirige la resolución logre comprender las razones que la informan” –Sentencia de Hábeas Corpus, Ref. 187-2008, de las 12:50 horas del 4/03/2010. Consultada el 12/10/2010 en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm> (Sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador).

⁴⁸⁰El inciso 2º del Art. 304 Pr. Pn. 1996, dice que la apelación no suspende la ejecución de la decisión tomada, sin embargo, el inciso 2º del Art. 341 Pr. Pn. 2008, trae la salvedad de no ejecutarse la decisión apelada, si ésta consiste en la sustitución de la detención provisional en la instrucción.

⁴⁸¹Esta forma de hacer suya la motivación del a quo, de parte de la Cámara de lo Penal, es un argumento declarado válido por la Sala de lo Constitucional, a propósito se cita lo siguiente: *“La Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, por su parte, se remitió a lo decidido por la Jueza de Paz, y al respecto –en la resolución citada en el romano III de esta sentencia– expresó: “conforme a la regla “Rebus Sic Stantibus” (...) no se puede modificar lo resuelto con anterioridad, porque su fundamento sigue teniendo*

En el caso que la resolución de la Cámara de lo Penal sea desfavorable, el imputado, su defensor o cualquier persona, pueden pedir el auto de exhibición personal ante la Sala de lo Constitucional, solicitando la libertad de la o el imputado con fundamento en la violación de la libertad física por una indebida motivación de la decisión, lo cual tiene inmanente el agravio a la seguridad jurídica y el derecho de defensa, contenidos en los artículos 2 y 12 de la Constitución⁴⁸². Además, en virtud del Art. 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, todas las Cámaras de lo Penal no

actualidad, sigue teniendo el mismo efecto jurídico. En consecuencia con todo lo anteriormente expuesto, concurriendo los requisitos señalados en el Art. 292 Pr. Pn y no habiéndose modificado el hecho y las razones por las cuales se decretó la detención provisional de los imputados en referencia, es procedente revocar las medidas sustitutivas impuestas por el Juez de Instrucción y decretar nuevamente la detención provisional. Así, en cuanto a la supuesta falta de fundamentación de la detención provisional por haberse remitido la Cámara a lo dicho por el Juez de Paz, es de advertir que la jurisprudencia de esta Sala –verbigracia en sentencia de fecha tres de diciembre de dos mil cuatro, correspondiente al proceso hábeas corpus número 105-2004– ha sostenido que, cuando una autoridad judicial se remite a lo dicho por otro Juez dentro de un mismo proceso penal, aquél retoma y avala los motivos que tuvo éste último para ordenar la medida cautelar; es decir, hace suya la motivación del Juez que lo precedió en la causa, no puede hablarse de falta de motivación.” –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 10-2006 de las 12:07 horas del 15/01/2007. Consultada el 29/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

⁴⁸²En el siguiente caso la Cámara de la Tercera Sección del Centro revocó las medidas sustitutivas, para luego decretar la detención provisional, ante lo cual la Sala de lo Constitucional resolvió a favor de la libertad de la imputada, esto dice así: “...Con respecto al argumento único de la Cámara que sostuvo que no se podía creer razonablemente que la imputada no trataría de sustraerse de la acción de la justicia, es necesario reiterar la importancia del deber de motivación de todas aquellas decisiones adoptadas por el Juez que restrinjan derechos fundamentales; obligación que se ha hecho depender de la seguridad jurídica y del derecho de defensa en juicio. Sostener que no se podía creer razonablemente que la imputada no se sustraería de la acción de la justicia, sin precisar la razón de ese argumento, o sin aducir en que apoyaba esa eventualidad, no satisface el derecho de la imputada a obtener una resolución motivada. Sostener igualmente sin ningún argumento la falta de arraigo familiar, domiciliar y laboral, cuando éstos, de acuerdo a lo externado por el Juez de Paz y luego por el de Instrucción en audiencia especial, ya habían sido demostrados y tenidos por válidos; y con relación al arraigo laboral cuando se había establecido que la imputada era jubilada; resulta arbitrario y atentatorio a los derechos de la imputada.” –Sentencia de Hábeas Corpus, Ref. 109-2004, de las 12:20 horas del 11/01/2005. Consultada el 13/10/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la dirección electrónica siguiente: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>.

comprendidas en el distrito judicial de San Salvador, son competentes para conocer del proceso de Hábeas Corpus solicitado a favor de una persona detenida, dentro del cual puede pedirse la exhibición personal del imputado en detención preventiva. Si la sentencia de hábeas corpus emitida por dicha Cámara deniega la libertad del imputado, procede el recurso de revisión para ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según el inciso 2º del Art. 72 de la Ley de Procedimientos Constitucionales.

5.2.3.2.4 Sala de lo Penal

Bajo el argumento de subsistir la fase impugnativa sin ponerle fin al proceso hasta la decisión del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria, la Sala de lo Constitucional ha declarado en algún proceso de hábeas corpus competente a la Sala de lo Penal para decidir sobre la libertad física del condenado, a través de la audiencia especial de revisión de medida cautelar solicitada durante el trámite de la Casación; aunque lo anterior no parece un caso común, en nuestra práctica forense tenemos al menos un antecedente⁴⁸³, en consecuencia, la Sala de lo Penal de

⁴⁸³ Este antecedente lo encontramos en el siguiente caso, donde la Sala de lo Constitucional declaró competente a la Sala de lo Penal para conocer de la audiencia especial de revisión de medidas cautelares solicitada por el condenado: *“En atención a lo expresado en los fundamentos jurídicos, es dable señalar que mientras pende Casación, el proceso penal aún se encuentra en trámite y es precisamente en cualquier estado del procedimiento que la ley habilita a solicitar la revisión de las medidas cautelares; en consecuencia, se puede –efectivamente– solicitar a la Sala de lo Penal la revisión de la medida cautelar, pues tal instancia tiene competencia para pronunciarse sobre el derecho fundamental de libertad física del condenado, ello conforme a la Constitución. En el caso sub júdice, se ha constatado que no existe pronunciamiento por parte de la Sala de lo Penal respecto a la situación jurídica del señor Vallejo Marroquín, de forma que tal indeterminación sobre la revisión de la medida cautelar en la que se encuentra el favorecido afecta garantías y derechos del condenado prescritas por la ley fundamental, tales como la presunción de inocencia, defensa, seguridad jurídica y específicamente el derecho objeto de tutela de este proceso constitucional que es la libertad personal. Por tanto, es procedente emitir una sentencia estimatoria respecto al punto alegado.”* –Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 30-2008 de las 12:01 horas del 22/12/2008. Consultada el 29/08/2010 en

conformidad a la jurisprudencia de hábeas corpus tiene competencia para revocar o sustituir la detención provisional en el momento procesal antes referido.

5.3 A manera de conclusión

La motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales es uno de los signos vitales del Estado Democrático Constitucional de Derecho; por lo tanto, esta actividad judicial realizada en cumplimiento de todas sus exigencias jurídicas y epistemológicas legitiman los actos jurídicos de decisión judicial, demostrando el sometimiento de la o el juez a la ley y la Constitución. En el caso de la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional constituye, además de lo anterior, la adecuada justificación de su uso con fines cautelares procesales, evitando de esa manera la utilización de dicha medida cautelar como pena anticipada de prisión.

CAPITULO VI

OBLIGATORIEDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL SALVADOR Y SU DESACATO A LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

En el presente Capítulo se realiza el análisis jurídico sobre la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador, la cual ha sido impuesta tanto a través de contrarreformas a unas leyes secundarias, como con una sentencia de no inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. La tesis central planteada en seguida pretende demostrar que esta obligatoriedad de la referida medida cautelar se contrapone con los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, debido a la vulneración de la libertad personal, seguridad jurídica, principio general de libertad, presunción de inocencia y derecho de defensa, pues, la obligación por ministerio de ley de aplicar la detención provisional imposibilita su adecuada motivación, fundamentación y argumentación, lo cual se ha traducido en la práctica forense salvadoreña en su uso como regla general, siendo esto un desacato a las normas jurídicas internacionales relativas a dicha cautela penal.

6.1 *Marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador*

El marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional es conformado por el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008), el Título V de la Ley de Procedimientos Constitucionales y la Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006 AC, del 12 de abril de 2007, pronunciada por la Sala de lo Constitucional; estas disposiciones en su conjunto obligan a la o el juez o tribunal a imponer la

detención provisional en unos 64 delitos, pues, prohíben adoptar medidas cautelares alternativas o sustitutivas de la detención provisional. El referido marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional no será modificado con la entrada en vigor del Código Procesal Penal de 2008, ya que el inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, reproduce íntegramente la actual prohibición del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996; e inclusive, adiciona el delito de desórdenes públicos.

Lo antes expuesto contradice otras disposiciones del mismo Código Procesal Penal, pues la referida prohibición de adoptar medidas alternas o sustitutas de la detención provisional causa un daño jurídico al deber judicial de una adecuada, suficiente y razonada motivación, fundamentación y argumentación de esta medida cautelar, exigido de esa manera en el inciso 3º del Art. 3; Art. 130; Art. 285, inciso 1º; y No. 3 del Art. 296; todos del Pr. Pn. 1996 (inciso 3º del Art. 4; Art. 144; Art. 320, inciso 1º; y No. 4 del Art. 334; todos del Pr. Pn. 2008); ante esto los y las jueces constitucionalistas respondieron, durante los seis primeros años de vigencia de la referida contrarreforma, con la inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, por violentar los principios constitucionales de igualdad jurídica, presunción de inocencia y supremacía de los tratados internacionales. En reacción a esa, y otras posiciones similares de dichos funcionarios judiciales en diversas situaciones jurídicas, sobrevino del legislativo el 6 de julio de 2006 otra contrarreforma, la cual es: la incorporación del Título V, INAPLICABILIDAD, a la Ley de Procedimientos Constitucionales, dejando en adelante a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la potestad exclusiva de declarar toda clase de inconstitucionalidades, donde el o la juez del caso concreto está limitado a requerir dicha declaratoria, y según el inciso 1º del Art. 77-G de la Ley de Procedimientos

Constitucionales, el o la juez desobediente de la sentencia dictada en los procesos de inconstitucionalidad debe ser *“penado, de conformidad al art. 322 del Código Procesal Penal”*. La batalla final de la obligatoriedad de la detención provisional la perdieron los y las jueces constitucionalistas con la sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad 28-2006 Ac., pronunciada el día doce de abril de dos mil siete por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declarando en esencia la no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996. Por lo tanto, se pasará a analizar el marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, en cuanto a la política criminal de los decretos legislativos de las contrarreformas, los considerandos para justificarlas, sus resultados en la práctica forense, y la descripción del contenido de la sentencia de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, pronunciada por la Sala de lo Constitucional el día 12 de abril de 2007.

6.1.1 Art. 294, Inc. 2º, Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008)

El inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), dice a su tenor: *“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 de Activos.”*⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴En esencia el Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, tiene el mismo contenido del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, la variable significativa en aquél inciso del 2008, es la inclusión del delito de *Desordenes Públicos*, en el cual estará obligado el o la juez penal a aplicar la detención provisional.

La disposición arriba transcrita comprende 65 delitos, sumando el delito de Desordenes Públicos incluido en el Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008⁴⁸⁵, en los cuales el o la juez está obligado a aplicar la detención provisional. Esta obligatoriedad es el resultado de una determinada política criminal impulsada por el ejecutivo con la anuencia del legislativo, es por esta razón necesario traer a colación los considerandos de los decretos de las contrarreformas⁴⁸⁶, mediante las cuales se incorporó el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, pues ellos contienen esa política criminal, por cierto, continuada en todos los gobiernos de turno hasta la fecha.

6.1.1.1 *Política criminal contenida en el Art. 294, Inc. 2º, Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008)*

El inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, fue incorporado a finales de 1999 mediante dos decretos legislativos, el segundo de los cuales sólo realizó correcciones estilísticas en el primero⁴⁸⁷. Una tercera contrarreforma por Decreto Legislativo del 7 de octubre de 2004, terminó de completar el actual catálogo de delitos de aquélla disposición, al incluir los delitos de comercio

⁴⁸⁵La lista de Delitos comprendidos en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), por los cuales es prohibido adoptar medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional, y por consiguiente, es obligatorio aplicar esta medida cautelar se encuentran en el *Anexo 8: Catálogo de Delitos comprendidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)*, en los cuales es obligatorio decretar la *detención provisional*.

⁴⁸⁶Aquí el término *contrarreforma* es utilizado en el sentido de “*f. Actuación contraria a una reforma anterior.*”, que es una acepción propuesta en la 23ª edición del Diccionario de la Lengua Española. Pues, por ejemplo la incorporación a finales de 1999 del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, fue una reforma en contra del espíritu garantista del Código Procesal Penal 1996; en el cual así como ésta, le fueron realizadas más de 300 contrarreformas, hasta destruir la sistematización de su diseño original.

⁴⁸⁷“*Reformas al Código Procesal Penal*”; Decreto Legislativo No 704, del 9 de septiembre de 1999; publicado en el Diario Oficial Número 183, Tomo N° 345, del 4 de octubre de 1999; reformado a su vez por Decreto Legislativo 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el Diario Oficial Número 239, Tomo N° 345, del 22 de diciembre de 1999.

de personas, tráfico ilegal de personas y todos los delitos contra la libertad sexual⁴⁸⁸.

La primera contrarreforma de la obligatoriedad de la detención provisional fue a iniciativa de ley del gobierno arenero del Presidente Francisco Guillermo Flores Pérez, por medio del Ministro de Justicia Dr. Francisco Rodolfo Bertrand Galindo; siendo aprobada mediante Decreto Legislativo No 704, del 9 de septiembre de 1999, el cual enuncia las bases de la política criminal impulsada con esta medida legislativa, diciendo en su Considerando II, lo siguiente: *“Que la aplicación práctica del mencionado cuerpo legal ha evidenciado, a costa de la seguridad jurídica y la paz ciudadana, que existe una serie de principios cuyo desarrollo extremista en el Código, cuyos dictados no se ajustan a la realidad cultural, social y económica de la Nación”*. Puede observarse en lo antes transcrito el contenido de una política criminal caracterizada en priorizar la seguridad jurídica sobre el derecho de libertad física, lo cual es justificado en el hecho abstracto del desarrollo extremista de los principios programáticos del Código Procesal Penal 1996, sin referirse con hechos concretos al daño causado por el supuesto extremismo, pero en cualquier caso la falta de ajuste con la realidad salvadoreña, señalada al final del Considerando, pone de manifiesto un interés a la conservación del status quo, condicionado por el irrespeto de las garantías y derechos constitucionales.

Por otro lado, el Considerando III, del mismo Decreto Legislativo 704 arriba relacionado, tiene inmanente una política criminal de defensa social, propia del reglamentarismo-positivista de la detención provisional, estudiada

⁴⁸⁸ *“Reformas al Código Procesal Penal”*; Decreto Legislativo No. 458, del 7 de octubre de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 207, Tomo N° 365, del 8 de noviembre de 2004.

al inicio del Capítulo IV de esta investigación, ya que establece la necesidad del equilibrio entre los intereses de la sociedad con los del imputado, concibiendo el proceso penal como instrumento de lucha contra la delincuencia, y no como vehículo de enjuiciamiento criminal como corresponde.

La mencionada política criminal de defensa social está ratificada por la Asamblea Legislativa en su informe rendido en el año 2007, en el proceso de inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, ordenado por la Sala de lo Constitucional durante el trámite del referido proceso, diciendo que la prohibición de sustituir la detención provisional por otras medidas, en los casos de los delitos comprendidos en dicha disposición, se justifica por la alarma social provocada, la cual es un riesgo de fuga y obstaculización del proceso penal, además, reconoce en la obligatoriedad de la detención provisional las funciones de prevención general y prevención especial, propias de la pena⁴⁸⁹. Además de esto último, lo cual constituyen fines ilegítimos de la detención provisional, el Legislativo atribuyó la alarma social como principal causal del *periculum in mora* de esta cautela penal.

Entonces, la política criminal contenida en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Art. 331, Inc. 2º, Pr. Pn. 2008), es informada por la escuela fundamentalista del reglamentarismo-positivista de la detención provisional, la cual promueve el uso de esta medida cautelar como regla general.

⁴⁸⁹ Esto quedó expresado así: “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.” –lo anterior puede consultarse en el presente trabajo de investigación en el “Anexo 9: Certificación de la Resolución de los Procesos de Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34/200636/2006...., publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007, pág. 171”.

6.1.2 Título V de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.)

El título V fue agregado a la Ley de Procedimientos Constitucionales mediante Decreto Legislativo No 45, del 6 de julio de 2006, añadiéndole a esta Ley los artículos del 77-A al 77-G, los cuales norman el proceso de inconstitucionalidad iniciado por requerimiento judicial (Art. 77-F, L. Pr. Cn.), en aquellos casos concretos donde el o la juez declara la inaplicabilidad de una ley, conforme al Art. 185 de la Constitución (Art. 77-B, L. Pr. Cn.). La sentencia definitiva de la Sala de lo Constitucional, que declara la no inconstitucionalidad alegada, es de obligatorio acatamiento, en virtud del último inciso del Art. 77-F, L. Pr. Cn..

Según el Considerando I del referido Decreto Legislativo No. 45, en nuestro país coexistían dos sistemas de control de constitucionalidad, el control difuso ejercido por los tribunales de conformidad con el Art. 185 Cn., y el control concentrado de la Sala de lo Constitucional, regulado en el Art. 183 Cn.. Esta dualidad de controles, dijo el bloque de diputados de derecha que impulsaron la contrarreforma, hace necesario crear los “...*mecanismos que permitan unificar criterios por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.*”⁴⁹⁰, significando esto la conversión en requerimiento judicial, por vía de ley secundaria, de la potestad constitucional de la o el juez para declarar la inaplicabilidad de las leyes⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Considerando III del Decreto Legislativo No. 45, del 6 de julio de 2006, publicado en el Diario Oficial No 143, Tomo No 372, del 7 de agosto de 2006.

⁴⁹¹ Desde el inicio de su vigencia, estas reformas fueron calificadas como medidas en contra de la independencia judicial, eso se lee en lo siguiente: “*Las últimas reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa, a la Ley de Procedimientos Constitucionales, son consideradas por los jueces independientes como un reto en su trabajo. Esta es la conclusión a la que han llegado el Foro de Jueces Democráticos e Independientes, ante estas reformas aprobadas por los partidos de derecha en el congreso, el pasado 6 de julio de este año y que les genera ciertos tropiezos en sus funciones. La gremial de jueces independientes organizó ayer el foro sobre análisis de estas reformas con dos reconocidos juristas: los*

Dicho sea de paso, con anterioridad a la propuesta de estas contrarreformas a la Ley de Procedimientos Constitucionales, algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a través de la iniciativa de ley de ciertos diputados, propusieron a consideración de la Asamblea Legislativa en el año 2003 un *Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional*, el cual también incluye un Título V, INAPLICABILIDAD, en sus artículos 102, 103 y 104⁴⁹², elaborado según sus promotores con el objetivo de salvaguardar la seguridad jurídica. Sin embargo, este Anteproyecto pretende la creación de una nueva Ley Procesal Constitucional para sustituir la actual Ley de Procedimientos Constitucionales, pero en las contrarreformas aquí comentadas a esta última ley, fueron tomados tan solo como referencias los incisos 1º y 2º del Art. 102 del referido Anteproyecto, para los incisos 1º y 2º del Art. 77-A, *L. Pr. Cn.*; asimismo se retomó el Art. 103 del Anteproyecto dicho, para el Art. 77-C, *L. Pr. Cn.*; el inciso 1º del Art. 104 del Anteproyecto, sirvió para redactar el Art. 77-D, *L. Pr. Cn.*, y el inciso 2º del mismo Art. 104 del Anteproyecto se disgregó entre el Art. 77-E, y una mínima parte en el inciso 1º del Art. 77-F, ambos de la *L. Pr. Cn.*⁴⁹³.

exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia, Enrique Argumedo y René Hernández Valiente. "Tenemos en nuestros estatutos la lucha por la defensa de la Constitución...el hecho que se estén dictando leyes que vienen minando o coartando la libertad de la independencia de los jueces, nos obliga a iniciar el debate", comentó la magistrada Rivas Galindo. –Diario Co Latino; "Jueces toman como reto últimas Reformas a Ley de Procedimientos Constitucionales", publicada el 11 de agosto de 2006. Consultada el 9 de octubre de 2010, en el sitio web del periódico Co-Latino en esta dirección electrónica: http://www.diariocolatino.com/es/20060811/nacionales/nacionales_20060811_13398/?tpl=69

⁴⁹²CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, "*Anteproyecto de Ley Procesal Constitucional*", consultado el 10/10/2010, en la página web principal del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/>

⁴⁹³Para el ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Hernández Valiente, este anteproyecto fue tergiversado, esto lo dijo en lo siguiente: "...*Hernández Valiente, consideró que estas reformas aprobadas por los padres de la patria no eran necesarias, pero ahora los jueces deben estudiar a fondo el tema y buscar los mecanismos para superar los impases que genera en su desempeño. El exmagistrado insistió en que la reforma no era necesaria, "desde 1950 se dijo por el constituyente que ni el artículo 185 era necesario...(el legislador) actuó más allá de lo que podría haber hecho". Sin embargo, Hernández Valiente dijo que "ésta es una iniciativa de la Asamblea, de 50 diputados, nuestra lectura desde el*

6.1.2.1 *Medidas de coacción contra los y las jueces contenidas en el Título V de la Ley de Procedimientos Constitucionales*

La medida de coacción más perturbadora en contra de los y las jueces está contenida en el inciso 1º del Art. 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales, donde es calificada la conducta de incumplimiento de la sentencia del proceso de inconstitucionalidad, por parte de dichos funcionarios judiciales, como un delito de Desobediencia, tipificado y sancionado en el Art. 322 del Código Penal.

Además, paralelo a la anterior amenaza legal, el inciso 2º del mencionado Art. 77-G, contiene la medida de coacción administrativa de la suspensión en sus funciones de la o el juez por el desacato a la sentencia del referido proceso de inconstitucionalidad, ordenando aquélla misma disposición aplicar el Art. 237 de la Constitución, que califica como delito de prolongación de funciones la continuación en el cargo del funcionario suspendido, pudiendo con ello llegar a ser depuesto definitivamente en caso de condena⁴⁹⁴.

punto de vista jurídico es que se tomó parcialmente lo que nosotros mismos presentamos hace cuatro años para garantizar a la ciudadanía de que hubiera una seguridad jurídica... pero esto se ha tergiversado”, explicó.” –Diario Co Latino; “Jueces toman como reto últimas Reformas a Ley de Procedimientos Constitucionales”, ob. cit. Sin embargo, para el Departamento de Estudios Legales de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), el referido Anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia ha servido de modelo para estas contrarreformas, esto lo dice en estos términos: “El texto de las reformas fue tomado del proyecto de “Ley de procedimientos constitucionales” que ha estado en discusión en la Asamblea Legislativa desde el año 2003. Se trata de un proyecto controvertido que, aunque se originó en la Corte Suprema de Justicia, no fue remitido al parlamento con la iniciativa del cuerpo colegiado en vista de no haber acuerdo entre los Magistrados sobre su contenido, por lo que esa prerrogativa constitucional fue ejercida por algunos diputados.”–Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), Departamento de Estudios Legales, DEL/FUSADES; “Polémica sobre el control difuso de la inconstitucionalidad”; Boletín No. 69, septiembre de 2006; pág. 5.

⁴⁹⁴Hasta el día de hoy no se sabe de alguna juzgadora o juzgador procesado en virtud del Art. 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales, pero esta posibilidad latente ha

6.1.2.2 *Procedencia de una nueva inaplicabilidad de la ley declarada no inconstitucional, a pesar del último inciso del Art. 77-A de la Ley de Procedimientos Constitucionales*

Según el último inciso del Art. 77-A de la Ley de Procedimientos Constitucionales, es improcedente declarar la inaplicabilidad de una ley donde haya pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional sobre su constitucionalidad; de esta manera parece haber sido interpretada dicha disposición en la jurisprudencia de la referida Sala, lo cual es puesto en evidencia por el hecho de no haber procedido otro pronunciamiento sobre la constitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, desde la sentencia que declaró la no existencia de la inconstitucionalidad alegada en el proceso 28-2006 AC, del 12 de abril de 2007. Sin embargo, la subsistencia de motivos de inconstitucionalidad, distintos a los alegados por los jueces y jueza requirente en aquél proceso, hace procedente una nueva declaratoria de inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, y por equiparación, la inaplicabilidad del Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, a la cual la Sala de lo Constitucional debe darle el trámite correspondiente para determinar la constitucionalidad o no de esta nueva declaratoria⁴⁹⁵, el detalle de esto se estudia más adelante.

logrado minar la moral de muchos jueces y juezas a través de la guerra psicológica encubierta en ello.

⁴⁹⁵Esta misma opinión brindó en su momento el Departamento Legal de FUSADES, al decir: “El inciso segundo del Art. 10 de la “Ley de procedimientos constitucionales”, sin embargo, ha establecido una limitación a las facultades judiciales, al establecer: “Si en la sentencia se declara que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”. Nunca se ha objetado esta disposición, pues es obvio que si una autoridad superior, investido de la calidad de intérprete final y autorizado de la Constitución, ha establecido con efectos generales la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, el desacato de su decisión equivale a la violación de una ley. Varias veces se ha señalado, no obstante, que la disposición se quedó corta. La Sala de lo Constitucional es un tribunal, no una instancia legislativa, por lo

6.1.3 Sentencia 28-2006 AC. de la Sala de lo Constitucional, declarando la no inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996

La sentencia de las doce horas del día doce de abril de dos mil siete, de los procesos de inconstitucionalidad 28-2006, 33-2006, 34-2006 y 36-2006 acumulados, contiene la decisión de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, alegada por el juez primero de instrucción de Santa Tecla, el Juez de paz de la ciudad y puerto de La Libertad y la jueza de paz de Apopa.

En lo jurídico, esta sentencia por sus efectos de carácter general (*erga omnes*) es la última contrarreforma para lograr la efectiva obligatoriedad de la detención provisional. En nuestra opinión académica el calificativo de

tanto, sólo se pronuncia sobre lo que le es planteado en un litigio y al declarar que no existe la inconstitucionalidad alegada en una norma determinada, no está determinando inequívocamente que la norma sea en todo ajustada a la Constitución, sino que por los motivos aducidos por el impetrante el vicio constitucional no existe; la norma podría ser inconstitucional por razones distintas a las expuestas por el demandante. El inciso segundo del Art. 10 LPC debe entenderse en el sentido de que un juez no puede declarar inaplicable una ley por los mismos motivos alegados en el proceso en el que se pronunció sentencia declarando que la inconstitucionalidad pretendida no existe, pero puede declararla inaplicable por distintas razones. Debe hacerse notar que en el inciso tercero del Art. 77-A del decreto de reformas mencionado se comete la misma omisión...”—Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), Departamento de Estudios Legales, DEL/FUSADES; “Polémica sobre el control difuso de la inconstitucionalidad”; Boletín No. 69, septiembre de 2006; pág. 3. Además, recientemente el ex-magistrado de la Sala de lo Constitucional, y firmante de la sentencia del 12 de abril de 2007, que declaró la no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, el Dr. Mauricio Clará, afirmó la procedencia de una nueva inaplicabilidad de esta disposición, basada en otros motivos, al respecto dijo: “Para el ex magistrado de la Sala de lo Constitucional Mauricio Clará, si esa instancia declaró que no procede liberar a acusados de delitos graves, “se tiene que cumplir estrictamente”. Sin embargo, el ex magistrado hizo una salvedad. Si el juzgador inaplica nuevamente este artículo y lo hace argumentando la violación de otras disposiciones, este caso puede ser nuevamente revisado por la Sala de lo Constitucional.” —El Diario de Hoy; “Jueces Ignoran Fallo de Corte Suprema”, noticia publicada el 29 de agosto de 2010. Consultada el 9/10/2010, en el sitio web de este periódico *elsalvador.com* en esta dirección http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=5094305

contrarreforma es un acierto debido al giro de criterio tomado en relación con la constitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, esto se estudia más adelante. En lo político, representa el consenso entre los órganos fundamentales del gobierno salvadoreño, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para convertir en política de Estado los postulados básicos de la escuela fundamentalista del reglamentarismo-positivista de la detención provisional.

6.1.3.1 *Argumentos y motivos alegados en la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, por los jueces y jueza requirentes*

6.1.3.1.1 *Jueza de paz de Apopa (violación del Art. 3 Cn.)*

La señora jueza de paz de Apopa declaró la inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, en un caso de delito de Robo Agravado, por contraponerse la prohibición establecida en esta disposición a la igualdad jurídica consagrada en el Art. 3 de la Constitución de la República, pues, no está justificada la diferenciación entre los delitos a los cuales es impropio tomar medidas sustitutivas de la detención provisional, atentado esto contra los derechos universales de dignidad humana, igualdad y libertad⁴⁹⁶.

⁴⁹⁶La Sala de lo Constitucional resolvió la procedencia del proceso de inconstitucionalidad requerido por esta jueza, diciendo lo siguiente: “*Vistos los argumentos sostenidos por la Jueza de Paz del Municipio de Apopa, ...se ha verificado que la declaratoria de inaplicabilidad en referencia reúne los presupuestos mínimos para tramitar y decidir...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 del 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 provisional por otras medidas.*” –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 28-2006 AC., de las 12 horas del 12/04/2007, publicada en el

6.1.3.1.2 *Juez primero de instrucción de Santa Tecla (violación de los artículos 12 y 144, inciso 2º, Cn.)*

El señor juez primero de instrucción de Santa Tecla, declaró la inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, en dos diferentes casos concretos, argumentando la existencia de la inconstitucionalidad de esta disposición por contrariar los valores justicia, seguridad jurídica y bien común, en los cuales en su consecución se realiza la persona humana como origen y fin del Estado; además el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, atentar contra la presunción de inocencia y la inalterabilidad de la Constitución por las leyes secundarias, todo lo cual está consagrado en los artículos 1, 12 y 246 de la Constitución.

Así también, consideró el juez primero de instrucción de Santa Tecla que es procedente declarar la inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, por el motivo de la violación al inciso 2º del Art. 144 de la Constitución de nuestra República, el cual establece la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes secundarias, pues, tanto en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es regulada la prohibición del uso de la prisión preventiva como regla general⁴⁹⁷, a lo cual tiende aquélla disposición del Pr. Pn. 1996.

Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007. Lo anterior puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 168”.

⁴⁹⁷En el auto donde se resolvió ha lugar el trámite del proceso de inconstitucionalidad, requerido por el juez primero de instrucción de Santa Tecla, la Sala de lo Constitucional expresa en esencia lo siguiente: “*Vistos los argumentos sostenidos por el Juez de Instrucción de Santa Tecla, ...esta Sala dio trámite a ambos requerimientos y afirmó que...la disposición constitucional que resultaría vulnerada –si fuera el caso- al confrontar la ley con normas de tratados internacionales sería el art. 144 inc. 2º Cn., que consagra el valor jurídico y posición de éstos en el sistema de fuentes. En esos términos, la transgresión*”

6.1.3.1.3 *Juez de paz de la ciudad y puerto de La Libertad (violación del Art. 144, inciso 2º, Cn.)*

El señor juez de paz de la ciudad y puerto de La Libertad, declaró la inaplicabilidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, el 12 de septiembre de 2006, con el argumento basado en el Art. 9.3 PIDCP y Art. 7.5 de la CADH, donde se estipula que la prisión preventiva no debe ser la regla general, lo cual es contradicho por aquélla disposición inaplicada, pues en la misma se establece la prohibición de sustituir en algunos delitos, la mencionada coerción penal, por otras medidas cautelares menos gravosas, entre los cuales se encuentra el Homicidio Agravado⁴⁹⁸.

6.1.3.2 *Informe rendido por la Asamblea Legislativa justificando la constitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996*

La Asamblea Legislativa, no obstante a la orden de la Sala de lo Constitucional hacia el legislativo para justificar como órgano emisor la

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 inherentes –dignidad, libertad e igualdad–, y que en materia penal se concreta en la presunción de inocencia. En suma, se aclaró que el examen radicaré 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.,...como también, el art. 144 inc. 2º 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.” –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 28-2006 AC., de las 12 horas del 12/04/2007, y Diario Oficial, antes citados; págs. 169 y 170.

⁴⁹⁸La Sala de lo Constitucional dio trámite al requerimiento del juez de paz de la ciudad y puerto de La Libertad, con base al mismo motivo manifestado en este punto por el juez primero de instrucción de Santa Tecla, diciendo: “Lo mismo se dijo respecto de la certificación enviada por el Juez de Paz de la ciudad y puerto de La Libertad” –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 28-2006 AC., de las 12 horas del 12/04/2007, y Diario Oficial, antes citados; pág. 170.

constitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, replicando los motivos alegados por la jueza y jueces requirentes, en el rendimiento de su informe no refirió ningún contra argumento pertinente en el presente proceso de inconstitucionalidad⁴⁹⁹. En cambio los técnicos de la Asamblea Legislativa, en lugar de argumentar debidamente la justificación ordenada, presentaron el plagio de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del comentario al Art. 294 Pr. Pn. 1996, realizado por los profesionales responsables del texto publicado por el CNJ, titulado “*Comentarios al Código Procesal Penal*”⁵⁰⁰, ante esto la Sala de lo Constitucional no se pronunció.

En el único párrafo de propia cosecha del Legislativo, ubicado en la pág. 171 del Diario Oficial de la sentencia definitiva del presente proceso de inconstitucionalidad⁵⁰¹, esgrime este órgano emisor como justificación de la disposición objeto de control, la provocación por lo general de una alarma social por parte de los delitos comprendidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996; así como también, dichos delitos tienen la cualidad de generar mayor riesgo de fuga u obstaculización del proceso.

No se pierda de vista que el sentido de los anteriores argumentos contienen una finalidad retributiva propia de la pena, pues, la declaración de la alarma social como causal de la detención provisional persigue aliviar la

⁴⁹⁹En este sentido se relaciona lo siguiente: “...se ordenó que la Asamblea Legislativa rindiera informe, en el plazo de diez días hábiles, mediante el cual justificará la constitucionalidad de las disposiciones declaradas inaplicables por los tribunales requirentes, tomando en cuenta los motivos de inconstitucionalidad delimitados en dichos autos iniciales.” –Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 28-2006 AC., de las 12 horas del 12/04/2007, y Diario Oficial, antes citados; pág. 170.

⁵⁰⁰Confróntese las págs. 182 y 183 del libro del CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICIATURA; *Comentarios al Código Procesal Penal*; ob. cit., con lo dicho en el informe del legislativo en la págs. 170 y 171 del Diario Oficial, que publicó la referida sentencia.

⁵⁰¹En este trabajo puede consultarse en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 171”.

sensación de inseguridad de la sociedad, esto es planteado en la página 216 en este trabajo; y el establecimiento de la gravedad de los delitos enumerados en el referido inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, como único motivo del peligro de fuga y de obstrucción de la investigación, obliga a una aplicación automática de la detención provisional, teniendo como fundamento el axioma “*imputación igual detención*”, este axioma es un tema tratado más adelante.

6.1.3.3 *Opinión del Fiscal General de la República solicitando la no inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996*

A diferencia de la Asamblea Legislativa, el Fiscal General de la República sí es pertinente con los alegatos de los jueces y jueza requirentes de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, motivando suficientemente con abundante doctrina jurídica su opinión por la cual no considera la existencia de dicha inconstitucionalidad.

Sin embargo, la fundamentación de la negativa fiscal carece de argumentos consistentes, pues, ahonda en especial en la falta de contradicción de aquella disposición con el principio de igualdad jurídica, diciendo en esencia que no es una discriminación las excepciones realizadas por el legislador en los delitos establecidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, ya que la misma es atendiendo al delito cometido⁵⁰², esto

⁵⁰²En ese sentido se cita el párrafo que sintetiza la opinión del Fiscal General de la República, en cuanto a la falta de violación de la igualdad jurídica: “*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.*”

también se enmarca dentro del axioma “*imputación igual detención*”, el cual opera dando igual relevancia a los indicios de la atribución del delito como si fueran pruebas de la culpabilidad del imputado.

En relación a la falta de violación de la presunción de inocencia se limitó el Fiscal General ha opinar sobre su creencia de la derivación de la excepcionalidad de la detención provisional en el sub-principio de la proporcionalidad conocido como necesidad de la medida⁵⁰³, lo cual es una verdad a medias, porque como se expone en la página 190 de esta investigación académica, la proporcionalidad aplicada a la detención provisional tiene tres componentes: 1º) la necesidad de la detención provisional; esto significa que dicha medida cautelar debe ser el último recurso utilizado para asegurar las resultados del proceso; 2º) la idoneidad de la medida, en el sentido de considerar otras medidas cautelares menos gravosas para alcanzar los mismos resultados esperados con la aplicación de la detención provisional; y 3º) la proporcionalidad en sentido estricto, fundamentado en el principio de prohibición de exceso, que exige examinar en el caso concreto la adecuada proporción entre el interés estatal y los derechos afectados con la detención provisional. Por lo tanto, la excepcionalidad de la prisión preventiva busca evitar la utilización de esta medida cautelar como pena anticipada, y de esta manera no destruir el

son en razón del delito cometido, lo que sí es relevante y justifica el trato desigual” –esto puede consultarse en el presente trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 172”.

⁵⁰³ Esta opinión la dijo el Fiscal General en los términos siguientes: “*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 acudirse a dichas medidas.*” –Diario Oficial No. 71, Tomo N° 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 173.

sistemas de garantías constitucionales a favor del imputado, entre las cuales se encuentra la garantía básica de la presunción de inocencia.

En cuanto al alegato de la contraposición al inciso 2º del Art. 144 de la Constitución, como acción refleja de la supremacía del Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, el Fiscal General ha sido incongruente en su respuesta, pues dijo que existen otros ordenamientos internacionales en los cuales aparece que decretar la detención provisional no significa una violación a la presunción de inocencia, refiriéndose a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), citando la Regla número 1.3, donde se establece: *“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 sus sistema de justicia penal.”*⁵⁰⁴.

Lo anterior es la síntesis de la argumentación de la solicitud del Fiscal General para declarar la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996. Además, lo último dictaminado no tiene ninguna relación con los motivos alegados por los jueces requirentes, y carecen de fundamento jurídico pues las Reglas de Tokio son consideradas por los expertos de Naciones Unidas como instrumento para interpretar el Art. 9.3 del PIDCP⁵⁰⁵. y no un Tratado o Convención Internacional obligatoria⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 172.

⁵⁰⁵Para los expertos de Naciones Unidas la deficiente investigación del delito es un factor del abuso de la prisión preventiva, y las reglas de Tokio coadyuvan a la interpretación del Art. 9.3 del PIDCP; al respecto dicen: *“El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara en su párrafo 3: <<La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar*

6.1.3.4 *Premisas del fundamento del fallo de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, de la Sala de lo Constitucional*

Los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, firmantes de la presente sentencia, Licenciado Agustín García Calderón (Presidente), Dr. Mauricio Alfredo Clará, Dr. Julio Enrique Acosta Baires y Dr. German Arnoldo Álvarez Cáceres (magistrado suplente), pronunciaron en lo principal el fallo siguiente:

- I. 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...*
- II. 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*

subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio...>>. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) interpretan el contenido de dicho artículo. Las reglas ayudan a mejorar las condiciones para todas las personas detenidas en régimen de detención preventiva, recomendando que sólo se recurra a la prisión preventiva cuando no puedan aplicarse medidas no privativas de libertad, como por ejemplo la libertad bajo fianza. Como el hacinamiento de las instalaciones penitenciarias y la duración o ineficacia de las investigaciones con anterioridad al juicio son importantes factores que contribuyen al uso abusivo de la prisión preventiva, conviene liberar al mayor número posible de reclusos en la medida que no se perjudiquen la investigación del presunto delito ni la protección de la sociedad y de la víctima.” –CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva; ob. cit.; pág. 2.

⁵⁰⁶Según la Sala de lo Constitucional el Tratado es obligatorio y la Declaración no: “*El Tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados, y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación (art. 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT]. Se rige por el principio pacta sunt servanda, es decir, obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (art. 26 CVDT). La Declaración Internacional es adoptada mediante la resolución de una organización internacional. Ésta obtiene su autoridad normativa del tratado instituyente de la organización internacional, pero, en principio, carece de aptitud para obligar a los Estados.*” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; pág. 401.

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...

III. 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...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.

Como se examinará a continuación, los argumentos de las premisas en las cuales está fundamentado el anterior fallo carecen de una razón suficiente de acuerdo a los principios modernos del estado democrático y constitucional de derecho, y además, contradicen los principios del sistema internacional de protección de los derechos humanos, que están obligados a observar los Estados partes en sus legislaciones nacionales para restringir los derechos y libertades fundamentales.

6.1.3.4.1 Primera Premisa: concepción de los derechos fundamentales sin asidero en el derecho internacional

A partir del romano II, de la sentencia definitiva del presente proceso de inconstitucionalidad, inicia su fundamentación sentando como primera premisa una concepción de los derechos fundamentales sin asidero en el derecho internacional. Esto es característico en nuestro sistema judicial, por

su desapego a los modelos supranacionales en los cuales los mecanismos del sistema de protección de derechos humanos (Instrumentos Jurídicos Internacionales, Tribunales u Organismos Internacionales y Regionales) tienen una incidencia efectiva en las resoluciones judiciales a todo nivel de instancia nacional, por su capacidad para imponer sanciones a los Estados y jueces en particular, ante la inobservancia de la jurisprudencia y política creada por las instancias internacionales o regionales; por ejemplo, en el Capítulo VIII de esta investigación, se estudia la experiencia europea donde las decisiones en materia de prisión provisional del Tribunal de Justicia, el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomadas conforme al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son decisiones de carácter obligatorio tanto para los gobiernos de todos los países miembros de la Unión Europea, como para sus tribunales nacionales, y constituyen una jurisprudencia consolidada, aún con el impacto negativo para los derechos humanos en la última década por la guerra contra el terrorismo. El caso cercano a nosotros de sistema supranacional es Costa Rica, regulando en su actual Código Procesal Penal una serie de disposiciones confiriendo obligatoriedad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ En relación al sistema supranacional de Costa Rica se cita lo siguiente: *“El C.P.P. en su artículo 5 señala la sujeción de los jueces al Derecho Internacional. En el artículo 12 se indica que toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de investigación debe velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevé el Derecho Internacional vigente en Costa Rica. El artículo 63 del C.P.P. indica que en el ejercicio de su función, el Ministerio Público, velará por el cumplimiento del Derecho Internacional...El artículo 75 en su segundo párrafo establece el derecho de cualquier persona a constituirse querellante contra funcionarios que en el ejercicio de su cargo, hayan violado los derechos humanos. Por su parte el artículo 175 dice que no podrán ser valorados para fundar una resolución judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Derecho Internacional. El artículo 178 señala que son defectos absolutos los concernientes a la*

En el anterior sentido, la falta de referencia a los estándares internacionales ha llevado a la Sala de lo Constitucional, emisora de la presente sentencia, a establecer de manera parcial las condiciones de restricción de los derechos fundamentales⁵⁰⁸, invirtiendo en algunos argumentos el original orden de prioridad de los derechos humanos encontrado en el Derecho Internacional⁵⁰⁹, en detrimento de los artículos 29 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como se estudia más adelante.

inobservancia a los derechos y garantías previstas en el Derecho Internacional...El artículo 277 establece que corresponde al juez del procedimiento preparatorio controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en el Derecho Internacional vigente. El artículo 379 indica que los tribunales en los procedimientos especiales contemplados en el Código velarán porque no se desnaturalicen los principios y garantías establecidos en el Derecho Internacional...De todas esas normas se extrae la mentalidad de fuente de Derecho Procesal Penal que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” – LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); ob. cit.; pág. 53.

⁵⁰⁸En el siguiente fragmento de la sentencia se expresan las condiciones de restricción: *“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. Estos pueden establecerse, en definitiva, solamente mediante una ponderación entre el contenido del derecho y el principio contrario que justifica la restricción...Cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante ley formal pueden ser establecidos por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumplan 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. 1º Cn.-; y respete el principio de proporcionalidad.” –Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; págs. 175 y 176.*

⁵⁰⁹Así sucede con el siguiente argumento: *“De manera reitera 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 cualquiera.” –Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 183.*

6.1.3.4.2 *Segunda Premisa: elevación de la seguridad pública sobre el derecho de libertad personal*

Partiendo de una interpretación de la seguridad pública limitada a la tutela de los derechos contra el peligro de lesión por los particulares, termina elevándose esta categoría jurídica sobre el derecho de libertad personal, mediante su declaratoria de interés público, fundamentada en la protección al resto de derechos enunciados en el inciso 1º del Art. 2 de la Constitución. La Sala de lo Constitucional cuando limita en esta sentencia la seguridad pública a la tutela de la protección contra el peligro de daño a los derechos⁵¹⁰, busca construir un juicio de ponderación atendiendo a la dañosidad del delito atribuido, que concluya en la prioridad de aquella categoría jurídica sobre el derecho de libertad física. Contrario a lo anterior, en el contexto del estado democrático y constitucional de derecho la seguridad pública abarca todos los aspectos de la paz pública, armonía social y respeto de las leyes, lo cual exige del Estado una protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta última manera fue tratado el tema en el punto

⁵¹⁰Esta limitación de la seguridad pública lo plantea en los términos siguientes: *“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...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 de 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.”* –Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; págs. 177 y 180.

6 de los Acuerdos de Paz del 16 de enero de 1992, intentando introducir una nueva doctrina de seguridad pública a cargo de la Policía Nacional Civil con miras a superar la ideología de la Seguridad Nacional, que implicó la militarización de la sociedad bajo un régimen represivo y de violación de los derechos humanos por parte de los extintos cuerpos de seguridad pública (Guardia Nacional, Policía de Hacienda y Policía Nacional)⁵¹¹.

6.1.3.4.3 *Tercera Premisa: aplicación de la teoría civilista de las medidas cautelares en el análisis de la detención provisional*

Con la finalidad de desautorizar el alegato de los jueces requirentes de la utilización de la detención provisional como pena anticipada, inmanente en su uso como regla general en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, la Sala de lo Constitucional aplicó en la presente sentencia para el análisis de dicha cautela penal la teoría civilista de las medidas cautelares, para declarar la no existencia de la violación de la presunción de inocencia, regulada en el inciso 1º del Art. 12 de la Constitución.

En el Capítulo II de este trabajo de graduación, se trata el tema de los Extremos o Condiciones de la providencia cautelar, estableciendo la

⁵¹¹Para una importante relatora de Naciones Unidas la seguridad pública se define así: “Se entiende por seguridad pública el conjunto de disposiciones destinadas a garantizar, en un país, la paz pública, la armonía social y el respeto por las leyes justas y las decisiones u órdenes legítimas de los poderes públicos. Podría entenderse también por seguridad pública la tarea de proteger a todos los individuos en la mayor medida posible de cualquier tipo de peligro. Comprende cuestiones que son necesarias para la seguridad del público en general.” –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley. Estudio sobre los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1ª edición; por Erica Irene A. Daes, Relatora Especial de la Sub-comisión de prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías; publicación correspondiente a la Serie de Estudios sobre derechos humanos; Ginebra, Suiza; 1990; pág. 196.

necesidad del adelantamiento de los efectos provisionales de la eventual sentencia condenatoria debido al peligro específico de daño jurídico a un derecho aparente (*fumus boni iuris*), el cual tiene como causa la larga demora del proceso (*periculum in mora*) en dictarse dicha sentencia. En la teoría civilista de las medidas cautelares el derecho aparente (*fumus boni iuris*) es el producto de un juicio de probabilidad que tiene como hipótesis el resultado favorable de la sentencia definitiva a los intereses del solicitante de la medida cautelar, sin embargo, en lo procesal penal debe tenerse en cuenta la traducción del referido *fumus boni iuris* como un juicio de la existencia del delito y de la probable autoría o participación⁵¹², para evitar el prejuzgamiento de culpabilidad del imputado, que convierte en pena anticipada la medida cautelar penal impuesta⁵¹³, por este motivo en las cautelas penales el *periculum in mora*, representado en el peligro de fuga, es el presupuesto principal para decretarlas.

⁵¹²Esta distinción no aparece en la presente sentencia de la Sala de lo Constitucional, pues al respecto dice: “En tal sentido, los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares consisten en la probable existencia de un derecho amenazado –*fumus boni 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, 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.” –Diario Oficial No. 71, Tomo N° 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 182.

⁵¹³En la sentencia comentada esto quedó expresado en los términos siguientes: “La presunción o principio de inocencia se encuentra consagrada en el art. 12 inc. 1º de la Cn., y se puede entender que posee tres significados claramente diferenciables...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...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.” –Diario Oficial No. 71, Tomo N° 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; págs. 183 y 184.

6.1.3.4.4 Cuarta Premisa: *periculum in mora* de la detención provisional motivado sólo con la gravedad del delito

La gravedad del delito, estudiada en el Capítulo IV de este trabajo, es uno de los criterios objetivos del *periculum in mora* para decretar la detención provisional. Esta causal por sí misma es razón suficiente para aplicar la referida cautela penal cuando no existen datos personales del imputado para evidenciar su intención de sometimiento al proceso. Con todo, el transcurso del tiempo en el avance de las investigaciones y la acreditación de arraigos (familiar, domiciliario y laboral) pueden incidir en la disminución del peligro de fuga, haciendo variar los motivos por los cuales se fundó en un inicio la detención provisional. Ahora bien, según la Sala de lo Constitucional esta regla está suprimida *ipso iure* en los casos de los delitos del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, debido a sus características especiales, declarando con base a este motivo la no violación del principio de igualdad consagrado en el Art. 3 de la Constitución⁵¹⁴.

Este argumento de la gravedad de los delitos contenidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, sirvió también en la presente sentencia para fundamentar la no existencia de la violación a la presunción de inocencia, protegida en el inciso 1º del Art. 12 de la Constitución, dando el sentido de compatibilidad con las medidas cautelares a través del cumplimiento de requisitos relacionados con los indicios del delito y autoría o participación del

⁵¹⁴En el pasaje pertinente de la presente sentencia esto quedó así: “En el presente caso, sí el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un 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, justifica establecer una regla en virtud de la cual no se sustituirá la medida cautelar 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.” –Diario Oficial No. 71, Tomo N° 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; págs. 188 y 189.

imputado, el fin legítimo perseguido y la correspondencia de los fines legítimos con las características de la detención provisional⁵¹⁵.

6.1.3.4.5 *Quinta Premisa: la detención provisional no es la regla general por aplicarse a un número reducido de delitos*

El argumento central de la Sala de lo Constitucional para determinar la falta de vulneración del inciso 2º del Art. 144 de la Constitución, por acción refleja de la supremacía del Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Art. 7.5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, es la situación jurídica de aplicarse la detención provisional para un número reducido de delitos, y no para todos los delitos tipificados y sancionados en el Código Penal⁵¹⁶. Esta premisa contiene la inobservancia con mayor menoscabo a la regla de las técnicas de

⁵¹⁵ Sin ningún argumento, la Sala de lo Constitucional asume la gravedad del delito como fundamento de los fines legítimos de la detención provisional, esto lo expone así: *“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...y que vuelvan razonadamente 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...; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines”* – Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 184.

⁵¹⁶ Esto está determinado en los términos siguientes: *“Respecto de la posible vulneración al art. 144 inc. 2º 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...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 las persona humana o de la colectividad...es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos, y por lo tanto, la detención provisional no se convierte en la regla general”* –Diario Oficial No. 71, Tomo Nº 375, del 20 de abril de 2007; ob. cit.; pág. 189.

argumentación, según la cual apartarse de un criterio precedente debe tener razones de peso. Desde el hábeas corpus 9-V-94 del 17/11/1994, los tratados internacionales en El Salvador tuvieron efectividad para la motivación, aplicación excepcional y prohibición del uso como regla general de la detención provisional, llegando a considerar la Sala de lo Constitucional en la sentencia 15-96 Ac., del 14/02/1997, que la prohibición del excarcelamiento significa utilizar la detención provisional como regla general, incluso esto lo ratificó la Sala de lo Constitucional de 2002, en proceso de hábeas corpus, adecuando su criterio con respecto a la prohibición de aplicar medidas sustitutivas o alternativas de dicha cautela penal, donde declaró la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996⁵¹⁷, y a su vez este último criterio fue retomado en proceso de hábeas corpus en febrero de 2006 por tres de los mismos Magistrados firmantes de la presente sentencia de inconstitucionalidad 28-2006 Ac., del 12 de abril de 2007, en la cual contradijeron toda la anterior doctrina garantista a favor de la presunción de inocencia.

⁵¹⁷El hábeas corpus de 1994, que ya es un hito en la historia jurídica de la motivación de la detención provisional, dice: *“La detención provisional regulada en los artículos 247 y 248 del Pr. Pn. consiste en una privación de libertad que debe regirse, para que sea coherente con el marco constitucional e internacional indicado y dada su naturaleza de medida cautelar por el principio de excepcionalidad. Así, tal privación sólo puede ser acordada en los casos y en la forma previstos por la ley en cumplimiento del principio de legalidad y mediante una resolución judicial debidamente fundamentada o motivada. Así comprendida la detención provisional, ésta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales - circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que la misma, no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el artículo 247 del Pr. Pn.; sino que debe de existir una valoración del Juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencia de dictar la detención provisional; y es que, como limitación de la libertad individual de un inocente, la detención provisional sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales.”* (nota propia del presente trabajo académico: el Pr. Pn. relacionado en lo anterior es de 1973) –Sentencia de Hábeas Corpus 9-V-94. Villalobos; Juzgado Octavo de lo Penal de San Salvador, emitida a las 8:50 horas, del día 17 de noviembre de 1994. Consultada el 18/10/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

6.1.4 *Aplicación del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en la motivación de las resoluciones judiciales*

La aplicación combinada del conjunto de disposiciones arriba comentadas, del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, ha logrado tener plena vigencia en nuestra práctica forense. La adopción de medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional, en los delitos comprendidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), parece hoy en día una quimera jurídica para el común de personas imputadas. Ningún argumento de calidad, acreditado por la defensa, logra conceder la revocación o sustitución de la detención provisional en audiencias iniciales, audiencias especiales de revisión de medidas cautelares y recursos ante instancias superiores, ni tampoco hace variar la objeción de fiscales quienes abiertamente exigen el cumplimiento de la obligación de los y las jueces de imponer la detención provisional en los delitos de aquella disposición⁵¹⁸.

Luego de la sentencia de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, pronunciada el 12 de abril de 2007 por la Sala de lo Constitucional, muchos jueces y juezas no tardaron en fundamentar sus resoluciones con base a su simple referencia, sin siquiera comentar su

⁵¹⁸ Como por ejemplo en el siguiente hábeas corpus, se exige esta obligación: *“De las certificaciones remitidas por la Jueza Tercero de Instrucción, y más en concreto, en lo relativo a las resoluciones que dictó con fechas 5-XI-2007 y 14-III-2008, alusivas a la imposición de medidas sustitutivas a la detención provisional, y acta de audiencia preliminar en la que ratificaron dichas medidas, respectivamente, se observa en que en la audiencia inicial, el Juez Décimo Tercero de Paz de esta ciudad ordenó instrucción formal sin detención ni medidas para los imputados, de lo cual la representación fiscal pidió revocatoria, porque el art. 294 Pr. Pn. obliga a decretar la detención provisional.”* –Sentencia de Hábeas Corpus 7-2008, de las 10:05 horas del día 18 de septiembre de 2009. Consultada el 16/10/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

contenido, pero teniendo el cuidado de hacer constar su apego al Art. 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales⁵¹⁹.

6.1.4.1 *Doble responsabilidad penal de los y las jueces por motivos opuestos originada en la obligatoriedad de la detención provisional*

El marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional sanciona con una doble responsabilidad penal a la o el juez por motivos opuestos, ya que según el Inc. 1º del Art. 77-G de la Ley de Procedimiento Constitucionales, dichos funcionarios judiciales son responsables del delito de Desobediencia prescrito en el Art. 322 del Código Penal, por el incumplimiento de la sentencia de la Sala de lo Constitucional, luego, en virtud de la sentencia de inconstitucionalidad 28-2006 AC, del 12 de abril de 2007, que declaró la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, el o la juez está en la obligación de no aplicar medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional en los delitos enumerados en esa disposición.

Sin embargo, el y la juez penal es advertido de otra responsabilidad penal por un motivo opuesto al anterior, es decir, al no sustituir la detención

⁵¹⁹En una audiencia de junio de 2007 de revisión de medidas cautelares, el Juez de Primera Instancia de San Juan Opico a dos meses de la sentencia de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, ya tomaba su decisión de no conceder la revocatoria de la detención provisional fundamentándose en dicha sentencia, diciendo: “...este Juzgador, fundamenta su resolución, en la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de las doce horas del día doce de abril del presente año número veintiocho dos mil seis, treinta y seis del dos mil seis, en donde se desestima Inconstitucionalidad del Artículo doscientos noventa y cuatro Inciso segundo del Código Procesal Penal. Tomando el suscrito muy en cuenta lo establecido en los Artículos diez, setenta y siete –F,G, de la Ley de Procedimientos Constitucionales, por lo que NO HA LUGAR, el recurso solicitado...” –Este párrafo puede leerse en el último folio frente del Acta judicial incorporada en el presente trabajo de graduación en el “Anexo 10: Acta de Audiencia de Revisión de Medidas Cautelares, de las 14 horas del 21 de junio de 2007, Juzgado de Primera Instancia San Juan Opico”.

provisional con otra medida cautelar cuando la misma haya superado el tiempo de su duración, pues, según el No. 3 del Art. 297 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 335 Pr. Pn. 2008), el legislador obliga a la cesación de la referida prisión preventiva por esa causal, regulada en correlación con el Art. 6 Pr. Pn. 1996 (Art. 8 Pr. Pn. 2008), la cual para los casos de los delitos graves establecidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), no puede exceder de veinticuatro meses⁵²⁰.

6.1.4.2 *El único argumento posible para declarar improcedente la aplicación de la obligatoriedad de la detención provisional*

Según los presupuestos de la detención provisional, el único argumento posible para no aplicarse en los delitos del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), es la falta de configuración de la existencia del delito y la probable autoría o participación de la persona imputada, lo cual constituye el *fumus boni iuris* de esta medida cautelar. Lo anterior puede acreditarse con indicios de descargo, o contradiciendo las diligencias iniciales de investigación del fiscal en la audiencia inicial, dentro

⁵²⁰Un caso concreto de esta doble responsabilidad penal por motivos opuesto, se incluye en el presente trabajo en el “Anexo 7 Auto de Modificación de Detención Provisional emitido por el Tribunal 1º de Sentencia de San Salvador”, en el cual dice: “Por lo tanto frente a la disposición del artículo 6 C. Pr. Pn. En relación a las prohibiciones planteadas en el Código Procesal Penal, Sentencia de la Sala de lo Constitucional e inclusive la disposición de la Ley de Procediéndolos Constitucionales en el Art. 77-G, que plantea que el incumplimiento de la Sentencia de la Sala de lo Constitucional por parte del Juez, constituye delito de desobediencia, y será penado, de conformidad con el artículo 322 del Código Penal, si el juez no acata el contenido de la Sentencia, la Sala de lo Constitucional adoptará las medidas necesarias y pertinentes para su cumplimiento, y mandará a procesar al desobediente, quien quedará desde ese momento, suspendido en sus funciones, aplicándosele en su caso lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución. Igual amenaza de ser procesados existe para los jueces en el caso del artículo 6 C. Pr. Pn., que prescribe que la detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera, en ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses para los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves, **“so pena de incurrir en responsabilidad penal”**” –Penúltimo folio vuelto, del auto incorporado en el anexo 7 de esta investigación académica.

de lo cual cabe alegar alguna nulidad que afecte la fundamentación de la detención provisional, según el último inciso del Art. 223 Pr. Pn. 1996 (último inciso del Art. 345 Pr. Pn. 2008), como por ejemplo la nulidad absoluta por la falta de solicitud de la o el ofendido o víctima en los delitos de acción pública previa instancia particular, regulada en el No. 3 del Art. 224 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 346 Pr. Pn. 2008).

En cuanto al *periculum in mora* o peligro de fuga, el punto 2 del fallo de la sentencia de inconstitucionalidad del 12 de abril de 2007, de la Sala de lo Constitucional, avaló su configuración automática con base a la gravedad de los delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, en consecuencia contra este presupuesto no se admite ningún alegato.

6.2 *Inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), según la misma Sala de lo Constitucional*

No obstante a la declaratoria de la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, pronunciada en la sentencia de inconstitucionalidad del 12 de abril de 2007, tres de los mismos Magistrados que suscribieron esta sentencia todavía en el 2006 sostenían en los procesos de hábeas corpus el criterio jurisprudencial según el cual la referida disposición del Pr. Pn. 1996, violenta los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, por obligar a la o el juez a imponer la detención provisional, no permitir la adecuada motivación de esta medida y utilizarla como regla general en contra de la presunción de inocencia⁵²¹. La fundamentación de la

⁵²¹ Así está suscrito por el Licenciado Agustín García Calderón (Presidente), Dr. Mauricio Alfredo Clará y por el Dr. Julio Enrique Acosta Baires, firmantes de la sentencia de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, del 12 de abril de 2007; pero que junto a la Dra. Marina Victoria de Avilés, aún en el 2006 consideraban en procesos de

inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, emitida por la Sala de lo Constitucional en proceso de hábeas corpus, se argumentó con base a la doctrina de las leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, explicándose que en las primeras la acción automática se deriva con solo la entrada en vigencia de la norma jurídica, teniendo obligación los destinatarios de ajustar su conducta al supuesto de hecho para evitar su consecuencia jurídica; en cambio, en las leyes heteroaplicativas es *condictio sine qua non*⁵²² la acción de una autoridad para producir las consecuencias señaladas en este tipo de norma jurídica, de esta clase de leyes es la naturaleza jurídica del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), dijo la Sala de lo Constitucional, concluyendo por tanto en la procedencia del hábeas corpus contra leyes heteroaplicativas en el caso de esta disposición⁵²³.

hábeas corpus lo contrario, diciendo: “...es imperativo concluir, en cuanto al Art. 294 inc. 2º, que éste obliga al juzgador a imponer la detención provisional sin posibilidad de aplicar medidas sustitutivas, impidiéndole además con ello que pueda establecer motivadamente la necesidad o no de imponer la detención provisional, lo que violenta lo establecido en los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, pues al imponer la detención provisional como cumplimiento de una regla general, vuelve dicha medida no sólo violatoria del derecho de libertad física, sino también incompatible con la presunción de inocencia.” –Sentencia de Hábeas Corpus 88-2005, de las 12:21 horas del día 20 de febrero de 2006. Consultada el 2/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

⁵²²“Condición necesaria para que un negocio jurídico produzca sus efectos” –OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; ob. cit.

⁵²³En el Hábeas Corpus donde se declaró por primera vez la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, dice así: “En el caso en estudio, esta Sala considera que se encuentra ante un verdadero hábeas corpus contra ley heteroaplicativa, porque el artículo 294 Inc. 2º Pr. Pn., necesitó para producir sus efectos, de actos de aplicación posteriores emanados, para el caso, de la Cámara de la Cuarta Sección del Centro de Nueva San Salvador –en cumplimiento exclusivo de dicha disposición-. Por ello, debe analizarse, como parte indispensable del iter lógico de la presente decisión, si el artículo 294 –en específico el inciso 2º- es coherente o no con la normativa constitucional, por lo que este Tribunal, como garante de la Constitución, realizará el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley que ha servido de base para el acto reclamado...” –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. En el texto de esta sentencia lo antes transcrito se encuentra en el romano IV, págs. 4 y 5, pudiendo consultarse en esta investigación académica en su “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

6.2.1 *Imposibilidad de motivar la detención provisional por el axioma “imputación igual detención” del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996*

El automatismo de la detención provisional es el resultado principal de la prohibición de utilizarse medidas alternativas o sustitutivas de esta cautela penal, según el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), dejando imposibilitado a la o el juez de expresar mediante una debida motivación, la fundamentación y argumentación de la necesidad o no de usar aquélla medida cautelar en el caso concreto. Lo antes escrito es la idea central expuesta por la Sala de lo Constitucional para haber considerado en un primer momento la aplicación de la detención provisional como pena anticipada, constituyendo esto un fin ilegítimo basado en el axioma *“imputación igual detención”*, regulado en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996⁵²⁴. Lo anterior es una doctrina retomada de la célebre Sentencia 15-96 Ac., pronunciada el 14 de febrero de 1997 por la Sala de lo Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado⁵²⁵. Ahora bien, la

⁵²⁴Al respecto se cita el siguiente párrafo del hábeas corpus comentado: *“...esta Sala no puede desconocer que el establecimiento mediante ley de una prohibición de sustitución de la detención provisional por otro tipo de medidas cautelares, supone la aplicación mecánica o automática de la detención provisional, privando al juez de la facultad de apreciar si en el caso concreto la medida resulta adecuada y conveniente a los fines del proceso, lo cual trae como consecuencia, que por la imputación del hecho aún no comprobado definitivamente y por cuya responsabilidad el imputado aún no ha sido oído y vencido en juicio, se le privaría de la libertad personal sin motivación alguna, –lo que en la práctica supondría la ejecución adelantada de una pena a la que no se sabe si será condenado-, ya que con dicho precepto legal, el requisito de motivación de las resoluciones –en especial de aquellas que de alguna manera restringen el ejercicio de algún derecho-, carecería de sentido, pues ya el legislador contempló la imposibilidad de aplicar medidas sustitutivas a la detención provisional, adquiriendo reconocimiento legal la ya denunciada ecuación: imputación igual detención, la que evidentemente no responde a los principios constitucionales que rigen a la persecución penal.”* –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Pagina 10 del “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

⁵²⁵En esta Sentencia el referido axioma llegó a calificarse de odioso, al respecto dice: *“La mirada más superficial a nuestro sistema procesal penal evidencia que la praxis de la*

referida imposibilidad de motivar, fundamentar y argumentar la detención provisional, debido a la obligación de imponerse según el inciso 2 del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), tiene como consecuencia la violación de los fundamentos constitucionales de la motivación de esa medida cautelar, establecidos tanto en el inciso 2º del Art. 12 Cn., acerca del derecho de defensa concretado en el conocimiento de las razones de la convicción judicial para limitar o restringir los derechos fundamentales; como en el Art. 2 Cn., en la seguridad jurídica, pues, conocer las razones de la convicción judicial mediante la motivación de la resolución judicial posibilita los recursos ante tribunales superiores⁵²⁶.

6.2.2 *Violación de los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, contenida en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)*

Con una interpretación extensiva la Sala de lo Constitucional sostuvo el fundamento constitucional de la libertad como regla general en el principio

aplicación judicial del art. 247 Pr. Pn. ha implicado un considerable número de procesos penales, en los cuales se ha producido la imposición mecánica o automática de la detención provisional, con lo que la odiosa ecuación imputación igual detención provisional, ha llegado a adquirir en nuestro sistema procesal la calidad de axioma judicial; y su exteriorización más afrentosa es el padecimiento endémico del fenómeno de los reos sin condena, problema que unido a otros males del sistema carcelario nacional, ha potenciado la maximización de la actual crisis carcelaria.” (nota propia del presente trabajo académico: el Pr. Pn. relacionado en lo anterior es de 1973) –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 15-96 Ac.; de los artículos 2, inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra el Crimen Organizado; 1ª edición; Publicaciones Especiales; Nº 23; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 1997; pág. 129.

⁵²⁶En ese sentido el referido hábeas corpus dice: “De aceptar como constitucionalmente válida la anterior situación, esta Sala estaría contradiciendo su reiterada jurisprudencia, en la cual ha establecido la necesidad de motivar las resoluciones, v.gr. sentencia de hábeas corpus número 98-2002, en la que se estableció: “Este Tribunal en reiteradas ocasiones ha declarado que el derecho de defensa incluye el derecho a obtener de las autoridades judiciales resoluciones motivadas...El conocimiento de las reflexiones que han conducido al fallo, potencia el valor de la seguridad jurídica...” –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Pagina 10 del “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

pro libertatis, establecido en el Art. 8 Cn., del cual cabe proyectar el derecho de libertad personal, regulada en el Art. 2 Cn., por tanto, sus restricciones deben constituir la excepción⁵²⁷. En cuanto a la presunción de inocencia, consagrada en el inciso 1º del Art. 12 Cn., el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), estimula el uso de la detención provisional como pena adelantada, ya que aplicar de manera obligatoria esta medida cautelar en los delitos comprendidos en dicha disposición, conlleva su utilización como regla general, en detrimento de los fines constitucionalmente establecidos para la prisión preventiva logrados en correspondencia con sus características; siendo estos fines: el aseguramiento de una eventual sentencia condenatoria y las resultas del proceso⁵²⁸.

⁵²⁷ Así argumentó la Sala este derecho diciendo: “...de manera reiterada esta Sala ha expresado en su jurisprudencia que la libertad personal no es un derecho absoluto –como la mayoría de derechos no pueden serlo- por lo tanto puede ser restringible, siempre y cuando concurren razones que atiendan a los derechos de terceros o bienes colectivos, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualquiera, ya que constitucionalmente se exige que toda restricción de la libertad, evidencie una razón suficiente o justificada; ello en atención a que la libertad constituye la regla general, pues así lo consagra expresamente el artículo 8 Cn., que literalmente establece: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”. El anterior precepto si bien se encuentra referido a la libertad globalmente considerada, es perfectamente aplicable a la libertad personal, por constituir ésta –como ya se acotó- una manifestación de aquella. Por tanto, dado que la libertad es la regla general, toda restricción y/o privación de la libertad debe, por un lado interpretarse restrictivamente –principio *pro libertatis*-, y por otro, aplicarse excepcionalmente.” –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Pagina 6 del “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

⁵²⁸ De esta manera se transcribe lo siguiente: “...para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; b) que tenga un fin constitucionalmente legítimo que responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que partan del imputado, dado que la prisión preventiva no puede tener carácter retributivo respecto a una infracción no declarada; c) su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines.” –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Pagina 7 del “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

Lo antes expuesto es en esencia la argumentación jurídica de la Sala de lo Constitucional, expuesta en la sentencia definitiva de Hábeas Corpus 12-2002, de las doce horas con quince minutos del día cinco de diciembre de dos mil dos, por medio de la cual declaró la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, por obligar a la o el juez a imponer la detención provisional⁵²⁹, lo cual a su vez constituye una síntesis de la argumentación jurídica utilizada por la Sala de lo Constitucional de 1997, para declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 de la *Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado*⁵³⁰.

Con respecto al anterior criterio del hábeas corpus 12-2002, de las 12:15 horas del 5 de diciembre de dos mil dos, los Magistrados suscriptores de la sentencia de inconstitucionalidad del 12 de abril de 2007, se refirieron de forma indirecta explicando “...que la jurisprudencia emitida en el juicio constitucional 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

⁵²⁹ Esta declaración de inconstitucionalidad está contenida en el siguiente párrafo: “A consecuencia de todo lo antes expuesto es imperativa la detención provisional sin posibilidad de aplicar medidas sustitutivas, impidiéndole además con ello que pueda establecer motivadamente la necesidad o no de imponer la detención provisional, lo que violenta lo establecido en los artículos 2, 8 y 12 de la Constitución, pues al imponer la detención provisional como cumplimiento de una regla general, vuelve dicha medida no sólo violatorio del derecho de libertad física, sino también incompatible con la presunción de inocencia, razón por la cual procede declarar la vulneración constitucional alegada y ordenar que vuelvan las cosas al estado en que se encontraban previo al pronunciamiento de la Cámara de la Cuarta Sección del Centro.” –Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Pagina 11 del “Anexo 11: Sentencia de Hábeas Corpus 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002”.

⁵³⁰ A partir del romano XVIII de la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Transitoria contra el Crimen Organizado, emitida el 14 de febrero de 1997, se encuentra la argumentación de la inconstitucionalidad del Art. 14 de dicha Ley; esto puede consultarse de la pág. 120 a la pág. 133 en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Sentencia de Inconstitucionalidad de artículos 2, inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra el Crimen Organizado; ob. cit.

*detención provisional, y su falta de motivación. Aspectos que, en la presente sentencia, se han reiterado como inconstitucionales*⁵³¹.

Con todo, el argumento transcrito no justifica con una razón suficiente la variación del criterio de la Sala de lo Constitucional de 2007, encontrado con respecto al criterio jurisprudencial aplicado en el Hábeas Corpus 12-2002, del 5/12/2002, por la Sala de lo Constitucional de 2002, donde se estima la violación de la presunción de inocencia por el uso de la detención provisional como regla general, considerado esto como una pena anticipada, que fue negado en dicha sentencia de inconstitucionalidad del 12/04/2007.

6.3 Fines ilegítimos de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador

Según nuestra jurisprudencia, la detención preventiva tiene como fines constitucionalmente legítimos los siguientes: 1º evitar el peligro de fuga; y 2º evitar la obstrucción de la investigación⁵³²; estos fines están en concordancia

⁵³¹ Esto puede consultarse en el presente trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad; Ref. 28-2006 AC., de las 12 horas del 12/04/2007, publicada en el Diario Oficial No. 71, Tomo N° 375, del 20 de abril de 2007; pág. 190”.

⁵³² En la jurisprudencia de los Tribunales de Sentencia acerca de los fines de la detención preventiva aparece el siguiente criterio: “*Si se ha afirmado que la detención provisional únicamente puede decretarse con fines procesales, no se puede recurrir a ella para obtener alguna de las finalidades propias de la pena por lo que la medida debe utilizarse exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento penal, osea, cuando subsistan motivos fundados de que los imputados puedan fugarse u obstaculizar la averiguación de la verdad, tales riesgos deben verificarse concretamente, que permita afirmar fundadamente la existencia del peligro procesal...(Sentencia de las 15:30 del 25/05/01; Cámara de la Tercera Sección de Occidente)*” –Corte Suprema de Justicia, Líneas y Criterios jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia 2000 y 2001; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2002; pág. 67. Por su lado, la Sala de lo Constitucional tiene el siguiente criterio sobre los fines de la detención provisional: “*...la detención provisional, cuya ubicación dentro del texto constitucional –art. 13 Cn.-, permite advertir que su naturaleza es distinta de la pena privativa de libertad, pues aparece contemplada entre aquellas restricciones de la libertad que podrían denominarse asegurativas, es decir, que se autorizan no a modo de*

con la teoría general de las medidas cautelares, tratada en el Capítulo II de este trabajo, constituyendo fines legítimos de la referida cautela penal. No obstante a lo anterior, en la doctrina jurídica, en la ley procesal penal y en la práctica forense, existen polémicas sobre los fines legítimos de la detención provisional, ya que algunas posiciones justifican la legitimidad de sus usos retributivos o punitivos, en seguida se plantea esta problemática.

6.3.1 *Fines de la detención provisional según las diversas posiciones doctrinarias*

En la doctrina hay dos posiciones polémicas sobre los fines legítimos de la detención provisional, siendo estas: las doctrinas que combinan fines procesales y punitivos; y las doctrinas tajantes en excluir todo fin diverso a los de carácter cautelar procesal, a continuación se agrupan estas posiciones entorno a sus principales argumentos.

6.3.1.1 *Posiciones doctrinarias que atribuyen fines procesales y punitivos a la detención provisional*

Para un sector de la doctrina la detención provisional tiene como fines procesales evitar la fuga del imputado, asegurar la investigación y proteger

sanción por el incumplimiento o infracción de una norma, sino con el objeto de poder garantizar las resultas del proceso penal, así como la comparecencia del imputado a la realización del juicio oral. Lo anterior significa que la detención provisional, no obstante constituir una privación al derecho de libertad personal, no lo es a título de sanción, sino – como ya se acotó- sólo puede tener fines procesales. En consecuencia, sólo puede autorizar la privación de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso (y nada más que ellos). Por ende, resulta ilegítimo detener provisionalmente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (de derecho penal material). Sentencia definitiva de HÁBEAS CORPUS, Ref. 207-2006, de las 12:01 horas del día 18/05/2007” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007; ob. cit.; págs. 243 y 244.

los medios de prueba; pero además, atribuyen fines de reiteración delictiva, alivio de la alarma social producida por el delito y contención de la frecuencia de hechos análogos⁵³³. Sin embargo, estos últimos fines son criticados por otro sector de la doctrina por su relación con las funciones de prevención general y prevención especial de la pena⁵³⁴, lo cual deslegitima la detención provisional por su utilización con fines punitivos⁵³⁵. En definitiva, para ciertos teóricos es legítimo utilizar la detención provisional para contrarrestar la reiteración delictiva, la alarma social y la frecuencia de hechos análogos; en cambio, hay teóricos críticos al uso de la referida medida cautelar para esos fines⁵³⁶.

⁵³³En esta línea se enfila, por ejemplo, el Dr. Asencio Mellado, para quien la prisión provisional tiene los siguientes fines: *“No obstante, y siguiendo en este punto a FERNÁNDEZ ENTRALGO, las distintas funciones asignadas a la prisión provisional pueden ser reducidas a cuatro, cuales son las de evitar la frustración del proceso imposibilitando la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y la ocultación de futuros medios de prueba, impedir la reiteración delictiva y, por último, satisfacer las demandas sociales de seguridad en los casos en los que el delito haya causado alarma.”* –ASENCIO MELLADO, José María; *La Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 33.

⁵³⁴Acerca del funcionamiento de la prevención general y prevención especial de la pena se transcribe lo siguiente: *“... Prevención general, como se ha dicho por la doctrina, que se proyecta en la satisfacción –al menos momentánea y provisional, hasta que el hecho delictivo ha rebajado sus reflejos- de indignación, venganza o inseguridad. Prevención especial en clave del mismo individuo y con miras a evitar la misma repetición de actos graves contra la sociedad...”* –ANDREU, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva...*; ob. cit.; pág. 402.

⁵³⁵El siguiente autor se refiere a la opinión doctrinaria de dos distinguidos tratadistas españoles, quienes critican el uso de la prisión provisional con estos fines: *“...La idea de prevención –recuerda Silvia BARONA y Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO- fue introducida de nuevo en 1964 en Alemania con motivo de la prisión provisional en los supuestos de determinados delitos que atacan a la moral y el orden público; y la Ley de 7 de agosto de 1972 lo extendió a otros delitos, los que con más frecuencia se cometen en la práctica. El art. 127 del Code Procédure Penales consagró la posibilidad de acordar la prisión provisional para preservar el orden público perturbado por la infracción penal. Sin embargo, como dice FERNÁNDEZ ENTRALGO la posición no sólo es rechazable éticamente sino que, además, atribuye a la detención provisional una finalidad equivalente a la pena y añade Silvia BARONA que eleva el concepto de seguridad sobre el de libertad dotando a aquélla de un contenido supraconstitucional.”* –ANDREU, Guillermo Vidal; *Detención y Prisión Preventiva...*; ob. cit.; pág. 402.

⁵³⁶Esta polémica entre las distintas posiciones doctrinarias, acerca de los fines de la prisión provisional, se refleja a continuación: *“La doctrina se haya dividida al respecto y mientras un sector justifica la inclusión de esa prevención en aras a la seguridad de los ciudadanos*

6.3.1.2 *Posiciones doctrinarias que atribuyen solamente fines cautelares procesales a la detención provisional*

Ciertos expositores de renombre de la escuela alemana aceptan como fines legítimos de la detención provisional solamente aquellos de carácter cautelar procesal, rechazando cualquier otro tipo de fines no relacionados con evitar la fuga del imputado, la obstrucción de la investigación y el aseguramiento de una eventual pena⁵³⁷. El fundamento constitucional de esos fines lo encuentran estos teóricos alemanes en la presunción de inocencia, opinando que el uso de la prisión provisional con distintas finalidades a las antes mencionadas, lesiona dicha presunción de inocencia, el juicio oral y demás derechos fundamentales⁵³⁸.

En la doctrina progresista española, también hay quienes consideran como únicos fines legítimos de la prisión provisional el aseguramiento de la

frente a una posible reiteración delictiva como efecto vicariante al de la pena que no puede cumplirlo debido al retardo excesivo de los procedimientos; otro sector llama la atención sobre el hecho de que la rapidez de la administración de justicia no es algo que esté en manos del acusado, siendo, en cambio, principio constitucionalmente consagrado el derecho a un proceso sin dilaciones.” –ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva...; ob. cit.; pág. 403.

⁵³⁷A este grupo pertenece Claus Roxin, según lo explica Muños Conde en lo siguiente: “La prisión provisional tiene para Claus Roxin una triple finalidad: 1ª. Asegurar la presencia del inculpado en el proceso penal; 2ª. Garantizar una ordenada averiguación de los hechos por los órganos encargados de la instrucción de la causa; 3ª. Asegurar la ejecución de la pena. Para Roxin, la prisión provisional no tiene otras finalidades, negando expresamente que pueda servir para prevenir la alarma social o el peligro de repetición del delito...” –MUÑOZ CONDE, Francisco; Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional...; ob. cit.; págs. 223 y 224.

⁵³⁸Según Muños Conde, esta posición es compartida por el teórico alemán Winfried HASSEMER, quien dice lo siguiente: “Desde el punto de vista de la presunción de inocencia, los fines de la prisión provisional deben quedar, pues, limitados a asegurar la presencia del inculpado en el proceso, a asegurar la investigación del delito y a garantizar, en su caso, el cumplimiento de la pena que se imponga. Cualquier utilización de la misma con otra finalidad no sólo infringe la presunción de inocencia, sino que devalúa el juicio oral y lesiona derechos fundamentales.” –MUÑOZ CONDE, Francisco; Cuestiones Teóricas y Problemas Prácticos de la Prisión Provisional...; ob. cit.; pág. 226.

eficacia práctica del proceso y de la comparecencia del imputado⁵³⁹, no obstante a la práctica forense de España tendiente al uso de la prisión provisional con fines propios de la pena como la de evitar la reiteración delictiva, establecida en el No. 2 del Art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española⁵⁴⁰.

6.3.2 *Fines procesales y punitivos de la detención provisional regulados en la ley procesal penal salvadoreña*

En la ley procesal penal salvadoreña la detención provisional persigue fines procesales y fines punitivos, de esta manera los criterios objetivos y subjetivos del peligro de fuga, establecidos en el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996 (No. 2 del Art. 329 Pr. Pn. 2008), y el Art. 293 Pr. Pn. 1996 (Art. 330 Pr. Pn. 2008); y la obstrucción de la investigación, según el No. 2 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 3 del Art. 330 Pr. Pn. 2008), constituyen fines legítimos, por relacionarse con la naturaleza cautelar procesal de aquélla medida.

En cambio, la alarma social y la frecuencia de hechos análogos, estipulados en el No. 2 del Art. 292 Pr. Pn. 1996; así como la reincidencia y habitualidad, contenidas en el último inciso del Art. 6 Pr. Pn. 1996 –las

⁵³⁹En esta línea encontramos por ejemplo a Silvia Barona, citada en lo siguiente: “Parece hoy fuera de toda controversia el carácter de medida cautelar de la prisión provisional. “La función por excelencia de la prisión provisional ha sido y es la de servir de medida cautelar personal del proceso penal” ha dicho Silvia BARONA. En definitiva, el único fin de la medida es asegurar la eficacia del proceso y la presencia a juicio del acusado...” –ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva...; ob. cit.; pág. 401.

⁵⁴⁰El tratadista español Perfecto Ibañez es crítico a estos fines diciendo: “Aquí se asignan a la institución el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez...y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de fuentes de prueba utilizables. Esta es de las tres opciones contempladas, aquélla en que la asimilación de imputado a culpable se da en menor grado.” –IBAÑEZ, Perfecto Andrés; Presunción de Inocencia y Prisión sin condena...; ob. cit.; pág. 28.

cuales son causales de la detención provisional que no aparecen por el momento en el Pr. Pn. 2008-, y la reiteración delictiva, según el No. 3 del Art. 293 Pr. Pn. 1996 (No. 4 del Art. 330 Pr. Pn. 2008), son fines relacionados con la pena.

En cuanto al Derecho Internacional vigente en nuestro país, el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce dos fines procesales de la detención provisional, siendo estos: a) la comparecencia del imputado; y b) la ejecución del fallo. El Art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece un solo fin procesal referido a la comparecencia en el juicio⁵⁴¹.

6.3.3 *Fines ilegítimos de la detención provisional en la práctica forense salvadoreña derivados de su obligatoriedad*

De conformidad a las posiciones doctrinarias descritas arriba, puede hacerse una lectura de los fines para los cuales es utilizada la detención provisional en nuestra práctica forense, siendo estos el resultado de su regulación jurídica en nuestra ley procesal penal, y además, de la ideología jurídica de la o el juzgador (reglamentarista-positivista y excepcionalista). Por consiguiente, en El Salvador la detención provisional es utilizada tanto para fines procesales como punitivos, estos últimos asumidos mediante los criterios de la alarma social, la frecuencia de hechos análogos y la

⁵⁴¹Sin embargo, en varios Instrumentos Jurídicos Internacionales y declaraciones de organismos de Naciones Unidas, y otros de tipo regional, el uso de la detención provisional con fines de prevención especial, si bien es cierto no es promovido pero es aceptado, al respecto se cita esto: "*Menores ataques ha merecido la prevención especial, más fácilmente compaginable con el concepto de medida cautelar "personal" que supone la prisión preventiva. Y así, esta finalidad ha venido siendo resaltada...en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.*" -ANDREU, Guillermo Vidal; Detención y Prisión Preventiva...; ob. cit.; págs. 402 y 403.

reiteración, habitualidad y reincidencia delictiva. Los referidos fines procesales son los siguientes: 1º) asegurar la comparecencia del imputado en la vista pública; y 2º) proteger los actos de investigación y de prueba. Por otro lado, los fines punitivos son: 1º) proteger a las víctimas, testigos, jueces y fiscales; 2º) transmitir un mensaje de alivio a la sociedad; 3º) transmitir un mensaje de advertencia al resto de delincuentes; y 4º) contener la comisión de delitos graves, en este último se enmarca la obligatoriedad contenida en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)⁵⁴².

⁵⁴²En la Ley Transitoria de Emergencia contra el Crimen Organizado de 1996, en su Art. 15, reguló una situación análoga al Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008); prescribiendo lo siguiente: “Art. 15.- Los delitos a que se refiere esta Ley no son excarcelables; y en caso de condena, no podrá otorgarse la suspensión condicional de la ejecución de la pena”; para la Sala de lo Constitucional de 1997, la primera parte de la citada norma transgredía los artículos 2 y 12 Cn., debido a imponer la obligatoriedad de la detención provisional con fines propios de la pena, diciendo al respecto: “...la prohibición legal de concesión de la excarcelación constituye, visto desde una perspectiva afirmativa, la obligatoriedad de la detención provisional...Si partimos de los caracteres y presupuestos que constitucionalmente son predicables respecto de la detención provisional, aparece evidente que ésta –como ya se dijo- debe interpretarse restrictivamente y aplicarse excepcionalmente. Desde esa perspectiva, es notorio que la consagración por ley secundaria de la obligatoriedad de la detención provisional supone o implica una contradicción con la naturaleza de la medida; es decir, el concepto mismo de detención provisional supone la no obligatoriedad de la misma. Si se sigue la lógica contenida en el art. 15 del texto legal impugnado, se impone la regla que, en el caso de los procesos penales en que se investigan los delitos que la disposición menciona, todos los imputados deben estar detenidos. Con esto, la ya denunciada ecuación imputación igual a detención provisional adquiere reconocimiento legal, pero es evidente que la misma es errónea por no responder a los principios constitucionales que rigen la persecución penal. En el artículo impugnado que se examina desde la óptica constitucional, es imperativo concluir que por la imputación de un hecho aún no comprobado definitivamente y por cuya responsabilidad el imputado aún no ha sido oído y vencido en juicio, se le privaría de la libertad personal sin motivación alguna. La concepción que supone el art. 15 de la ley impugnada, es entender la detención provisional con fines propios de la pena, ya que en la práctica supondría la ejecución adelantada de una pena a la que –y ahí la paradoja- no se sabe si el imputado será condenado. Consecuencia de lo anterior, y en vista de lo expuesto en el considerando que antecede, es imperativo concluir que, en cuanto el art. 15 del cuerpo normativo impugnado impone la obligatoriedad de la detención provisional del imputado, impidiendo que el juzgador determine la concesión o no de la excarcelación, es violatorio de los artículos 2 y 12 de la Constitución, por lo que es procedente declarar su inconstitucionalidad.” –CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Sentencia de Inconstitucionalidad de artículos 2, inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria contra el Crimen Organizado; ob. cit.; págs. 133-135.

6.4 ***Denuncia de los fines ilegítimos, y otros efectos, de la obligatoriedad de la detención provisional por su desacato a las normas jurídicas internacionales de parte del Estado salvadoreño***

La consideración del *periculum in mora* (peligro de fuga), configurado automáticamente en las circunstancias especiales de la gravedad de los delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), es el fundamento de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador. Con todo, las referidas “circunstancias especiales” es un subterfugio jurídico para utilizar esta medida cautelar como pena anticipada en nuestro país, estando esto incluso en contraposición con los fines constitucionalmente legítimos de dicha cautela penal reconocidos en la misma jurisprudencia salvadoreña, donde se establece que dichos fines deben orientarse por el aseguramiento tanto de la comparecencia del imputado en el juicio oral, como de la ejecución de la eventual pena⁵⁴³. Por lo tanto, en El Salvador se encuentra vigente un marco

⁵⁴³El Tribunal Constitucional Español, fundamentado en la jurisprudencia consolidada desde 1968 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera una aplicación mecánica del peligro de fuga tenerse sólo como dato objetivo la gravedad del delito, al respecto dice: *“En primer lugar, que al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga -y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio -de aplicación objetiva y puramente mecánica- a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculcado -como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc...-, como a las que concurren en el caso enjuiciado (Sentencias del T.E.D.H. de 27 de junio de 1968, caso Neumeister; de 10 de noviembre de 1969, caso Matznetter; de 10 de noviembre de 1969, caso Sötgmüller; de 26 de junio de 1991, caso Letellier; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza).”* –Sentencia de AMPARO, Ref.

normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, construido mediante el consenso de los órganos fundamentales del gobierno salvadoreño (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), donde su proceso de configuración tiene como expresión lacónica la sentencia definitiva que declaró la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (y por equiparación se infiere la no existencia de la inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), emitida por la Sala de lo Constitucional el 12 de abril de 2007, constituyendo esta sentencia el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna salvadoreña para contrarrestar los efectos inconstitucionales de dicha disposición. En consecuencia, es procedente de conformidad con los procedimientos del derecho internacional recurrir ante las instancias internacionales y regionales del sistema de protección de los derechos humanos para denunciar los fines ilegítimos perseguidos en el marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, y otros efectos, debido a su desacato a las normas jurídicas internacionales relativas a los principios para la restricción de los derechos y libertades fundamentales y de la prisión provisional, esto es abordado a continuación.

6.4.1 Desacato a los Principios para restringir los derechos y libertades regulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Con el propósito de evitar cualquier utilización con fines ilegítimos de las restricciones de los derechos y libertades fundamentales de los

128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995. Consultada el día 27/8/2010 en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0128 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO –BOE-)

individuos, el derecho internacional limita las facultades y derechos de los Estados para regular dentro de su derecho nacional esas restricciones, mediante un conjunto de principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁴⁴. En el anterior sentido, por estar regulada la detención provisional con fines de prevención general y prevención especial propios de la pena, en el marco normativo jurídico de la obligatoriedad de esta medida cautelar, la misma es utilizada con fines ilegítimos para restringir la libertad personal, constituyendo esto un desacato del Estado salvadoreño a los principios reconocidos en la referida Declaración y Pacto Internacional antes relacionados, de esto se pasara a reflexionar en seguida.

6.4.1.1 *Principio de legalidad (legitimidad)*

De los párrafos 2 y 3 del Art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se infiere que las personas revestidas de la autoridad pública del Estado para administrar justicia están obligadas a verificar la legalidad de las leyes secundarias, determinando su conformidad con la Constitución nacional y los Tratados Internacionales⁵⁴⁵. En el caso

⁵⁴⁴ Acerca de la limitación impuesta por el Derecho Internacional a los Estados para restringir derechos y libertades, y su denuncia en caso de utilización con fines ilegítimos, se cita lo siguiente: *“Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la de los correspondientes artículos de los Pactos Internacionales limita los derechos y facultades del Estado, a fin de garantizar que no se utilicen para fines ilegítimos las limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos. A este respecto, debe afirmarse que las instituciones nacionales y el Comité establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen ex-officio la facultad de determinar si las limitaciones o restricciones impuestas por la legislación nacional, la Declaración Universal o también los Pactos Internacionales se han utilizado para fines ilegítimos, aún cuando no se haya invocado el hecho expresamente por las personas cuyos derechos y libertades hayan sido limitadas o restringidas”* –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 147.

⁵⁴⁵ En relación a esto se transcribe lo siguiente: *“El principio de legalidad presupone la obligación de todos los que están investidos de la autoridad del Estado de administrar*

salvadoreño, las contrarreformas del 6 de julio de 2006, que incorporaron el Título V de la Ley de Procedimientos Constitucionales, suprimieron el control difuso de la Constitución regulado en su Art. 185, el cual constituía una potestad de la o el juez ejercida a través de la inaplicabilidad de las leyes, actos, etc.

En el último sentido expuesto, la unificación de los controles difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes, actos, etc., regulada en el Art. 77-E de la Ley de Procedimientos Constitucionales, limita a la o el juez en su potestad de administrar justicia debido a la supresión del control difuso de la Constitución, pues, la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes según el Art. 185 Cn., se ha reducido a un requerimiento judicial que tiene como resultado práctico transferir a la Sala de lo Constitucional la potestad exclusiva para declarar en sentencia definitiva la inconstitucionalidad o no de los asuntos requeridos por los y las jueces en el juzgamiento de los casos concretos, desautorizando o confirmando la declaratoria de inaplicabilidad de dichos funcionarios judiciales.

Con respecto a la verificación por parte de la o el juez de las leyes secundarias conforme a los Tratados Internacionales, la jurisprudencia salvadoreña ha tenido dos criterios diferentes, mientras la Sala de lo Constitucional de 1997 consideró improcedente tener como parámetro de control la supremacía de los Tratados Internacionales según el Art. 144, inciso 2º, Cn., la Sala de lo Constitucional de 2004 se apartó de dicho criterio manifestando un examen favorable de la ley secundaria como parámetro de

justicia conforme a derecho (secundum lege)...un juez, al ejercer la jurisdicción constitucional, debería estar obligado a examinar la legalidad (legitimidad) de una ley respecto a algún instrumento superior, es decir una Constitución o una Convención Internacional.” –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 148.

control en su acción refleja del Art. 144, inciso 2º Cn., cuando se trata de los Tratados Internacionales.

En la práctica forense el último criterio comentado también ha terminado por limitar la potestad de la o el juez de verificar las leyes de conformidad con los Tratados Internacionales, por las mismas razones expuestas arriba con relación a la supresión del control difuso de la Constitución⁵⁴⁶. Por todo lo antes expuesto el derecho internacional entiende el principio de legalidad como una verificación de legitimidad de las leyes, pues éstas no siempre salvaguardan los derechos y libertades⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ A partir de la Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Anti-Maras de 2003, emitida el 1º de abril de 2004, la Sala de lo Constitucional es del criterio de atender el valor constitucional del inciso 2º del Art. 144 Cn., en el sentido que las leyes secundarias contrapuestas a los Tratados Internacionales violentan como acción refleja dicha disposición, en relación a esto dice: “...en sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de inc. 15-96, se afirmó que si tratado y ley gozan del mismo rango jerárquico –art. 144 inc. 1º Cn.-, la solución a un conflicto entre tales clases de normas no puede ser jurisdiccionalmente resuelto en abstracto, sino únicamente en un caso concreto sobre el que conozca cualquier tribunal, incluida esta Sala. Aún más, si no obstante se entendiera que la normativa internacional está posicionada en un rango jerárquico superior a la ley, el enfrentamiento entre tales normas no significaría per se una inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, la no concordancia entre normas de distinto rango jerárquico no implica por sí una violación a la Constitución. Sin embargo, tal criterio jurisprudencial no debe entenderse de una manera tan unívoca; pues, si bien los tratados internacionales no constituyen parámetro de control en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en el sistema de fuentes –art. 144 inc. 2º Cn.- no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución.” – Sentencia del proceso de Inconstitucionalidad 52-2003 Ac. de la Ley Anti-Maras, emitida a las 15 horas, del 1º de abril de 2004; publicada en el Diario Oficial No. 70; Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004; págs. 294 y 295.

⁵⁴⁷ Esta relación de legalidad y legitimidad de las leyes es explicada a continuación: “El requisito más importante consiste en que las limitaciones o restricciones deben ser legales. Deben ajustarse a la ley. Pero como la ley no siempre garantiza efectivamente la protección de los derechos humanos, sería más apropiado señalar que las limitaciones o restricciones deben ser <<legítimas>>. Las limitaciones o restricciones deben justificarse por motivos concretos, en particular el reconocimiento y el respeto de los derechos de los demás, la moral, el orden público y del bienestar general. Toda limitación o restricción legislativa de los derechos humanos ha de estar autorizada por la Constitución. A este respecto, la Constitución nacional debe determinar en qué condiciones, en qué medida, por qué motivos, con qué fines y en qué forma estará permitido modificar los derechos humanos o restringirlos. No se debe imponer limitaciones o restricciones de los derechos y libertades

6.4.1.2 Principio del respeto de la dignidad humana

Los derechos humanos tienen como base el justo equilibrio entre el bienestar de la sociedad y la dignidad del individuo⁵⁴⁸, por eso la dignidad humana es el principal concepto de los instrumentos jurídicos internacionales de los derechos humanos. La dignidad humana comprende un enfoque integral de la vida del ser humano, quien para definirse como persona debe gozar de bienestar moral, económico, social, político, etc. Los expertos de Naciones Unidas entienden como base legal de la dignidad humana el párrafo 3 del Art. 29 y Art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴⁹. La anterior doctrina ha sido retomada en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de nuestro país⁵⁵⁰.

humanos, salvo para los fines para los que se hayan prescrito tales limitaciones o restricciones, y estas no deben permanecer en vigor más tiempo del mínimo necesario.” – Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 192.

⁵⁴⁸En relación al fundamento teórico de los derechos humanos se escribe lo siguiente: *“La base teórica de los derechos humanos y sus garantías radica en el equilibrio que se debe alcanzar entre el concepto de la dignidad del ser humano, como consideración suprema, y los intereses de la comunidad. Universalmente, los derechos humanos son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Los deberes humanos, por otra parte, no tienen un rango tan elevado. Los Estados pueden abusar de sus poderes y, cuando lo hacen, no hay tiranía semejante. Ello conduce al estado de cosas que existe en los Estados policíacos o en los regímenes dictatoriales. Por consiguiente, cabe señalar una vez más que ha de mantenerse un auténtico equilibrio entre la libertad, por una parte, y la estabilidad social en una sociedad democrática, por otra.” – Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; págs. 153 y 57.*

⁵⁴⁹Acerca de lo antes afirmado se relaciona lo que sigue: *“El principio más importante, al que se hace referencia indirectamente en el párrafo 3 del artículo 29 y en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos...es el principio del respeto de la dignidad del individuo. En opinión de la Relatora Especial, la dignidad individual no se puede medir mediante un factor único. Es la combinación de todos los aspectos –morales, económicos, políticos, etc.- de la vida” – Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; Ob. cit.; pág. 148.*

⁵⁵⁰Para nuestra Sala de lo Constitucional la dignidad humana es protegida por el hábeas corpus correctivo y esta debe valorarse en el caso concreto, pues, no admite un juicio en abstracto, al respecto dice: *“expresamente al término dignidad, es de señalar –sin ánimo de establecer una definición– que ésta implica un valor jurídico esencial e inherente a la persona humana por su calidad de tal, en el cual se cimientan todos los demás valores, así*

Sin embargo, en la sentencia definitiva de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, en detrimento de la dignidad humana se ponderó la protección de las víctimas del delito sobre la dignidad de la persona imputada, declarando necesario restringir la libertad física de los supuestos responsables de dicho delito mediante la detención provisional, bajo el argumento de considerar como justo equilibrio entre la dignidad del imputado y los intereses de la sociedad restringir la libertad personal, debido a la dañosidad de la conducta constitutiva de los delitos enumerados en la referida disposición del Pr. Pn. 1996⁵⁵¹. Con todo, la detención provisional en los casos del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inciso 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), tiene el fin ilegítimo de utilizar a la persona imputada para intimidar a

como todos los derechos fundamentales; y en efecto, lleva a concebir al ser humano como fin en sí mismo y no como instrumento para los fines de otros. Por lo tanto, la dignidad es inherente a toda persona humana y no está sujeta a las circunstancias particulares de cada cual, tales como edad, sexo, condición económica o nivel de instrucción; tampoco se desvanece en razón de la conducta mostrada, pues aún cuando el individuo incurre en actos reprobados socialmente o incluso perpetra hechos que el ordenamiento jurídico considera como delictivos, su dignidad –en tanto es consustancial a su calidad de ser humano– permanece. ” –Sobreseimiento de Hábeas Corpus 67-2005, de las 12:08 horas del día 5 de marzo de 2007. Consultada el 4/08/2010 en el sitio web del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>

⁵⁵¹En ese sentido se transcribe el siguiente párrafo de la sentencia de no inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, emitida el 12 de abril de 2007, el cual dice: *“Ahora bien, en el plano aplicativo, pudiera plantearse tensiones entre las necesidades estatales de aplicación del Derecho Penal y Procesal Penal –colorario 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...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 gravosa lesiva de la libertad y dignidad de los ciudadanos, debe exigirse que se recurra a ella como remedio extremo.” –puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; págs. 180 y 181”.*

la delincuencia, debido al sentido ejemplarizante perseguido con la detención provisional en dichos casos⁵⁵², lo cual es algo reconocido de manera indirecta por la misma Sala de lo Constitucional⁵⁵³.

6.4.1.3 Principios de igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación están regulados en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y párrafo 1 del Art. 1, artículos 3, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales en esencia se refieren tanto a una igualdad y no discriminación ante la ley, como a la igualdad y no discriminación de la

⁵⁵²La doctrina progresista critica este uso ejemplarizante de la detención provisional señalando su sentido de pena anticipada, al respecto se cita lo siguiente: *“La detención provisional no puede perseguir un fin de prevención general, por cuanto no es una medida ejemplarizante para tranquilizar a la sociedad, restituyendo la confianza en el derecho. Si se admite esta idea, se anticipa la pena en forma inconstitucional al aplicarse la pena sin juicio previo. La prisión provisional es uno de los más claros ejemplos del derecho penal simbólico, en tanto demostración de fuerza del Estado. El presunto delincuente es considerado un enemigo al que, ante todo, hay que vencer, apostando a un derecho penal para enemigos. La detención provisional funciona como una pena anticipada o medida de seguridad en defensa de los ciudadanos ante el temor a la violencia, dejando de lado el principio de culpabilidad”* –PINTO, Ricardo Matías; Los Motivos que Justifican la Prisión Preventiva en la Jurisprudencia Extranjera; Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; 2007; pág. 331.

⁵⁵³De los dos argumentos de la justificación del Inc. 2 del Art. 294 Pr. Pn. 1996, presentados por el Legislativo en el proceso de inconstitucionalidad de dicha disposición, la Sala de lo Constitucional admitió de forma abierta uno solo, referido al peligro de fuga y de obstrucción de la investigación. El segundo argumento no fue considerado constitucional por contener efectos de prevención general, sin embargo, de manera curiosa la misma Sala destaca lo atinado de esos efectos, esto último aparece en lo siguiente: *“No así respecto de la segunda justificación, pues ella implica trasladar a la detención provisional –medida de naturaleza cautelar 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 la 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.”* –puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 186”.

protección por parte de la ley. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos existe una referencia importante sobre estos principios, vinculados a la democracia donde se exige justificar las diferenciaciones con base a razones objetivas, y no en distinciones de carácter social, económico, cultural, condición social, político, etc., por tanto, cualquier limitación o restricción a la igualdad presupone un objetivo y resultados conforme a fines legítimos⁵⁵⁴. En el anterior sentido, la igualdad es un derecho humano fundamental para las personas en su trato y protección por la ley⁵⁵⁵.

La argumentación utilizada en la sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006 Ac., del 12 de abril de 2007, con relación a la declaratoria de no existencia de la violación de la igualdad jurídica establecida en el Art. 3 Cn., por parte del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, está limitada a justificar el trato diferenciado hacia los imputados debido a las circunstancias especiales

⁵⁵⁴Esta referencia de los principios de igualdad y no discriminación, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es citada por una Relatora especial de la Sub-Comisión de no discriminación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, quien al respecto dice: “[...] el tribunal, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, mantiene que se viola el principio de igualdad de trato si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de esa justificación tiene que evaluarse en relación con los objetivos y efectos de la medida en examen, habida cuenta de los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención* no sólo tiene que perseguir un objetivo legítimo: también se vulnera el artículo 14 si queda claramente establecido que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se trata de alcanzar.” (*nota del presente trabajo: la anterior cita se refiere a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales)–Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 148.

⁵⁵⁵Al respecto se cita lo siguiente: “Hay que hacer notar que el principio de toda discriminación, que figura en especial en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En opinión de la Relatora Especial, el principio de igualdad, tanto en el sentido de igualdad ante la ley como de igual protección por la ley, debería generalmente considerarse como requisito previo básico para la protección de los derechos humanos.” – Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; págs. 148-150.

de los delitos enumerados en esa disposición, que es prácticamente el mismo argumento para declarar la no violación de la presunción de inocencia. Con todo, el argumento central antes referido no es razón suficiente para justificar aquél trato diferenciado⁵⁵⁶.

6.4.1.4 *Principio de que los derechos y libertades humanos son absolutos y de que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones*

Este principio es una regla de interpretación de las disposiciones limitativas de los derechos y libertades fundamentales del individuo, las cuales deberán interpretarse restrictivamente a favor de la persona sujeto de derecho⁵⁵⁷, su regulación se encuentra en el Art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual es retomado en el párrafo 1 del Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en estas dos disposiciones se establece la prohibición de interpretar la Declaración y el Pacto Internacional en el sentido de conceder a los Estados el derecho de

⁵⁵⁶ Con respecto a la declaratoria de no violación del Art. 3 Cn., la Sala de lo Constitucional dijo en la referida Sentencia esto: *“En el presente caso, si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un 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 medida cautelar 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.”*—puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; págs. 188 y 189”.

⁵⁵⁷ En el anterior sentido se transcribe lo siguiente: *“El principio de que los derechos y libertades humanos son absolutos y de que las limitaciones o restricciones constituyen excepciones...es fundamental para la protección de los derechos humanos y libertades del individuo. Por consiguiente, debería aplicarse una interpretación restrictiva a las disposiciones del derecho nacional o internacional que contenga limitaciones o restricciones del ejercicio de ciertos derechos del individuo.”*—Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 148.

destruir cualquier derecho o libertad reconocido. En consecuencia, la potestad de interpretar y aplicar la ley está comprendida en el concepto de jurisdicción, en su doble faceta de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, siendo una función exclusiva del Órgano judicial con operatividad directa en la independencia judicial de la o el juez en el juzgamiento del caso concreto, donde debe prevalecer la libertad de la persona⁵⁵⁸.

Con la obligatoriedad de la detención provisional la independencia judicial ha sido disminuida mediante las medidas de coacción del Art. 77-G de la Ley de Procedimientos Constitucionales, no pudiendo el o la juez pronunciarse contra la sentencia de inconstitucionalidad 28-2006 Ac., ni por tanto, hacer prevalecer la libertad personal del imputado en contraposición del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), ya que está amenazado con la penalidad del delito de desobediencia del Art. 322 Pn., y con otras medidas administrativas. Por otro lado, la referida sentencia de inconstitucionalidad 28-2006 Ac., emitida por la Sala de lo Constitucional de nuestro país el 12/04/2007, invierte el orden de este principio en el sentido de no considerar como absoluto ningún derecho del individuo, para declarar de esta manera que en los mismos siempre cabe algún tipo de restricción⁵⁵⁹. Empero, el anterior criterio no ha sido aplicado por primera vez

⁵⁵⁸ De esta manera lo plantea una Relatora Especial de Naciones Unidas, al decir: *“La ley, que es una de las piedras angulares de la democracia en un Estado de derecho, debe proteger la libertad de la persona y basarse fundamentalmente en los procedimientos de los tribunales. Una ley no siempre puede prever los detalles de una norma ni las excepciones permisibles. El Estado se ve obligado a confiar esta carga a jueces independientes que deben aplicar la ley conforme a las peculiaridades de cada caso que se les someta. Esta observación entraña el principio fundamental de que cuando existe contradicción entre la libertad de la persona y cualquier otro derecho o interés, por grande o importante que sea ese derecho o interés, debe prevalecer dicha libertad.”* –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 57.

⁵⁵⁹ Así se encuentra planteado en la pág. 183 del Diario Oficial donde se publica esta sentencia de inconstitucionalidad del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, del 12 de abril de 2007, con respecto al derecho de libertad donde se afirma su falta de calidad absoluta,

en dicha sentencia, sino que viene consolidándose desde hace años en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en desacato al Art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el párrafo 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

6.4.1.5 *Principio de proporcionalidad*

El párrafo 2 del Art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el párrafo 3 del Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen como fines legítimos de la limitación de los derechos y libertades del individuo, tanto el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de las demás personas, como la satisfacción y protección de la seguridad nacional, moral, orden público, la salud y del bienestar general de la sociedad democrática. En la anterior dirección, el principio de proporcionalidad constituye un criterio elemental para evaluar las limitaciones y restricciones de los derechos y libertades fundamentales del individuo, realizadas por el derecho nacional de un Estado, pues, debe estar bien proporcionada la necesidad de limitación del derecho y libertad con respecto al interés de su regulación jurídica. Para los expertos de Naciones Unidas este principio de proporcionalidad es esencial en materia de restricción de la libertad personal del imputado, no pudiendo someterse al individuo a vulneraciones superiores a la gravedad del delito atribuido⁵⁶⁰.

extendiendo este criterio a la mayoría de los derechos fundamentales, otro ejemplo dentro de la misma sentencia es el siguiente: “...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...”–esto último anotado puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 188”.

⁵⁶⁰Lo expuesto arriba se refuerza con lo siguiente: “Un criterio básico para evaluar la legitimidad y legalidad de una limitación derivada del párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o de las disposiciones pertinentes de algunos artículos de los Pactos Internacionales de derechos humanos es el principio de

En la sentencia de inconstitucionalidad 28-2006 Ac., del 12 de abril de 2007, la Sala de lo Constitucional de nuestro país declaró la no existencia de la contradicción de los artículos 3, 12 y 144, inciso 2º, Cn., correspondientes a la igualdad jurídica, presunción de inocencia y supremacía de los Tratados Internacionales, respectivamente, bajo el argumento común de las “especiales circunstancias del delito”, “la dañosidad de la conducta del imputado por el delito atribuido” y por constituir los delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, “los más graves atentados a los bienes jurídicos de la persona humana o de la colectividad”, es decir, la argumentación jurídica reconstruida en la referida sentencia de Inc. 28-2006 Ac., tiene como argumento central la gravedad de los delitos.

Con todo, el criterio de proporcionalidad debe ajustarse a la clase de restricción y limitación de la libertad personal analizada, pues, su operatividad adquiere distintos resultados cuando se trata de la pena de prisión o bien de la medida cautelar de la prisión preventiva. Tener en la legislación procesal penal salvadoreña como único criterio objetivo la gravedad del delito para la obligatoriedad de la detención provisional no guarda una estricta proporción con los fines legítimos de esta cautela penal⁵⁶¹, ya que el peligro de fuga y la obstaculización de la investigación no

proporcionalidad. Este principio entraña que el alcance de cualquier limitación debe guardar proporción estricta con la necesidad o el interés principal que protege esa limitación. El principio de proporcionalidad es muy importante, especialmente en relación con la libertad de una persona acusada. Por tanto, ninguna vulneración de la integridad física o mental del individuo debe ser superior a la gravedad del delito del que es acusado.” –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas; La Libertad del Individuo ante la Ley...; ob. cit.; pág. 152.

⁵⁶¹Para el Comité de Derechos Humanos la gravedad del delito no es motivo suficiente para restringir de forma prolongada la libertad personal mediante la prisión preventiva, incluso algunos miembros de dicho Comité consideran prolongada la detención por más de seis meses. Lo anterior se basa en lo siguiente: “Sólo debe recurrirse a la prisión preventiva cuando sea legal, razonable y necesaria. El Comité de Derechos Humanos interpreta rigurosamente el principio de la <<necesidad>>. La prisión preventiva puede ser necesaria

pueden entenderse configurados mediante el automatismo de los delitos enumerados en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), haciendo abstracción de las condiciones del caso concreto, y de las circunstancias personales del imputado.

Además, la proporcionalidad debe reflejarse en la motivación de la resolución judicial para imponer la detención provisional, no sólo para fundamentar el *fumus boni iuris* y *periculum in mora* de esta cautela, sino también para observar sus características de acuerdo a los fines legítimos perseguidos con su aplicación en el caso concreto, lo cual con la obligatoriedad de la detención provisional es suprimido⁵⁶². Una salida viable propuesta en el Derecho Comparado para atenuar la contradicción de la

<<para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito>> o <<cuando la persona de que se trata constituya para la sociedad una amenaza clara y grave a la que no puede hacerse frente de otro modo>>. La gravedad de un delito o la necesidad de proseguir la investigación no justifican de por sí una prisión preventiva prolongada...Al examinar la legislación nacional de un país, algunos miembros del Comité indicaron que el plazo de seis meses para la prisión preventiva era demasiado largo y no era compatible con lo estipulado en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” –CENTRO DE DERECHOS HUMANOS; Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva; ob. cit.; págs. 18 y 20.

⁵⁶²La Sala de lo Constitucional pretende haber salvado en la sentencia de Inc. 28-2006 Ac., la contradicción de la obligatoriedad de la detención provisional con la obligación judicial de motivar, fundamentar y argumentar esta medida cautelar, diciendo lo siguiente: *“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.”*—puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 186”. Sin embargo, la falta del *fumus boni iuris* (existencia del delito y probable autoría o participación del imputado), no solamente hace improcedente la detención provisional sino también la acción penal contra la persona señalada, poniendo fin al proceso penal. La dificultad radica en motivar un *periculum in mora* (peligro de fuga) que tiene como único argumento del peligro de fuga y de la obstrucción de la investigación la gravedad de los delitos regulados en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), y dejar por fuera la realidad del caso concreto, donde cabe la fuerte probabilidad de no estar justificada la necesidad de aplicar la detención provisional acorde con sus características.

falta de proporcionalidad de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador es la experiencia portuguesa, en cuyo sistema penal el o la juez está obligado a motivar la resolución judicial en especial cuando decide no aplicar la prisión provisional en los casos de los delitos señalados con pena superior a ocho años de prisión, esto se estudia en el Capítulo VIII de este trabajo académico.

6.4.2 *Desacato de la obligatoriedad de la detención provisional en contra del Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En la 2ª parte del párrafo 3 del Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), se establece la prohibición de utilizar la prisión preventiva como regla general, pudiendo aplicarse medidas alternativas o sustitutivas a la misma. Para nuestra Sala de lo Constitucional, el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, no se contrapone a la anterior disposición del PIDCyP porque *“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”*⁵⁶³. Con todo, en esta sentencia de Inc. 28-2006 Ac., se exige aplicar la detención provisional en los delitos graves según el Art. 18 Pn., en casos contra la libertad sexual, Drogas, Lavado de Dinero y diez delitos más, señalados en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)⁵⁶⁴, excluyendo en

⁵⁶³Lo transcrito puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 189”.

⁵⁶⁴En relación a esto la Sala expresó: *“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 contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, que sean considerados graves, en*

aparición los delitos de Posesión y Tenencia; y la Exhibición, por tener una penalidad menor o igual a los 3 años de prisión, según los artículos 34 y 46 de la Ley de las Actividades Relativas a las Drogas, respectivamente⁵⁶⁵, sin embargo, esta Ley de Drogas a su vez excluye en su Art. 71 el beneficio de excarcelación para los delitos que regula, en consecuencia, también es obligatorio aplicar la detención provisional en esos dos delitos. Por consiguiente, el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), comprende 65 delitos en los cuales existe la obligatoriedad de la detención provisional, no significando esto un número reducido de delitos como lo afirma nuestra Sala de lo Constitucional, además que la detención provisional es la regla general en dichos hechos punibles⁵⁶⁶, cometiendo esa disposición desacato en contra del Art. 9.3 del PIDCyP⁵⁶⁷.

6.4.2.1 Denuncia ante el Comité de Derechos Humanos

La denuncia del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador ante el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶⁸, procede

integración con el art. 18 del Código Penal.—puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 187”.

⁵⁶⁵Esto puede verificarse en el “Anexo 8: Catálogo de Delitos comprendidos en el inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008), en los cuales es obligatorio decretar la detención provisional.”

⁵⁶⁶Además, no puede dejarse de tomar en cuenta el efecto en la ideología jurídica de la formación de la o el juez, inmanente en la práctica forense salvadoreña de la obligatoriedad de la detención provisional, donde predomina el enfoque reglamentarista-positivista en detrimento de la presunción de inocencia, y a favor de la aplicación como regla general de la referida medida cautelar.

⁵⁶⁷Como se ha mencionado con anterioridad este Pacto Internacional es Ley de la República de El Salvador en virtud del Decreto Legislativo No. 27, del 23 de noviembre de 1979; publicado en el Diario Oficial No. 218, de la misma fecha.

⁵⁶⁸El Comité de Derechos Humanos fue creado en virtud del Art. 28 y siguientes, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero las personas particulares adquirieron el

en tres tipos de acciones: 1) desacato a la obligación establecida en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por aplicar la detención provisional como regla general; 2) desacato al Art. 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por incumplimiento de informar al Secretario General de Naciones Unidas la suspensión de la obligación de no aplicar como regla general la prisión preventiva; 3) por el fin ilegítimo de utilizar la detención provisional como pena anticipada.

Esta clase de denuncia puede realizarla la persona particular considerada víctima de la violación de su derecho de libertad física, debido a la aplicación del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador; o bien, la presunta víctima puede actuar por medio de su apoderado, o cualquier otra persona con legitimidad para representarla. La denuncia debe ser interpuesta mediante una comunicación dirigida al Comité de Derechos Humanos, y tiene como requisito de admisibilidad estar suscrita expresamente por la propia víctima o su representante⁵⁶⁹. La decisión del Comité podría tener incidencia positiva en la modificación de la legislación denunciada y en el caso concreto⁵⁷⁰.

derecho de presentar comunicaciones (denuncias) en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual también constituye ley de la República de El Salvador en virtud del Decreto Legislativo No. 321 del 30 de marzo de 1995, publicado en el Diario Oficial No. 82 del 5 de mayo de 1995.

⁵⁶⁹ En este sentido se cita lo siguiente: *“Para ser admisible una comunicación no debe ser anónima y debe provenir de una persona o grupo de personas que vivan bajo la jurisdicción de un Estado que sea parte en el Protocolo Facultativo. Normalmente la comunicación deberá ser enviada por la persona que afirma que sus derechos establecidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos han sido violados por ese Estado. Cuando parece que la supuesta víctima no puede presentar la comunicación, el Comité puede examinar una comunicación presentada por otra persona que justifique que está capacitada para actuar en nombre de la supuesta víctima. Un tercero que no tenga una relación manifiesta con la supuesta víctima no puede presentar la comunicación.”* –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Folleto Informativo N° 7, Campaña Mundial pro Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1992; pág. 10.

⁵⁷⁰ Así se plantea en lo siguiente: *“Varios países han modificado su legislación como consecuencia de las decisiones del Comité sobre las distintas denuncias presentadas con*

6.4.3 *Desacato de la obligatoriedad de la detención provisional en contra del Art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

El párrafo 5 del Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula la garantía del juez natural, el derecho al juzgamiento en un plazo razonable y el derecho a no ser castigado antes de un juicio. Los dos derechos antes mencionados presuponen la utilización de medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional, para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, esto último constituye la parte final del Art. 7.5 de la referida Convención Americana.

En la sentencia de Inc. 28-2006 Ac., del 12 de abril de 2007, nuestra Sala de lo Constitucional consideró que no existe inobservancia al Art. 7.5 de la Convención Americana arriba relacionada, con base al mismo argumento por el cual no existe violación del Art. 9.3 del PIDCyP, es decir, por el número reducido de delitos contenidos en el Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008)⁵⁷¹. Sin embargo, la obligatoriedad de la detención provisional a través de la vía de prohibir el uso de medidas alternativas o sustitutivas a la misma, trae el efecto práctico de prolongar la detención del imputado durante todo el proceso penal, o durante el plazo

arreiglo al Protocolo Facultativo. En varios casos se ha puesto en libertad a los presos y se ha indemnizado a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. El Comité ha instituido recientemente un mecanismo por el cual trata de fiscalizar más de cerca si los Estados aplican las decisiones finales adoptadas por él sobre el fondo de un caso; las primeras reacciones de los Estados Partes han sido alentadoras” –Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Folleto Informativo N° 15, Campaña Mundial pro Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1992; págs. 9 y 10.

⁵⁷¹En ese sentido la Sala se limitó a decir lo siguiente: *“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.”*—puede consultarse en este trabajo en el “Anexo 9: Sentencia de Inconstitucionalidad 28-2006/33-Ac, publicada en el Diario Oficial No 71, Tomo No 375, del 20 de abril de 2007; pág. 189”.

máximo de la temporalidad de la detención provisional⁵⁷², esto es una violación del derecho a no ser castigado antes del juicio, y por tanto, el Estado salvadoreño ha cometido desacato a dicho compromiso adquirido en el Art. 7.5 de la Convención Americana de Derchos Humanos (CADH).

6.4.3.1 *Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La denuncia en contra del Estado salvadoreño ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es procedente en razón de tres acciones derivadas del marco normativo jurídico de la obligtoriedad de la detención provisional, las cuales son: 1) violación del derecho a no ser castigado sin juicio previo, según el Art. 7.5 de la CADH; 2) violación del derecho a la libertad personal, según el Art. 7.1 de la CADH; y 3) incumplimiento del uso de medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional como medios menos gravosos para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, según la parte final del Art. 7.5 de la CADH.

De conformidad al Art. 44 de la CADH, cualquier persona, ong's y grupo de personas, puede denunciar mediante petición o comunicación las anteriores violaciones relacionadas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es competente para evaluar la situación de la persona imputada en prisión preventiva, y muchos de estos casos concretos han sido judicializados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este

⁵⁷²Esta temporalidad es de veinticuatro meses para los delitos del Inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, según el Art. 6 Pr. Pn. 2008. En el Art. 8 Pr. Pn. 2008, viene insertado en su penúltimo inciso la regla de prolongar por doce meses más, adicionales a los veinticuatro meses, la detención provisional en los delitos graves durante o como efecto de la tramitación de un recurso contra la sentencia condenatoria, computando un total de treinta y seis meses de privación de libertad mediante dicha medida cautelar.

mecanismo de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido poco o nulo utilizado en casos concretos tramitados en la jurisdicción interna de nuestro país, reflejando una ínfima confianza en la efectividad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Lo anterior queda expresado en la pregunta 3 de la Encuesta de opinión tabulada en el próximo Capítulo VII, en la cual de los 25 especialistas del derecho procesal penal salvadoreño encuestados, con respecto a su disposición a denunciar ante el Comité de Derechos Humanos a nuestra legislación nacional por el uso de fines ilegítimos de la detención provisional, un mínimo de 32% la denunciaría, y el 48% no tiene disposición.

6.5 *A manera de conclusión*

El marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador regula esta medida cautelar como pena anticipada, y por tanto, tiene los efectos de prevención general y prevención especial en contraposición a sus fines constitucionalmente legítimos. Lo anterior constituye un desacato del Estado salvadoreño a las normas jurídicas internacionales relativas a los principios para restringir y limitar los derechos y libertades fundamentales del individuo, contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también es un desacato a los artículos 4.3 y 9.3 del PIDCyP, y artículos 7.1 y 7.5 de la CADH.

CAPITULO VII

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

El presente Capitulo expone los resultados de la investigación de campo, mediante los datos recogidos a través de la Encuesta de Opinión a especialistas en el Derecho Procesal Penal salvadoreño. Los datos expuestos a continuación consisten en la opinión de veinticinco informantes claves, quienes por el cargo público desempeñado o bien por su actividad en la sociedad civil, representan sectores relacionados con la práctica del objeto de estudio de la presente investigación académica.

Los datos reflejan la opinión de cuatro jueces de paz, tres de Instrucción, tres de Sentencia, todos de San Salvador; tres colaboradores jurídicos, distribuidos en las Cámaras 1^a, 2^a y 3^a de lo Penal de San Salvador; un juez de Instrucción y uno de Sentencia, ambos de Santa Tecla; tres colaboradores jurídicos del área de Hábeas Corpus de la Sala de lo Constitucional; y un colaborador jurídico de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; una funcionaria de alto nivel de la Academia Nacional de Seguridad Pública (ANSP); una funcionaria de alto nivel de la Unidad de Registro y Control Penitenciario del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública; dos abogados del Instituto de Derechos Humanos de la UCA (IDHUCA); y dos catedráticos de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de derecho de la Universidad de El Salvador, sin embargo, se hace patente la falta de colaboración de algunos especialistas, y debido a ello aparecen 31 firmas de recibido de la presente encuesta⁵⁷³.

⁵⁷³La constancia de la entrega y recibido de la presente Encuesta de Opinión se encuentra en *“Anexo 12 Cedula de la Encuesta de Opinión a los especialistas del Derecho Penal salvadoreño y Firma y Sello de su recibido”*.

Pregunta 1:

¿Cuál considera usted que es el nivel de obstaculización impuesto por nuestra legislación procesal penal para utilizar excepcionalmente la detención provisional en El Salvador?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1.

Opinión	No.	%
ALTO	10	40%
MEDIO	9	36%
BAJO	6	24%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 40% considera ALTO el nivel de obstaculización impuesto por la legislación procesal penal salvadoreña para utilizar la detención provisional de forma excepcional en El Salvador; el 36% lo considera MEDIO y el 24% BAJO.

Pregunta 2:

¿Considera Usted que la legislación procesal penal salvadoreña ha cometido desacato a las normas jurídicas internacionales relativas a la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 2

Opinión	No.	%
SI	9	36%
NO	12	48%
ALGO	3	12%
ABSTENCIÓN	1	4%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 36% considera que SÍ la legislación procesal penal salvadoreña, ha cometido desacato a las normas jurídicas internacionales relativas a la detención provisional; el 48% consideran que NO; el 12% considera que ALGO y el 4% se abstuvo de opinar.

Pregunta 3:

¿Estaría Usted dispuesto a denunciar a nuestra legislación procesal penal ante el Comité de derechos humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por regular la detención provisional con fines ilegítimos?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 3

Opinión	No.	%
SI	8	32%
NO	12	48%
NINGUNO	4	16%
ABSTENCIÓN	1	4%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 32% SÍ estaría dispuesto a denunciar a nuestra legislación procesal penal salvadoreña, ante el Comité de Derecho Humanos, por regular la detención provisional con fines ilegítimos; el 48% NO estaría dispuesto; el 16% dice que NINGUNO y el 4% se abstuvo de opinar.

Pregunta 4:

¿De acuerdo a su criterio, en El Salvador cómo es aplicada la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 4

Opinión	No.	%
-Como regla general	12	48%
-Como regla excepcional	3	12%
-Como regla intermedia	7	28%
-Abstenciones	3	12%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 48% considera que en El Salvador la detención provisional es aplicada COMO REGLA GENERAL; el 12% considera que se aplica COMO REGLA EXCEPCIONAL; el 28% COMO REGLA INTERMEDIA DE LAS DOS ANTERIORES; y el 12% se abstuvo de opinar.

Pregunta 5:

¿Según Usted, cuál de los motivos siguientes es el verdadero fondo por el cual se decreta la detención provisional en los casos establecidos en el inciso 2º, del artículo 294 del Código Procesal Penal 1996 salvadoreño?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 5

Opinión	No.	%
-Temor a sanciones de la Corte Suprema de Justicia	8	32%
-Convicción judicial y Cumplimiento de la ley	1	4%
-Convicción judicial	2	8%
-Cumplimiento de la ley	7	28%
-Abstención	6	24%
-Todas las anteriores	1	4%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 32% considera como verdadero fondo de la aplicación de la detención provisional en los casos del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn. 1996, el TEMOR A SANCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; el 4% por CONVICCIÓN JUDICIAL Y CUMPLIMIENTO DE LA LEY; el 8% por CONVICCIÓN JUDICIAL; el 28% por CUMPLIMIENTO DE LA LEY; el 4% TODAS LAS ANTERIORES; y el 24% se abstuvo de responder.

Pregunta 6:

¿Considera Usted que en nuestro país está vigente un marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 6

Opinión	No.	%
SI	11	44%
NO	10	40%
NINGUNO	1	4%
ABSTENCIÓN	3	12%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 44% considera que SÍ esta vigente un marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en nuestro país; el 40% no lo considera así; el 4% dice que NINGUNO y el 12% se abstuvo de contestar.

Pregunta 7:

¿Considera Usted que tiene incidencia real la condición social, política y económica de la persona imputada, en la decisión tomada por los y las jueces de lo penal de nuestro país para imponer la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 7

Opinión	No.	%
SI	14	56%
NO	5	20%
NINGUNO	4	16%
ABSTENCIÓN	2	8%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 56% SÍ considera que la condición social, política y económica del imputado incide en la decisión de imponer la detención provisional; el 20% dijo que NO; el 16% optaron por NINGUNO; y el 8% se abstuvo de opinar.

Pregunta 8:

¿Cuál es su opinión sobre la calidad de la motivación de la detención provisional decretada por las y los jueces salvadoreños?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 8

Opinión	No.	%
-EXCELENTE	2	8%
-BUENA	7	28%
-REGULAR	7	28%
-MALA	5	20%
-BASTENCIONES	4	16%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 8% considera que la calidad de la motivación de la detención provisional, realizada por los y las jueces salvadoreños es EXCELENTE; el 28% la considera BUENA; y otro 28% la considera REGULAR; un 20% opinó que MALA; y el 16% se abstuvo de responder.

Pregunta 9:

¿Según su opinión, cuál es el principal factor de la existencia de motivaciones de la detención provisional con bajo nivel de calidad?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 9

Opinión	No.	%
-Inoperancia de la o el Juez	5	20%
-Dificultades de motivar esta medida cautelar	8	32%
-Las dos anteriores	7	28%
-Abstención	5	20%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 20% considera como principal factor de la existencia de motivaciones de la detención provisional con bajo nivel de calidad la INOPERANCIA DE LA O EL JUEZ; el 32% por las DIFICULTADES DE MOTIVAR ESTA MEDIDA CAUTELAR; el 28% LAS DOS ANTERIORES; y el 20% se abstuvo de opinar.

Pregunta 10:

¿Según su opinión, en el contexto actual de El Salvador cuál debería ser la situación jurídica de la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 10

Opinión	No.	%
-Una medida cautelar aplicada como regla general	4	16%
-Una medida cautelar aplicada como regla excepcional	19	76%
-Una medida cautelar abolida de nuestra legislación	1	4%
-Abstenciones	1	4%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 16% considera que en el contexto actual de El Salvador la detención debería ser UNA MEDIDA CAUTELAR APLICADA COMO REGLA GENERAL; el 76% como UNA MEDIDA CAUTELAR APLICADA COMO REGLA EXCEPCIONAL; el 4% considera que la detención debería ser UNA MEDIDA CAUTELAR ABOLIDA DE NUESTRA LEGISLACIÓN; y el 4% se abstuvo de opinar.

Pregunta 11:

¿Una vez comprobada la existencia del delito y establecida la probable autoría o participación del imputado (*fumus boni iuris*), en cuáles de los siguientes criterios del *periculum in mora* (peligro de fuga) fundamentaría usted la detención provisional en los delitos NO comprendidos en el inciso 2º, del artículo 294 Pr. Pn. 1996?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 11

Opinión	No.	%
-Incomparecencia del imputado	9	36%
-Alarma social	5	20%
-Reiteración delictiva	4	16%
-Gravedad del delito	12	48%
-Frecuencia de hechos análogos	3	12%
-Circunstancias del hecho	11	44%
-Evitar la ocultación de prueba	9	36%
-Asegurar el éxito de la instrucción	6	24%
-Incumplimiento de medidas sustitutivas	13	52%
-Antecedentes del imputado	3	12%
-Falta de arraigos	13	52%
-Reincidencia y habitualidad del imputado	4	16%
Total encuestados: 25		% por opciones

Los porcentajes significativos son las causales de incomparecencia del imputado con el 36%; gravedad del delitos con el 48%; circunstancias del hecho con el 44%; evitar la ocultación de la prueba con el 36%; incumplimiento de medidas sustitutivas y la falta de arraigos con el 52 %; todos los cuales tiene relación con los criterios objetivos y subjetivos del peligro de fuga (*periculum in mora*). El resto de causales (alarma social, reiteración delictiva, frecuencia de hechos análogos, asegurar el éxito de la instrucción, antecedentes del imputado y Reincidencia y habitualidad del imputado) registran un bajo porcentaje de presencia en la práctica forense.

Pregunta 12:

¿En qué delitos considera usted que existe peligrosidad de fuga?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 12

Opinión	No.	%
-Homicidios	18	72,22
-Hurto	2	8%
-Amenazas	2	8%
-Delitos de droga	17	68%
-Extorsiones	16	64%
-Delitos contra la libertad sexual	16	64%
-Secuestros	17	68%
-Lesiones	0	0%
-Abortos	2	8%
-Acoso Sexual	3	12%
-Evasión fiscal	4	16%
-Robos	8	32%
-Delitos de lavado de dinero	16	64%
-Todos los anteriores	1	4%
-Otros	5	20%
-Abstenciones	1	20%
-Circunstancias del caso	2	20%
Total encuestados: 25		% por opciones

Los delitos considerados con mayor peligrosidad de fuga en orden ascendente, son: Homicidios (72,22%); Delitos de Drogas (68%); Secuestros (68%); Extorsiones (64%); Delitos contra la libertad sexual (64%); Delitos de Lavado de Dinero (64%); Robos (32%). Los delitos donde existe una menor peligrosidad de fuga, en orden ascendente, son: Lesiones (0%); Hurto (8%); Amenazas (8%); abortos (8%); Acoso Sexual (12%) y Evación fiscal (16%).

Pregunta 13:

¿En qué delitos considera usted que puede existir mayor probabilidad de obstrucción en la investigación?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 13

Opinión	No.	%
-Homicidios	16	64%
-Hurto	1	4%
-Delitos de droga	17	68%
-Extorsiones	15	60%
-Delitos contra la libertad sexual	13	52%
-Amenazas	1	4%
-Secuestros	13	52%
-Lesiones	0	0%
-Abortos	1	4%
-Acoso Sexual	1	4%
-Delitos fiscales	8	32%
-Robos	5	20%
-Delitos de lavado de dinero	12	48%
-Todos los anteriores	5	20%
-Otros	1	4%
-Depende de las circunstancias del caso	3	12%
Total encuestados: 25		% por opciones

Los delitos considerados con mayor probabilidad de obstrucción en la investigación en orden ascendente, son: Homicidios (64%); Delitos de Drogas (68%); Extorsiones (60%); Secuestros (52%); Delitos contra la libertad sexual (52%); Delitos de Lavado de Dinero (48%); Delitos fiscales (32%). Los delitos donde existe una menor probabilidad de obstrucción de la investigación, en orden ascendente, son: Lesiones (0%); Hurto (4%); Amenazas (4%); abortos (4%); Acoso Sexual (4%) y Robos (20%).

Pregunta 14:

¿En cuáles delitos considera usted que es necesaria la obligatoriedad jurídica de la aplicación de la detención provisional?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 14

Opinión	No.	%
-En todos los delitos comprendidos en el inciso 2°, del Art. 294 Pr. Pn. 1996	9	36%
-En ningún delito	9	36%
-Delitos específicos	7	28%
Total	25	100%

De los 25 especialistas el 36% considera necesario aplicar la detención provisional en los casos de los delitos enumerados en el inciso 2° del Art. 294 Pr. Pn. 1996; el otro 36% considera innecesario aplicar de forma obligatoria la detención provisional a ningún delito y el 28% específico para ciertos delitos aplicar de manera obligada dicha medida cautelar.

Pregunta 15:

¿Considera usted que las medidas cautelares patrimoniales penales sirven para asegurar las resultas del proceso penal?

En esta pregunta se obtuvieron los datos tabulados en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 15

Opinión	No.	%
SI	11	44%
NO	9	36%
NINGUNA	5	20%
Total	25	100%

De los 25 especialistas encuestados el 44% consideran a la medidas cautelares patrimoniales al servicio de las resultas del proceso; el 36% no considera a esta clase de cautelas penales sirviendo a las resultas del proceso y un 20% opto por no opinar.

CAPITULO VIII

DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación jurídica de la prisión provisional en El Salvador ha sufrido las variaciones del contexto internacional, en el sentido de retomar el enfoque reglamentarista-positivista de esta medida cautelar, el cual ha sido dominante en la historia jurídica de nuestro país; o bien vivenciando breves fulgores de uso excepcional como aconteció al inicio de la vigencia del Pr. Pn. 1996, pero que ya a finales de 1999 con la primera contrarreforma a su Art. 294, Inc. 2º; y hoy en día con la consagración del marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional, la excepcionalidad de esta cautela se ha dado al traste para ceder el paso una vez más a su aplicación como regla general, lo cual forma parte de un movimiento reaccionario a nivel latinoamericano en contra del garantismo penal.

En seguida se comentan ocho sistemas jurídicos europeos y seis latinoamericanos, relativos a la detención provisional, con los cuales podrá compararse nuestro propio sistema de regulación de este medio de coerción penal. En el anterior sentido, puede también constatarse cómo en los países europeos, debido al fenómeno de su integración en la Unión Europea, ya desde hace años consolidaron un Sistema de Protección Internacional de los Derechos Humanos, el cual tiene una incidencia decisiva y directa en el uso interno de la prisión provisional, que hace cada país miembro en dicha Unión Europea; en cuya jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Europeo de Justicia, nuestros propios sistemas latinoamericanos se han apoyado para la resolución de casos concretos a nivel tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7.1 **Experiencia Europea: Francia, Alemania, Portugal, Italia, Bélgica, Holanda, Dinamarca y España**

7.1.1 *Francia*

El derecho penal francés clasifica las conductas punitivas, atendiendo la gravedad de las penas, en contravenciones, delitos y crímenes; conociendo una jurisdicción especial por cada una de las tres clases mencionadas. La detención provisional está regulada en los arts. 144 y 150 del Código Procesal Penal. Lo anterior se documenta en lo siguiente:

“El Code de Procedure Penale (CPP) regula en los arts. 137 y ss. El tema relativo al “Control Judicial y la prisión provisional”, en concreto la “detention provisoire” aparece regulada en los arts. 144 y 150.

...La clasificación de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones se lleva a cabo en el Código Penal, teniendo en cuenta la gravedad de las penas.

Para celebrar el juicio existen tres jurisdicciones:

-el Tribunal de police, competente para las contravenciones;

-el Tribunal correctionnel, competente para delitos, compuesto por tres magistrados;

-la Cour d’assises, competente para crímenes y compuesto por magistrados profesionales y por jurado.”⁵⁷⁴

El único competente para aplicar la prisión provisional es la o el Juez. El proceso en etapa de instrucción inicia con la petición ante el o el Juez por parte del Ministerio Público para investigar a una persona imputada,

⁵⁷⁴CADENAS CORTINA, Cristina; *La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental*; en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; *Detención y Prisión Provisional...*; ob. cit.; pág. 113 y 114.

pudiendo aquél ordenar la comparecencia de dicha persona y practicar determinada prueba. Enseguida se realiza una citación pertinente:

*“...cuando se lleva a cabo la fase de instrucción, el Ministerio Público pide al Juez de instrucción que abra una investigación contra determinada persona...A partir de tal momento, será el Juez quien va a practicar pruebas, como los interrogatorios, periciales, etc. Es el juez quien puede dictar órdenes de comparecer ante él, contra determinadas personas, y el único que puede ordenar la detención provisional.”*⁵⁷⁵

Para decretar la prisión provisional el Art. 144 del Código Procesal Penal francés (C.P.P.F.), exige los siguientes requisitos: la protección de la prueba, de víctimas, e inclusive, del imputado, así como para evitar la conspiración contra la eficacia de la investigación; para contener el delito, contrarrestar la reiteración delictiva del inculpado, y tener a disposición el imputado para las indagaciones necesarias, y por último, para sosegar la perturbación del orden público causado por el hecho punible cometido. La prisión provisional es impuesta en los casos donde resulten insuficientes las medidas menos gravosas de control judicial, estipuladas en el Art. 137 del C.P.P.F., y también cuando la persona imputada se dio a la fuga⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵Ibidem; pág. 114.

⁵⁷⁶El marco de posibilidades para decretar la prisión provisional en el sistema francés comprende los criterios de la penalidad del delito, si es necesaria su aplicación, protección de la prueba, víctimas e impedir las comunicaciones entre los involucrados, etc.; lo anterior se basa en la cita siguiente: *“El art. 144 del CPP establece que puede decretarse prisión provisional (“détention provisoire”) en materia criminal, si la pena prevista es igual o superior a la prisión en otro caso, si son insuficientes las medidas previstas en el art. 137, como de “control judicial” y 1. Siempre que tal medida sea el único medio de conservar pruebas, o de impedir presión sobre las víctimas, o una concertación fraudulenta entre los implicados. 2. Cuando sea necesaria para proteger al implicado, para poner fin a la infracción o para impedir que vuelva a delinquir, para garantizar que el implicado va a mantenerse a disposición de la justicia, o preservar el orden público de problemas causados por la infracción. También puede acordarse si el imputado se sustrae voluntariamente a la acción de la justicia.”* –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental; ob. cit.; pág. 114.

En el caso de la absolución, por Sentencia o Sobreseimiento definitivo, el art. 149 del C.P.P., ordena indemnizar a la persona mantenida en prisión provisional, bajo la condición de haberse causado un perjuicio grave y anormal; dicha condición es criticable, pues, toda privación involuntaria de la libertad ambulatoria impacta gravemente la vida integral de quien la sufre. A continuación, es insertada la referencia de lo anterior:

*“...El art. 149 del CPP prevé además, una indemnización para la persona que haya estado en situación de prisión provisional, si es absuelto, o el caso se sobresee definitivamente, cuando la detención le haya causado un perjuicio manifiestamente anormal, o de particular gravedad.”*⁵⁷⁷

Por otro lado, el recién 30 de julio del corriente año 2010, el Consejo Constitucional Francés declaró la inconstitucionalidad de los Arts. 62, 63 y 63,1 del C.P.P.F., que permitían a la policía la detención preventiva de sospechosos, sin atribuirles concretamente algún delito y sin el derecho a ser asistido por abogado; esta clase de detención no se refiere a la prisión provisional pero demuestra la injerencia positiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual había resultado en otros casos la contravención de esta clase de procedimientos a la Convención Europea de Derechos Humanos⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Ibidem; pág. 117.

⁵⁷⁸ Esta información se basa en la nota siguiente: “El pasado viernes 30 de julio de 2010 el Consejo Constitucional Francés declaró inconstitucional los artículos 62, 63, 63.1 del Código de Procedimiento Penal que posibilitaba la detención en custodia de personas sospechosas por parte de la policía, para interrogar por el término de 48 horas sin que se tuvieran derecho los detenidos a saber los cargos, el derecho a guardar silencio, a tener un abogado y se les leyerá sus derechos, y que se utilizarán métodos ilegales para obligar a confesar. Como informa el blog [Paper Chase](#) y el Periódico [The Washington Post](#) desde que Nicolás Sarkozy subió al poder el número de personas interrogadas en custodia ha venido en aumento. En el 2001 existían 336.718, llegando en el 2009 a 790.000. El movimiento en favor de los derechos de las personas bajo custodia ha tomado relevancia, después de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos [Salduz vs. Turquía](#), [Mooren vs. Alemania](#) y [Kolesnik vs. Ucrania](#) en donde se estableció que la falta de garantías

7.1.2 Alemania

En el sistema penal alemán los delitos cuya pena no exceda de tres años de prisión son competencia de los Tribunales de Primera Instancia locales, y los superiores a dicha pena son conocidos por los Tribunales de Primera Instancia de Distrito. La prisión provisional es regulada por el Art. 112 de la Ley Procesal Penal, y procede contra reos fugados, en peligro de darse a la fuga, o bien, en condición de destruir la prueba; de manera excepcional es adoptada esta medida cautelar para delitos gravísimos, generadores de alarma social, sin embargo, estos casos están taxativamente enumerados por la ley, y son muy especiales.

En esta experiencia se destaca la regulación de la obligatoriedad de la prisión provisional basada en el sistema de *numerus clausus*, que exige la enunciación reducida y selectiva de delitos por los cuales se impone de forma obligatoria por la alarma social causada, esto se refuerza en la cita transcrita a continuación:

“Existen Tribunales de Primera Instancia locales (Amtsgericht) y de distrito (Landgericht). En el primer caso son competentes para enjuiciar delitos con pena de hasta tres años de prisión...la prisión provisional aparece regulada en la Ley Procesal Penal, art. 112 y siguientes...debe acordarse cuando el imputado está huído o existe peligro de fuga, o de que

y salvaguardas para las personas en custodia o detención preventiva violaba el artículo 6 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*. (Derecho al debido proceso y a la defensa). Sin embargo, la decisión del Consejo Constitucional no se da en todos los casos y establece que la policía conserva el derecho a interrogar a sospechosos sin formular cargos y a tener un abogado en casos de amenazas especiales como los casos de terrorismo, narcotráfico o crimen organizado, estableciendo solo la inconstitucionalidad parcial de la norma. El Consejo Constitucional le dio plazo al legislativo hasta el 2011 para establecer la nueva reglamentación.”—RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo; “Inconstitucionalidad de la detención preventiva sin cargos y abogado en Francia”; publicado en *iureamicorum*; Blog de Teoría jurídica y derecho constitucional, el 1/08/2010. Se consultó el 2 del mismo mes y año en <http://iureamicorum.blogspot.com/2010/08/inconstitucionalidad-de-la-detencion.html>

*se destruyan medios de prueba. Excepcionalmente, puede acordarse cuando el delito sea de los que causan alarma social, es decir, para tranquilizar a la población...tales como terrorismo, asesinato, homicidio internacional con peligro para la vida o integridad de las personas y delitos muy graves contra la libertad social. Se trata de una relación totalmente tasada de "numerus clausus". Además consideran tal medida procedente cuando existe riesgo de reiterar o continuar la comisión de delitos de lesiones graves, robos, estafas, incendios, trafico de drogas, y en tales casos deberán tenerse en cuenta los antecedentes del imputado."*⁵⁷⁹

La legislación alemana de la prisión preventiva es considerada de corte garantista, por sus plazos breves de seis meses prorrogables hasta un máximo de un año, y la precisión y especificidad en los detalles para decretar este instrumento precautorio⁵⁸⁰.

7.1.3 Portugal

El Código Procesal Penal portugués, establece en su Libro IV, la legalidad, proporcionalidad y excepcionalidad como principios de las medidas cautelares; siendo aplicada la prisión provisional solamente bajo circunstancias donde resulten insuficientes las medidas menos gravosas; esto puede constatarse aquí:

"El Código Procesal Penal portugués data de 1988...El Libro IV...bajo el Título "De las medidas de coacción y de garantía patrimonial regula la

⁵⁷⁹CADENAS CORTINA, Cristina; *La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental*; ob. cit.; pág. 121.

⁵⁸⁰En el sentido especificado arriba, viene la siguiente cita literal: "Los plazos –seis meses prorrogables hasta un año- son muy breves, lo que...resulta correcto...En definitiva la regulación de la ley alemana puede considerarse precisa y específica, detallada y garantista en comparación con otros ordenamientos."–CADENAS CORTINA, Cristina; *La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...*; ob. cit.; pág. 127.

*prisión provisional...Establece una serie de principios generales: de legalidad...principio de proporcionalidad...excepcionalidad...El art. 193.2 establece que la prisión provisional sólo puede ser aplicada cuando resulte inadecuada o insuficientes las otras medidas coactivas.”*⁵⁸¹

El Art. 202 del Código Procesal Penal portugués, regula la prisión provisional específicamente contra personas emigrantes, procesadas por tránsito o estadía ilegal en Portugal, y en casos de extradición o expulsión. El art. 209 del mismo Código, deja a discreción de la o el Juez aplicar la detención provisional para delitos taxativamente establecidos, a partir de delitos con pena superior a tres años de prisión. Si el o la juez toma la decisión de no adoptar esta medida cautelar, en casos de delitos con pena superior a ocho años de prisión, debe fundamentar su negativa⁵⁸².

La regulación de la prisión provisional en la legislación portuguesa corresponde a los estándares internacionales de la excepcionalidad de esta medida cautelar, definidos en el derecho internacional de los derechos humanos, y en el derecho regional de los derechos humanos europeo, establecidos en los Pactos Internacionales, la Declaración de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo de los derechos del Hombre⁵⁸³.

⁵⁸¹Ibidem; pág. 128.

⁵⁸²En el sistema penal portugués la prisión provisional no es obligatorio, en los delitos por los cuales procede su aplicación debe motivarse las razones por las cuales no se aplicará, esto se explica en lo siguiente: “*La prisión provisional aparece como excepción según se ha expuesto, sin embargo, el art. 209 dispone que si la pena prevista para el delito fuera superior a la de 8 años, el juez debe indicar los motivos por los que no procede decretar la prisión provisional...Esta disposición se aplica para determinados delitos, que establece taxativamente la ley (falsificación de moneda, tráfico ilícito de drogas...) desde que la pena fuere superior a 3 años.*” –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; pág. 129.

⁵⁸³Dichas calificaciones son basadas en la información transcrita enseguida: “*La normativa portuguesa respecto a la prisión preventiva resulta muy acorde con las normas internacionales sobre la materia, en especial en el ámbito europeo. Se regula siempre como*

7.1.4 Italia

Una cualidad del Código de Procedimiento Penal italiano es la limitación impuesta para acordar la prisión provisional, la cual es regulada en términos de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad; exigiendo a la o el Juez, inclusive, para adoptar cualquier clase de medida cautelar la concurrencia de indicios graves de responsabilidad penal de la persona imputada, y considerar la naturaleza e idoneidad para el cumplimiento de fines cautelares de la detención preventiva; prohibiendo su aplicación en los casos donde sea acreditada tanto alguna exclusión de dicha responsabilidad, como la extinción de la pena o del delito atribuido, lo cual significa la exigencia de motivos objetivos para la utilización de dicha cautela penal. A continuación, es sustentado lo antes expuesto:

“La Medidas Cautelares aparecen reguladas en el Libro IV del Código de Procedimiento Penal de 1988, cuyo Título I se refiere a las Medidas Cautelares personales: una característica de este Código es la precisión de medidas alternativas, configurando a la prisión provisional como una medida excepcional, residual y subsidiaria. Todas las medidas cautelares se rigen por unos principios generales, en concreto el de proporcionalidad, que debe tenerse en cuenta en todo caso.

Para la imposición de cualquiera de ellas deben concurrir “graves indicios de culpabilidad”, y no pueden imponerse si existen causas de exención de culpabilidad o de extinción de delito o de la pena. El juez deberá tener siempre en cuenta la específica idoneidad de la medida, atendiendo a su naturaleza y a los fines cautelares.”⁵⁸⁴

medida excepcional, salvo para algunos delitos más graves, y debe acordarse por el juez competente, mediante resolución motivada, a instancias del Ministerio Fiscal.” –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; pág. 132.

⁵⁸⁴Ibidem; pág. 133.

El Art. 285 del Código de Procedimiento Penal italiano, ordena trasladar a la o el detenido provisionalmente a un lugar de custodia. El tiempo de la detención provisional es abonado a los años de prisión en caso de condena. El Juez debe motivar la resolución con la cual impone la detención provisional, describiendo el delito, expresando las razones de su aplicación y señalando el tiempo de su duración⁵⁸⁵.

En relación a los plazos de duración, si el delito tiene como pena hasta seis años de prisión la detención provisional es de dos años; en delitos hasta de veinte años, la medida dura cuatro años; y si el delito supera los veinte años de prisión, el plazo máximo será de seis años. En la situación de ser absuelta la persona imputada la ley establece una indemnización, esto es común en casi todos los sistemas penales de la Unión Europea pues están en sintonía a su sistema de protección de derechos humanos. Enseguida, se documenta lo antes expuesto:

*“El art. 303 establece los plazos de duración máxima de la “custodia carcelaria” y establece unos topes: dos años, si se procede por delito al que la ley prevé pena máxima de seis años; cuatro años...por delito...hasta veinte: seis años, si se trata de delito para el que la ley prevé pena superior. La ley regula la posibilidad de indemnización para el absuelto por sentencia firme que ha permanecido en prisión provisional.”*⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ Los comentarios relacionados arriba se apoyan con la siguiente cita literal: “Se requieren...resoluciones motivadas...que expliquen suficientemente las concretas medidas de aplicación en cada caso, y además, un buen sistema de control mediante los funcionarios de policía necesarios para garantizar el cumplimiento de las medidas acordadas...El art. 285 regula las medidas a adoptar cuando proceda prisión provisional; se trasladara al detenido a un lugar de custodia, y el tiempo que permanezca en prisión preventiva se computara para la pena definitiva...El juez dictara una ordenanza haciendo constar los datos del imputado, descripción del delito, razones que aconsejan la medida y su duración.” –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; págs. 134, 135 y 138.

⁵⁸⁶ Ibidem; págs. 135 y 136.

7.1.5 Bélgica

La prisión provisional en Bélgica es regulada en un Estatuto de 1990, para decretarla el o la Juez debe verificar el cumplimiento de un conjunto rígido de requisitos, pues sino constituye una privación ilegal de la libertad⁵⁸⁷. Existen dos tipos de indemnización relacionadas a la prisión provisional, una completa para los casos de adopción ilegal de esta medida cautelar –por no cumplir las condiciones legales estrictas para su aplicación–, y la de tipo parcial para los casos donde resulte absuelta la persona imputada por sentencia definitiva. Lo anterior se funda en lo siguiente:

*“Si la prisión provisional resulta ser ilegal, existe la posibilidad de pedir una compensación contra el Estado; si aquélla fue acorde con la ley, pero la sentencia final fue absolutoria, cabe una compensación parcial.”*⁵⁸⁸

7.1.6 Holanda

El Código de Procedimiento Criminal holandés, regula tres modalidades de prisión provisional⁵⁸⁹, las cuales son: una decretada por el o la Juez de

⁵⁸⁷ Las condiciones estrictas para decretar la prisión preventiva en el sistema belga son las siguientes: “a) serias sospechas de que el detenido cometió el delito; b) debe ser un delito con pena prevista de 1 año a más de privación de libertad; c) la prisión debe ser absolutamente necesaria para los intereses de la seguridad pública; d) Además, excepto en caso de delitos extremadamente serios, debe concurrir una de las siguientes razones: - riesgo de que el sospechoso pueda cometer nuevos delitos, si es puesto en libertad; - riesgo de fuga; -o riesgo de que destruya pruebas.” –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; pág. 142.

⁵⁸⁸ Ibidem.

⁵⁸⁹ Estas tres modalidades de la prisión provisional en el sistema holandés, son explicadas en la siguiente nota: “El Código de Procedimiento Criminal contiene reglas detalladas sobre las medidas coercitivas. En el mismo, se prevén tres formas diferentes de prisión preventiva por orden del juez. Una persona puede ser detenida si es sospechosa de haber cometido un delito con pena prevista con cuatro años como mínimo de privación de libertad, un sospechoso que carece de domicilio, o que se niega a dar su dirección puede ser detenido “en custodia” por cualquier delito. Este tipo de prisión, “guarda”, puede ser acordada por el juez de instrucción por un periodo máximo de diez días...El segundo tipo puede venir a

conformidad al delito con pena igual o mayor a cuatro años de prisión; otra en el caso de no brindar la persona su domicilio de residencia, el Consejo judicial puede decretarla hasta un máximo de treinta días; y una detención preventiva decretada por el Tribunal en el desarrollo de la etapa del juicio oral. Los requisitos para imponer la prisión provisional se ajustan a su naturaleza cautelar procesal, eliminando casi en su totalidad el riesgo del uso de este medio coercitivo como pena anticipada; bastando para la imposición de la referida medida la concurrencia de al menos una de las siguientes condiciones:

*“a) riesgo de que el acusado pueda huir o evitar el juicio o la ejecución de la sentencia; b) peligro de que el acusado pueda cometer otro delito que lleve aparejada pena de seis años de prisión o que pudiera dañar personas o propiedades; c) riesgo de que el acusado pueda obstruir la investigación del caso si no es detenido.”*⁵⁹⁰

De manera excepcional, en aquellos delitos con penalidad mayor a los doce años de prisión, los cuales hayan tenido un impacto serio en la sociedad, es causal suficiente para proceder a la aplicación de la prisión provisional. Además, el tiempo de la detención preventiva es abonado al cumplimiento de la pena de prisión. Por otro lado *“...En cuanto a la duración, antes del juicio sólo puede durar los iniciales diez días, y luego períodos de treinta días (prorrogables). Desde que el juicio a comenzado...sólo puede prorrogarse treinta días después de la decisión judicial.”*⁵⁹¹. En caso de declararse absuelta la persona imputada por sentencia definitiva o si es

continuación de la anterior por orden del Consejo judicial. No puede prolongarse por más de treinta días, aunque este periodo pueda ser prorrogado. El último tipo de prisión provisional es el ordenado por el tribunal durante el juicio respecto de una persona que no este bajo custodia.”—CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; págs. 142 y 143.

⁵⁹⁰ Ibidem; pág. 143 y 144.

⁵⁹¹ Ibidem.

condenada a una clase de pena distinta a las de privación de libertad ambulatoria, la ley “...prevé una compensación económica para el tiempo transcurrido en prisión preventiva...”⁵⁹²

7.1.7 Dinamarca

En Dinamarca la prisión provisional es exclusivamente una decisión adoptada por el Tribunal, bajo el requisito de que el delito tenga como mínimo un año y seis meses de pena privativa de libertad personal⁵⁹³. No obstante, a la falta de fijación de plazos determinados en la duración de la prisión provisional, el derecho danés estipula la prohibición de que ésta se prolongue más de un plazo razonable.

7.1.8 España

7.1.8.1 Constitución Española

La Constitución Española⁵⁹⁴ cuenta con un conjunto de disposiciones relacionadas con la prisión provisional. Debe tenerse en cuenta la distinción realizada por el derecho español de la detención preventiva, como acto de la

⁵⁹²Ibidem.

⁵⁹³En cuanto a los requisitos para la prisión provisional en el sistema danés se transcribe lo siguiente: “b) Debe concurrir al menos uno de los siguientes requisitos: -razones serias para creer que el acusado se fugará; -razones serias para creer que pueda cometer otros delitos...;-o que se pondrá en peligro las pruebas..En supuestos específicos, la prisión preventiva puede aplicarse por otras razones: para proteger el sentido público de justicia, si las pruebas contra el acusado son muy fuertes, el delito lleva...pena de al menos seis años de prisión o se trata de un crimen violento...” –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado...; ob. cit.; pág. 144.

⁵⁹⁴CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el Pueblo Español en Referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por Su Majestad el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

policía o de un particular, con la prisión provisional, está última como medida cautelar decretada por el o la Juez durante el proceso penal.

El art. 17, párrafo 1, de esta Constitución, consagra el derecho a la libertad y la seguridad; limitando el párrafo 2 la duración de la detención preventiva, al tiempo necesario para las indagaciones, que esclarezcan los hechos, pero nunca puede exceder de setenta y dos horas, dentro del cual la persona detenida deberá ser puesta en libertad o presentada a la o el Juez competente. Según el párrafo 3, deberá darse a conocer al detenido las razones de la detención y sus derechos, en los cuales están comprendidos el derecho de abstenerse a declarar y el derecho a la asistencia de abogado desde las actuaciones policiales hasta las judiciales⁵⁹⁵. En concreto, es el último párrafo 4, del referido art. 17, el cual establece el hábeas corpus contra las detenciones ilegales, y remite los plazos de la prisión provisional a la ley secundaria. Por otra parte, las disposiciones de la Constitución española relacionadas con la prisión provisional⁵⁹⁶ son las siguientes:

“...el art. 9 sobre la legalidad, la irretroactividad de las leyes y la proscripción de la arbitrariedad, el art. 10 sobre el respeto a la dignidad de la

⁵⁹⁵Estos párrafos 2 y 3 comentados, del art. 17 de la Constitución Española, son desarrollados en el Art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

⁵⁹⁶En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español aparecen además los siguientes fundamentos constitucionales de la prisión provisional: “...este Tribunal tuvo tempranamente la oportunidad de afirmar que la «institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro», no sólo viene delimitada por los preceptos que antes reseñábamos, sino también por «el art. 1. 1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” y por «el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia”» (STC 41/1982, fundamento jurídico 2.)” –Sentencia de AMPARO, Ref. 128/1995 del 26/7/1995, publicada en el BOE el 22/8/1995. Consultada el día 27/8/2010 en la dirección http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1995-0128 (Sitio web del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE)).

*persona y la interpretación normativa conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás Convenios internacionales, el art. 14 sobre la igualdad...el art. 24, sobre la tutela judicial efectiva, la información y defensa, la presunción de inocencia y, en fin, con lo que el propio precepto denomina derecho a un proceso “con todas las garantías” y el art. 53 referente a la vinculación de todos los poderes y la tutela ante la jurisdicción ordinaria...y ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.*⁵⁹⁷

7.1.8.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal española

Esta Ley⁵⁹⁸ mantiene su vigencia desde el 14 de septiembre de 1882, sin embargo, no bajo condiciones de integridad pues a tenido aproximadamente 65 reformas, encaminadas a modificar ciertas reglas del proceso penal, así como por modificaciones ocasionadas con las reformas a las Leyes Orgánicas del Poder judicial y del Jurado, como también del Código Penal, con las cuales de suplementa. No obstante, a la multiplicidad de reformas de esta ley, el proceso penal se desarrolla en un modelo acusatorio funcional, regulando la prisión provisional de los artículos 502 a 519, vigentes en la LECrim. Los límites máximos y la procedencia de la prisión provisional en delitos con penas superior a la de prisión menor, fue establecido por la Leyes Orgánicas 7/1983 y 9/1984, en las cuales se fijaron los plazos de su duración, de acuerdo a la pena del delito investigado⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷MARTÍN MARTÍN, José Antonio; *La Prisión Provisional en la Jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; en: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; *Detención y Prisión Provisional*;...Ob. cit.; pág. 154.

⁵⁹⁸LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA; Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882...;Ob. cit.

⁵⁹⁹El contenido de estas reformas son comentadas en la siguiente cita literal: “...con la ley 9/1984, de 26 de diciembre, que es de la que se derivan prácticamente los textos vigentes, también marcando límites máximos y estableciendo como regla general penas superiores a

Las anteriores Leyes, 7/1983 y 9/1984, fueron incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dándole vigencia a los actuales artículos 503 y 504, relativos a los requisitos y plazos máximos de duración de la prisión provisional, respectivamente. Para decretar esta medida, el párrafo 1, del art. 502 de la misma ley, estipula la exigencia de su legalidad y subsidiariedad, esto último, obliga a la o el Juez aplicar la prisión provisional sólo cuando no sean suficientes otras medidas menos gravosas.

En relación a los requisitos para decretar la prisión provisional, el art. 503 de la LECrim⁶⁰⁰, los ordena en dos párrafos, en el número 2 se permite decretar la prisión provisional por la reiteración delictiva. En cuanto al párrafo 1, éste se divide en 3 ordinales; donde el ordinal 1º establece para decretar la prisión provisional la necesidad de un delito mayor a dos años de prisión, pero si el delito tiene pena inferior, puede la o el Juez decretar aquella medida si la persona imputada tiene antecedentes penales, activos o no susceptibles de cancelación; el ordinal 2º estipula el requisito de los *“motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona”*; y el ordinal 3º, impone como requisitos los fines perseguidos por la prisión

la prisión menor...con la LO 7/1983, de 23 de abril (en que se previene como regla general pena superior a prisión menor o seis años..., y se señala como duración máxima seis meses para los supuestos de posible pena de prisión menor o inferior y dieciocho meses en los demás casos, así como una duración excepcional de treinta meses según gravedad de intereses nacionales y complejidad de la instrucción).” –MARTÍN MARTÍN, José Antonio; La Prisión Provisional en la Jurisprudencia española...; Ob. cit.; pág. 158.

⁶⁰⁰ Los artículos 503 y 504 de la LECrim. ya han sido sugeridos como inconstitucionales por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, esto lo plantea el siguiente párrafo: *“Pero, en el presente caso, nuestra decisión no puede acabar aquí. Como hemos destacado en el fundamento jurídico 5, la Ley aplicada (arts. 503 y 504 L.E.Crim.) vulnera el art. 17 C.E. y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 LOTC y procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a...los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”* –Sentencia de AMPARO, Ref.47/2000 del 17/02/2000, publicación el BOE 17/03/2000; consultada el 25 de agosto de 2010, en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-2000-0047 (Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO –BOE-)

provisional, entre los cuales están: a) asegurar la presencia del imputado al juicio oral en caso de existir riesgo de fuga; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de los medios de prueba; y c) prevenir el daño a los bienes de la víctima, si es de las comprendidas en el art. 173.2 del Código Penal. Cada uno de los tres ordinales comentados, intercala otra serie de reglas especiales para su interpretación, y por tanto, aplicación al caso concreto.

Los plazos específicos de duración de la prisión provisional están señalados en el Art. 504 LECrim., en este *“...precepto se previene como duración la de tres meses para casos de delitos con pena de arresto mayor, un año para los de prisión mayor, y dos años si corresponde pena superior, con posibles prórrogas en esos dos últimos supuestos al doble de tiempo...”*

*Además se dispone expresamente en el mencionado art. 504 que en tales plazos no se tendrá en cuenta el tiempo en que la causa sufra dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, igual que para el caso de que habiendo recaído sentencia la misma está pendiente de recurso, pues entonces cabe prórroga de la prisión provisional hasta el límite de la pena impuesta.”*⁶⁰¹

7.1.8.3 Indemnización por prisión provisional indebida en España

El derecho español regula una especie de indemnización, en el caso de resultar excesivo o sin fundamento haberse tomado la decisión de adoptar la prisión provisional; esta modalidad es una variación significativa en relación a la mayoría de sistemas procesales penales europeos, comentados arriba, pues, en aquéllos la indemnización o compensación económica resulta de la

⁶⁰¹MARTÍN MARTÍN, José Antonio; *La Prisión Provisional en la Jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*;...ob. cit.; pág. 161.

simple absolución de la persona imputada, y en algunas experiencias judiciales, inclusive, si la condena no es de privación personal; en cambio, en España, el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limita la indemnización a la existencia de una absolución y a circunstancias precisas, sin considerarla un motivo de error judicial. A continuación, se documenta lo dicho:

*“El art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece un caso especial de indemnización, por indebida prisión preventiva de quien resulta absuelto bajo ciertas circunstancias...no trata de indemnizar un error judicial en el sentido definido por la jurisprudencia. La decisión de encarcelar a un acusado la toma siempre un juez, y puede acordarse con normalidad, como medida preventiva y sobre la base de indicios. Aunque luego se dicte su absolución, no tiene que significar que se ha cometido un error craso...”*⁶⁰²

Sin embargo, un sector de la doctrina crítica los criterios de la ley en la declaración del uso excesivo e infundado de la prisión provisional para proceder a la indemnización, señalando en contraste la indemnización de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, donde se regula a favor del demandado absuelto basada en la simple aplicación indebida de medidas cautelares reales, entonces, observa la línea crítica, si es reconocido en el proceso civil los daños y perjuicios a bienes materiales, mayor razón tendría la Ley Orgánica del Poder Judicial Español para indemnizar con la simple absolución a la persona imputada, pues, la indebida adopción de la prisión provisional produce un severo daño a los derechos fundamentales⁶⁰³.

⁶⁰² VALERIANO HERNÁNDEZ, Martín, y otros; *El Error Judicial. Procedimiento para su declaración e Indemnización*; prólogo de Alvaro D'ORS; Editorial Civitas, S.A.; 1ª edición; Madrid, España; 1994; pág. 255.

⁶⁰³ Lo anterior se refuerza con lo siguiente: *“El juez puede tomar con amplitud de criterio, siempre que sea racional, medidas preventivas en la instrucción del proceso. Pero esa libertad ha de compensarse con la indemnización de los perjuicios que tales medidas*

7.1.9 *Incidencia de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos en la aplicación de la prisión provisional*

El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos es muy amplio y efectivo; tiene un conjunto bien articulado de órganos competentes para determinados casos o situaciones planteadas por los Estados partes, y sus ciudadanos como particulares. Las principales normas jurídicas internacionales, relativas a los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, en las cuales se rigen los organismos regionales judiciales europeos, para adoptar sus decisiones, están contenidas en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Por ejemplo, la incidencia activa de este sistema de protección puede comprobarse con el caso español, donde el establecimiento de las líneas jurisprudenciales del Tribunal Justicia del Consejo de Europa, creado en 1952, en virtud del Tratado CECA⁶⁰⁴, informa el criterios judicial de los y las jueces; en el mismo sentido acontece con el resto de países miembros de la Unión Europea⁶⁰⁵.

produzcas, si a la postre se revelan infundadas o excesivas. Este es el sistema adoptado por las leyes procesales de índole civil (art. 1.428 LEC y concordantes), que permiten adoptar medidas preventivas, pero garantizando una indemnización al afectado por ellas. Si así se legisla cuando están en juego bienes materiales, no es comprensible que la LOPJ adopte otro criterio o distinto cuando se trata de la libertad personal, el honor, la salud, la familia, y otros bienes que la prisión pone en juego.” –VALERIANO HERNÁNDEZ, Martín, y otros; El Error Judicial. Procedimiento para su declaración e Indemnización...; ob. cit.; pág. 257.

⁶⁰⁴–Tratado CECA: *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de Abril de 1951, modificado por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 y el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1996 y por el Tratado de Niza firmado el día 26 de febrero de 2001 (Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Niza el día 26 de febrero de 2001.)*; El Tribunal de Justicia, es regulado de los artículos 31 al 45 de este Tratado.

⁶⁰⁵El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye el órgano jurisdiccional del Consejo Europeo, y su jurisprudencia emitida en los casos concretos, de conformidad al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, es

Por su lado, las líneas políticas del Consejo de Europa, que es el principal organismo político de la Unión Europea, establecen una práctica de aplicación excepcional de la prisión provisional, fundamentada en el principio de inocencia, el cual exige no aplicar esta medida cautelar con finalidades punitivas, con todo, el mismo Consejo, curiosamente, aprueba la utilización de la prisión provisional para la prevención especial. Esto se funda enseguida:

*“...el Consejo de Europa ha mantenido de forma constante una política basada en la excepcionalidad de la prisión provisional. No puede olvidarse que la prisión provisional coexiste con la presunción de inocencia, por ello el Consejo de Europa ha insistido en que no puede ser aplicada en ningún caso con fines punitivos, pero por otra parte, admite la finalidad preventiva especial entre las funciones legitimadoras de tal medida.”*⁶⁰⁶

Sin embargo, en materia de prisión provisional los casos planteados por ciudadanos europeos o particulares en general, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH-, creado en virtud del art. 19 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*⁶⁰⁷, para hacer

vinculante para los países miembros de la Unión Europea, debido al sistema supranacional derivado de la integración de estos países; estas afirmaciones se basan en el texto siguiente: “...los Convenios internacionales suscritos por España respecto a los derechos fundamentales y a las libertades...han de suponer criterio de interpretación de las normas relativas a ello...entre cuyos tratados tienen particular transcendencia, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos...el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España en 1979, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...aprobado por la ONU el 19 de diciembre de 1966, especialmente el primero, dado que en definitiva la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal del Consejo de Europa que instituyó en Estrasburgo generan análoga doctrina jurisprudencial.” –MARTÍN MARTÍN, José Antonio; La Prisión Provisional en la Jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...; ob. cit.; pág. 153.

⁶⁰⁶CADENAS CORTINA, Cristina; *La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental*...; ob. cit.; pág. 106.

⁶⁰⁷*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*; suscrito en Roma el 4/11/1950; a la fecha tiene 11 Protocolos que

efectivo el conjunto de compromisos asumidos por los Estados partes; esos casos resueltos por este Tribunal representan la principal jurisprudencia, emanada de la motivación de sus sentencias definitivas, para orientar el criterio judicial de las normas internas de cada país, al momento de decidir adoptar la prisión preventiva.

De conformidad a los artículos del 32 al 34 del referido Convenio, el TEDH es competente para conocer conflictos entre los Estados signatarios, y peticiones individuales interpuestas por ciudadanos o particulares contra los Estados nacionales. En este contexto, los y las Jueces, así como los Tribunales Constituciones, de los países de la Unión Europea, deben interpretar su normativa interna de conformidad al referido *Convenio Europeo*; significando esto una incidencia activa en materia de prisión provisional, tanto por la decisión definitiva tomada por el TEDH, sobre la libertad de una persona, acatada por el o la Juez de la causa, según el art. 46 del *Convenio*; como la incidencia de la jurisprudencia dictada en otros casos por el mismo TEDH., que informa el criterio judicial en la aplicación de las leyes.

El TEDH conoce los casos de prisión provisional con base al art. 5 del referido *Convenio Europeo*, esta disposición regula los temas de la libertad y seguridad, en 5 párrafos. Así, por ejemplo, una petición individual puede presentarse con base al párrafo 1, del art. 5 del *Convenio*, el cual es dividido en seis literales, enunciados en sentido positivo; es decir, cada literal expresa la razón o motivo por los cuales es legal detener a una persona, fuera de esos supuestos, la detención es considerada ilegal, como muestra, el literal a. establece la detención por sentencia de tribunal competente; y el

modifican y amplían los términos del original Convenio. Este Convenio tiene vigencia en todos los países miembros de la Unión Europea.

literal b. si la detención tiene como finalidad la comparecencia ante una autoridad judicial competente, que haya sido con base a la existencia de indicios de una infracción penal o para evitar la reiteración delictiva. Un ejemplo más, el párrafo 3, del artículo 5 del *Convenio*, es comúnmente invocado en diversas comunicaciones de particulares contra los Estados, sobre todo la parte de esta disposición que dice: *“Toda persona...tendrá el derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento...”*, estos casos son planteados con base al retardo indebido del proceso y el mantenimiento en prisión preventiva de la persona imputada. Pero a pesar de su visión progresista, el TEDH es del criterio de aplicarse la prisión provisional con fines de sosiego de la alarma social, causada por ciertos delitos graves. A continuación, es realizada una cita pertinente:

*“...También en esta línea, se han dictado sentencias por el TEDH, admitiendo que “la necesidad de preservar el orden público de la perturbación causada por los crímenes que se reprocha al recurrente (caso Kemmache), por su gravedad y por la reacción popular justifica la prisión provisional precisamente por la perturbación social causada”*⁶⁰⁸

Otros criterios admitidos por el TEDH, son el peligro de destrucción de las fuentes de prueba, presiones de testigos y víctimas, y todo lo relacionado con el entorpecimiento de la investigación efectiva; además, considera como fin legítimo aplicar la prisión provisional para evitar la reiteración delictiva, criterio, este último, muy controvertido por la doctrina progresista, junto a la alarma social, por su vinculación con la prevención especial y prevención general, respectivamente, que distorsionan la naturaleza cautelar procesal

⁶⁰⁸CADENAS CORTINA, Cristina; *La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental...*; ob. cit.; pág. 109.

de esta medida, haciéndola cumplir finalidades propias de la pena, y por tanto, constituyendo una anticipación de la misma⁶⁰⁹.

Para terminar, la historia de la dura experiencia europea de los dos grandes conflictos bélicos mundiales constituye un referente necesario del avance del sistema de protección de derechos humanos en Europa., pues, su construcción inicio inmediatamente finalizada la segunda guerra mundial, consolidado en la actualidad en el sistema supranacional de jurisdicción de los tribunales de justicia regional, obligatorio para todos los países miembros de la Unión Europea⁶¹⁰, no obstante, también es importante tener en cuenta la influencia nosiva recibida en esta región de la guerra contra el terrorismo comandada por los Estados Unidos de Norteamérica.

⁶⁰⁹En el sentido arriba expresado, dentro de los criterios admitidos por el Tribunal Europeo comprende la reiteración delictiva, lo cual está planteado a continuación: *“El TEDH viene admitiendo tal medida en casos de peligro de que el imputado puesto en libertad ejerza presiones sobre los testigos, o coacusados. Y también para impedir nuevas infracciones. Estas pautas de interpretación no pueden perderse de vista, si tenemos en cuenta el interés de las sentencias del tribunal mencionado para aplicar e interpretar las normas internas en los países de nuestro entorno, y porque también son utilizadas por los Tribunales Constitucionales. En cualquier caso, es una institución no exenta de polémica y de interpretaciones en un sentido político, como no podía ser menos.”* –CADENAS CORTINA, Cristina; La Prisión Provisional en el Derecho Comparado y la Experiencia Europea Continental...; ob. cit.; pág. 110.

⁶¹⁰En el primer Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, los delegados europeos patentizaron su reciente experiencia de la segunda guerra mundial; eso es afirmado en lo que sigue: *“El primer Congreso sobre el delito se celebró en el Palacio de las Naciones en Ginebra, en 1955 y a él asistieron 512 participantes...A este Congreso, celebrado en el corazón del continente europeo, las Naciones de Europa enviaron el mayor número de delegaciones. Esto se debió a la situación internacional que imperaba en 1955 –la mitad de territorios del mundo no eran independientes. Los temas del primer Congreso reflejaron también las preocupaciones apremiantes de los europeos, que acababan de superar los estragos de la segunda guerra mundial...Se considero que fuese cual fuese la magnitud de sus delitos, los reclusos tenían derecho a la dignidad humana y a normas mínimas de bienestar. Esta convicción adquiría firmeza especial entre los numerosos delegados que, durante la ocupación de sus países por Potencias fascistas en la segunda guerra mundial, habían sufrido privaciones y experimentado un trato brutal mientras cumplían periodos de encarcelamiento...”* – NACIONES UNIDAS; Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito;...Ob. cit.; págs. 14 y 15.

7.2 **Experiencia Latinoamericana: Guatemala, Honduras, Costa Rica, México, Colombia y Argentina**

7.2.1 *Guatemala*

El actual Código Procesal Penal de la República de Guatemala⁶¹¹, mantiene su vigencia desde el 1º de julio de 1994, en virtud de su art. 555. La prisión preventiva es regulada en el art. 259 Pr. Pn., el cual establece el requisito del *fumus boni iuris* (existencia de hecho punible y motivos suficientes de la responsabilidad penal de la persona imputada)⁶¹². Los criterios objetivos y subjetivos del *periculum in mora*, o peligro de fuga, aparecen en los cinco numerales del art. 262 Pr. Pn.; de esta manera, el numero 1), del referido artículo, exige los arraigos domiciliar, familiar y laboral de la o el imputado; el numero 2) el tipo de pena esperada; el numero 3) la clase de daño y la actitud para resarcirlo de la persona imputada; en el 4) el comportamiento positivo de someterse al proceso penal; y en el numero 5) la conducta anterior de la persona imputada. Los motivos de obstaculización de la investigación, están claramente definidos en los tres numerales del art. 263 Pr. Pn.

Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva son establecidas en el art. 264 Pr. Pn., siendo las de arresto domiciliario, libertad bajo vigilancia,

⁶¹¹CÓDIGO PROCESAL PENAL; Decreto del Congreso de la República de Guatemala, Numero 51-92, del 7 de diciembre de 1992.

⁶¹²El Art. 261 del Pr. Pn. guatemalteco, también no admite la prisión preventiva en delitos menos graves y en los no sancionados con pena de prisión, según la cita siguiente: “Otro limite al uso de la Prisión Preventiva, se constituye por la proporcionalidad que la misma debe guardar con el hecho por el que se siga proceso. A este principio responde el contenido del artículo 261 del Código Procesal Penal, que rechaza prisión preventiva en casos de poca gravedad y en casos en los que no se espera pena de prisión.” –CETINA, Gustavo; Prisión Preventiva. La Practica de la Prisión Preventiva en el área metropolitana de la ciudad de Guatemala (1997)...; ob. cit.; pág. 25.

presentación periódica a la autoridad designada, prohibición de salir o trasladarse de lugar sin previa autorización, de asistir a ciertas reuniones o lugares, y de comunicarse con ciertas personas; y la caución económica.

Sin embargo, el inciso 4º de este art. 264 Pr. Pn., prohíbe aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva en casos de reincidentes y habituales, así como, en los delitos por homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, calificada o de menor de doce años de edad; plagio o secuestro, sabotaje, robo y hurto agravados; y el inciso 5º, de este mismo artículo, extiende la prohibición a los delitos comprendidos en la Ley contra la Narcoactividad; y el último inciso 7º, permite como única medida sustitutiva la prestación de caución económica en delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero.

En los estudios realizados por los especialistas del ILANUD, en el año de 1991, arrojo el resultado de que en la República de Guatemala “...*Sin interesar el tipo de delito ni la pena amenazada, ...la mayoría de personas sindicadas permanecen encarceladas durante todo el trámite del proceso, aún en casos de delitos de menor gravedad, de delitos amenazados con multa, de que el sindicado este en condiciones de obtener su libertad y de que no se ponga en evidencia su ocultación o fuga, etc. Esta situación se atribuye, fundamentalmente, a la inercia de los servicios de defensa.*”⁶¹³

La anterior situación planteada por los expertos del ILANUD en 1991, se vio sensiblemente mejorada en los dos primeros años de la entrada en vigor del actual Código Procesal Penal de 1994, el cual instauró un proceso

⁶¹³Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente –ILANUD-; *El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno...*; ob. cit.; pág. 24.

penal de corte acusatorio. Sin embargo, en este país parece haber triunfado la visión defensista de la prisión provisional, a través de un conjunto de medidas tanto administrativas como legislativas, para contener el desarrollo de la corriente excepcionalista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, planteada en el modelo genuino del Pr. Pn. de 1994. Una de las primeras contrarreformas comprende los textos vigentes de los incisos 4º y 5º, del art. 264 Pr. Pn, arriba comentados, introducida de conformidad al art. 18 del Decreto del Congreso número 32-96, por medio de los cuales se prohíbe sustituir la prisión preventiva con medidas menos gravosas, en un buen número de delitos; otras medidas fueron tomadas en un tiempo por la Corte Suprema de Justicia, quien se autoatribuyó la interpretación de leyes e impuso su criterio, mermando la independencia judicial de la o el juez inferior, al ordenar con circulares la aplicación obligatoria de la prisión provisional para ciertos casos, llegando hasta sustituir a las y los funcionarios judiciales, desobedientes a dichas circulares⁶¹⁴.

No obstante la exigencia del numeral 3), del art. 260 del Pr. Pn., de expresar en el auto de prisión preventiva *“Los fundamentos con la indicación concreta de los presupuestos que motivan la medida”*; en la práctica judicial guatemalteca domina una cultura de fundar indebidamente las resoluciones

⁶¹⁴Lo antes expuesto se funda en lo siguiente: *“...se ha limitado la independencia de los jueces, en cuanto a restringir los casos en los que la prisión preventiva es procedente. La Corte Suprema ha intervenido directamente en esta cuestión: tratando de interpretar la ley procesal por medio de circulares. En otros casos se ha ejercido presión directa sobre los jueces...haciendo uso de las facultades disciplinarias...llegando incluso a la sustitución de jueces por este motivo. Una de estas circulares, la que reglamentaba la función de los jueces de paz en los casos de prisión preventiva fue declarada inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad, por afectar la independencia judicial. La Corte Suprema recurrió entonces a solicitar la reforma del Código Procesal Penal, haciendo uso de presentar iniciativas de ley, sus propuestas fueron aceptadas en gran medida por el Congreso, pese a las múltiples inconstitucionalidades incurridas.”* CETINA, Gustavo; Prisión Preventiva. La Práctica de la Prisión Preventiva en el área metropolitana de la ciudad de Guatemala (1997)...; ob. cit.; págs. 31 y 32.

judiciales, que imponen la prisión provisional, basando su motivación en las declaraciones de las personas imputadas, en las diligencias de la investigación inicial realizadas por la policía y en frases sin contenido⁶¹⁵.

7.2.2 Honduras

7.2.2.1 Constitución Política de la República de Honduras

El art. 92 de esta Constitución⁶¹⁶, regula la exigencia de aplicarse la prisión provisional solamente en los casos por crímenes, o delito con pena de privación de libertad personal, en los cuales esté comprobada la autoría de la persona imputada, pero contradiciendo la anterior normativa, el art. 98 de la misma Constitución, establece la posibilidad de adoptar aquella medida en los casos por Faltas, al estipular que *“Ninguna persona podrá ser detenida, arrestada o presa por obligaciones que no provengan de delito o falta”*. El art. 93 Cn., eleva a rango constitucional sustituir la prisión provisional por caución. Los artículos del 84 al 86, están relacionados con la detención por la policía, persona particular, autoridades administrativas y la detención judicial para inquirir.

⁶¹⁵Las afirmaciones insertadas arriba se fundan enseguida: *“Las decisiones de la medida se fundan en muchas ocasiones en la simple valoración de las declaraciones de los procesados y en la información que proporciona la prevención policial. Sobra decir que simplemente se obvia el desarrollo de la imputación que necesariamente debe existir para valorar la existencia y la posible responsabilidad por el mismo y el conocimiento de las causas por las que la medida se impone...Los jueces no fundamentan debidamente las resoluciones en las que constituyen la prisión preventiva, se limitan a formular simplemente que: “se dan las circunstancias racionales suficientes”, “es procedente dictar prisión preventiva”, entre otras. Esto torna en sí las resoluciones ilegales, debido a la ausencia de fundamentación sobre los presupuestos de la prisión preventiva y al mismo tiempo por su parquedad dificultan su impugnación.”* –CETINA, Gustavo; Prisión Preventiva. La Practica de la Prisión Preventiva en el área metropolitana de la ciudad de Guatemala (1997)...; Ob. cit.; págs. 33 y 34.

⁶¹⁶CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS DE 1982; Decreto número 131, del 11 de enero de 1982; actualizada hasta el Decreto 36 del 4 de mayo de 2005; entrando en vigor el 20 de enero de 1982, en virtud de su art. 378.

7.2.2.2 Código Procesal Penal hondureño

Este Código⁶¹⁷, regula un modelo procesal penal acusatorio, dividido, según el art. 263 Pr. Pn., en tres etapas: 1) Etapa preparatoria; 2) Etapa intermedia y, 3) Debate o juicio oral y público. El art. 139 Pr. Pn., clasifica la resolución judicial que impone la prisión provisional como un auto, el cual deberá ser motivado. De conformidad al art. 294 Pr. Pn, el o la Juez deberá en la Audiencia Inicial dictar una de las siguientes tres resoluciones posibles: 1) sobreseimiento provisional; 2) sobreseimiento definitivo; y, 3) auto de prisión o declaratoria de reo. En el caso de no proceder cualquier Sobreseimiento del proceso, entonces, debe decretarse, además, auto de prisión, esto según el art. 297 Pr. Pn.; que estipula mas adelante lo anotado enseguida: “...en tal caso, decidir si decreta la prisión preventiva del imputado u otras medidas cautelares de conformidad con las pruebas practicadas al respecto.”; el 2º inciso, del referido art. 297 Pr. Pn., exige a la o el Juez, para decretar la prisión preventiva, la comprobación plena del conjunto de elementos objetivos y subjetivos del delito atribuido, y como “...indicio racional todo hecho, acto o circunstancia que le sirva para adquirir la convicción de que el imputado ha participado en la comisión del delito.”; este auto es apelable según el art. 354, numeral 3) Pr. Pn., sin efecto suspensivo.

La duración de la prisión provisional no está limitada por plazos máximos o mínimos, tal como sucede en el caso salvadoreño con el Inc. 2º del Art. 6 Pr. Pn. 1996 (Inc. 2º del Art. 8 Pr. Pn. 2008); por lo que con seguridad la provisionalidad de esta medida cautelar se deduce de la serie

⁶¹⁷NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE HONDURAS, Decreto No. 9-99-E, del Congreso Nacional, del 17 de diciembre de 1999; entrando en vigencia el 20 de febrero de 2002, según su art. 447.

de plazos estipulados en las sucesivas etapas del proceso⁶¹⁸, además, debe tenerse en cuenta que la interpretación y aplicación del Pr. Pn hondureño es complementado con los Instructivos dictados por la Corte Suprema de Justicia, según el Art. 23 Pr. Pn. Por otro lado, a parte del Art. 297 Pr. Pn. hondureño, no existe otra regulación en este mismo Código acerca de la prisión provisional, deduciéndose como medidas sustitutivas o alternativas la caución en general, regulada en el Art. 93 de la Constitución de Honduras.

Sin embargo, el golpe de Estado al presidente Manuel Zelaya, el día 28 de junio de 2009, desgarró la democracia de la sociedad hondureña, sobreviviendo su condena incluso con la elección del nuevo presidente Porfirio Lovo, realizada el día 29 de noviembre del mismo año. En relación a la prisión provisional, y a la violación de los derechos fundamentales durante este golpe de Estado, es transcrito el siguiente texto literal:

*“El derecho a la libertad de circulación, libertad de asociación y manifestación, inviolabilidad del domicilio, derecho a la propiedad privada, libertad de prensa y difusión de ideas y opiniones, libertad personal incluso el derecho de no ser detenido administrativamente en sede policial por más de 24 horas, y la detención judicial para inquirir, de 6 días, la cual pasaría a detenciones indefinidas. Todo lo anterior está contenido en el Decreto sobre el “Estado de Excepción” que ayer primero de julio se estaba redactando en el Congreso Nacional. Con ello se avecina una masiva violación de los Derechos Humanos”*⁶¹⁹

⁶¹⁸ Los plazos del proceso penal hondureño, comprenden el de la Audiencia Preliminar, realizado con base al Art. 300 Pr. Pn., dentro de los 60 días siguientes a la firmeza del auto de prisión preventiva, pudiendo prorrogarse por igual tiempo una sola vez, en casos especiales. Así también, deben contabilizarse el conjunto de plazos para la preparación del debate del juicio oral, estipulados en el Art. 316 y siguientes.

⁶¹⁹ Revista Vida Laboral; Mensaje de la Diócesis de Santa Rosa de Copán, Honduras; Edición 43. Especial Resistencia; publicaciones de comunicación comunitaria –COMUN-; Honduras, Centro América, septiembre de 2009; pág. 4.

Por otro lado, el 6/05/2010 un periódico hondureño informó que la Corte Suprema de Justicia, con diez votos a favor y cinco en contra, destituyó al juez José Flores Ponce, de la Asociación de Jueces por la Democracia; Tirza Flores Lanza, magistrada de la Corte de Apelaciones de San Pedro Sula, Guillermo López Lone, juez de sentencia de San Pedro Sula; y a los jueces Luis Barrios, Luis Chévez y Osman Fajardo; quienes dijeron que *“Estos despidos son ilegales, arbitrarios e injustificados, no tienen ningún sustento jurídico, porque no hemos cometido ninguna falta”*. Según la misma nota periodística, tanto el juez Guillermo López Lone y la magistrada Tirza Flores, *“aparecen en los registros de la Secretaría de la Sala Constitucional como entre los que interpusieron recursos de amparo en contra del allanamiento, captura y separación del cargo de Manuel Zelaya”*, expresando la magistrada de la Corte Suprema de Justicia Rosa de Lourdes Paz *“que las destituciones son legales. No hay ninguna persecución política. No puede haber algo en la Corte que no esté fundamentado en ley, como Corte Suprema somos cuidadosos de que se cumpla la ley”*⁶²⁰. Con todo, en visita realizada a nuestro país por funcionarios judiciales hondureños, miembros de la Asociación de Jueces por la Democracia de dicho país, manifestaron que estas destituciones también se debieron a la aplicación de medidas alternativas de la prisión provisional, que ellos concedieron a las personas capturadas en las protestas contra el golpe de Estado. Este hecho demuestra que la prisión preventiva caracteriza el sistema penal, y su empleo mide los niveles de democracia o autoritarismo de una sociedad⁶²¹.

⁶²⁰EL HERALDO, “Por faltas graves, CSJ destituye a varios jueces. Los expedientes son remitidos por la Inspectoría de Tribunales, quien recomienda las medidas disciplinarias.”; noticia publicada el 6 de mayo de 2010; y consultada el 31 de agosto de 2010 en <http://www.elheraldo.hn/Sucesos/Ediciones/2010/05/07/Noticias/Por-faltas-graves-CSJ-destituye-a-varios-jueces>

⁶²¹En ese mismo sentido se inserta la siguiente opinión doctrinal: *“...De gran relevancia, como definidor de un sistema procesal es la regulación de la prisión preventiva, puesto que en un Estado de Derecho se necesita que se respeten los principios de presunción de*

7.2.3 Costa Rica

7.2.3.1 Constitución Política de la República de Costa Rica

Esta Constitución⁶²² no regula expresamente la prisión preventiva, pero puede considerarse relacionada con el Art. 37, que prohíbe la detención de una persona sin un indicio de haber cometido un delito y sin orden judicial; este mismo artículo, establece la detención por orden administrativa, y la detención del delincuente prófugo o infraganti, quien debe llevarse al juez competente en veinticuatro horas.

Por su lado, en el Art. 39 Cn., aparece prohibida la imposición de penas sin sentencia firme, y procedente solamente en casos por delito, cuasidelito o falta, y donde se haya demostrado la culpabilidad de la o el imputado, esta disposición constitucional sirve, en este sistema, como base para evitar el uso de pena anticipada de la prisión preventiva.

También, se relacionan con la prisión preventiva el Art. 40 Cn., referente a no ser sometido a tratos crueles y degradantes, ni a penas perpetuas; así como el Art. 44 Cn., sobre la exigencia de orden judicial para la incomunicación de una persona por más de cuarenta y ocho horas, sin exceder diez días consecutivos; y por último, el Art. 48 Cn., acerca del proceso de Hábeas corpus, como garantía de la libertad física y la integridad personal.

inocencia y proporcionalidad en las previsiones legales de la prisión preventiva, lo mismo que en las decisiones judiciales... –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); Ob. cit. pág. 47.

⁶²²CONSTITUCIÓN DE COSTA RICA (con reformas al 2003); Asamblea Nacional Constituyente, 7 de noviembre de 1949; entrando en vigor el 8 del mismo mes y año, en virtud de su art. 197.

7.2.3.2 Código Procesal Penal costarricense de 1996

7.2.3.2.1 Antecedentes

En la vigencia del Pr. Pn. 1973, el record de Costa Rica con respecto a la utilización de la prisión preventiva era negativo durante la década de los ochenta, pero aceptable en comparación con el resto de países latinoamericanos y caribeños, esto según la notable investigación sobre *el preso sin condena*, realizada con enfoque integral por el ILANUD en 1982, la cual demostró con datos cimentados en la práctica, la importancia de la clase de proceso penal para la prisión preventiva⁶²³. Casi diez años después, un nuevo estudio del ILANUD de 1991 evaluó la situación de la prisión provisional en seis países de América Latina, observando en Costa Rica la continuación de prácticas indebidas en el uso de esta medida de coerción penal, por su aplicación como regla general; además, porque los y las Jueces motivaban la resolución cautelar solamente en la participación del delincuencial, sin miramiento del peligro de fuga u otro criterio legítimo que justificara su procedencia⁶²⁴.

⁶²³Entre algunas de las conclusiones de este estudio se encuentran las siguientes: *“En América Latina y el Caribe, los países de Sistema Penal de tipo continental-europeo tienen un promedio ponderado de “presos sin condena” del 68,47% sobre el total de la población privada de su libertad. Por otra parte los de Sistema Penal de tipo anglosajón, tienen un promedio del 22,57%, lo que señala una deferencia del 46,26% más de “presos sin condena” en el primer grupo de países. Lo anterior sugiere la importancia de la variable “Sistema Penal” en el fenómeno del “preso sin condena”. Los datos de los países de Sistema de tipo continental-europeo tienen una amplitud que va desde el 47,4% (Costa Rica) hasta el 94,25% (Paraguay)...”* –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente (ILANUD); *El Preso sin condena en América Latina...*; Ob. cit.; pág. 49.

⁶²⁴Este señalamiento lo hace el ILANUD en los términos siguientes: *“En Costa Rica, la regla es ordenar la medida. Al fundar la resolución que ordena la prisión preventiva, los jueces hacen referencia a la participación del encausado en los hechos investigados, más no a la posibilidad de que éste evada la acción de la justicia o entorpezca la averiguación de la verdad. De hecho, los jueces utilizan los mismos criterios que usan para pronunciar un procedimiento, para justificar la privación de libertad.”* Instituto Latinoamericano de Naciones

7.2.3.2.2 Regulación jurídica de la detención preventiva en Costa Rica

Todas las anteriores observaciones críticas al Sistema Penal costarricense, parecen tomadas muy en cuenta en el diseño del moderno proceso penal de corte acusatorio⁶²⁵, instaurado en Costa Rica a partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal de 1996⁶²⁶. El tema de las medidas cautelares es regulado ampliamente, y en especial la prisión preventiva ocupa su lugar como institución central del proceso penal. Se establecen en el Art. 10 Pr. Pn., los principios de excepcionalidad y proporcionalidad en la aplicación de todas las medidas cautelares⁶²⁷. Este sistema distingue entre *Medidas Cautelares de carácter personal* (art. 235 al art. 262), y *Medidas Cautelares de carácter real* (art. 263 y art. 264).

Se establece la obligación de decretarse la prisión preventiva sólo por resolución debidamente fundamentada, según el Art. 243 Pr. Pn., teniendo relación con el Art. 238 y el Art. 142 Pr. Pn., este último sobre la exigencia

Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente –ILANUD-; *El Ministerio Público en América Latina desde la Perspectiva del Derecho Procesal Penal...*; Ob. cit.; págs. 23 y 27.

⁶²⁵En este Código Procesal Penal, el proceso ordinario comprende tres etapas: el Procedimiento preparatorio (art. 274 y sigs.); el Procedimiento intermedio (art. 310 y sigs.) y el Juicio Oral y Público (art. 324 y sigs.).

⁶²⁶CÓDIGO PROCESAL PENAL, Ley No. 7594, emitida por la Asamblea Legislativa, entrando en vigencia el 1º de enero de 1998.

⁶²⁷En relación a la introducción de la oralidad en la decisión para imponer las medidas cautelares, se transcribe la cita siguiente: “*La obligación de convocar a una audiencia oral para la discusión de la solicitud de una medida cautelar formulada por el Ministerio Público fue introducida por la ley de protección a las víctimas, testigos, y demás sujetos intervinientes en el proceso penal...Investigaciones realizadas habían comprobado la importancia de la realización de una audiencia oral para la discusión de la solicitud de las medidas cautelares, ya que cuando se lleva a cabo dicha audiencia el tribunal está más abierto a dictar una medida cautelar diferente de la prisión preventiva...Por ello la introducción de la obligación de la oralidad para discutir las medidas cautelares es un acierto de la reforma indicada. Ya la Corte Plena en la circular 114-2004, aprobada en la sesión 36-2003 del 29-9-2003, llegó a recomendar a la defensa pública que solicitara una audiencia oral para la discusión de las medidas cautelares.*” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*; Ob. cit. pág. 380.

de la obligación general de fundamentar las sentencias y autos emitidos, en los motivos de hecho y de derecho; también, tiene relación el art. 175, que sanciona como decisión defectuosa a las resoluciones judiciales fundadas con inobservancia de la Constitución, del Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica.

La prisión preventiva es regulada a partir del Art. 238 Pr. Pn., el cual estipula su legalidad, petición por el Ministerio Público, y los plazos para solicitarla. Para su procedencia, deben concurrir los presupuestos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* (Art. 239 Pr. Pn.)⁶²⁸, que además comprende el peligro de obstaculización del proceso y la reiteración delictiva (literal b., Art. 239 Pr. Pn.)⁶²⁹, y por peligro a víctimas, testigos o denunciante. Mediante adición, por medio del art. 17 de la *Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720, del 4 de marzo de 2009*, se incorporó un Art. 239 bis., ampliando las causales de la prisión preventiva, pudiendo el juez decretarla, si se cumple el presupuesto del Art. 37 de la Constitución, y si el delito tiene fijada pena de prisión, y “a)

⁶²⁸En relación a los requisitos de la prisión preventiva exigidos por el Art. 239 Pr. Pn., se cita esto: “Los requisitos materiales de la prisión preventiva son tres: a) sospecha suficiente de culpabilidad, b) la existencia de una causal de prisión preventiva (peligro de fuga, de obstaculización, de reiteración o bien existencia de unas de las presunciones contempladas en el Art. 239 C.P.P.) y c) el respeto al principio de proporcionalidad...” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); Ob. cit. pág. 381.

⁶²⁹En Pr. Pn. costarricense, se regulan dos clases de reiteración delictiva; y en la práctica judicial se pondera con gran importancia esta causal de procedencia de la prisión preventiva, esto se plantea a continuación: “Confrontase con el Art. 239 bis incisos b) y c) del C.P.P., que se basan también en el peligro de reiteración delictiva, pero, a diferencia del peligro de reiteración delictiva contemplado en el Art. 239 inciso 2) del C.P.P., no se basan en el peligro concreto de reiteración delictiva, sino en una presunción de peligro de reiteración delictiva, lo que incluso los hace más problemáticos...En la práctica se le da gran importancia a la existencia de condenatorias anteriores en contra del imputado. Esto se ha estimado como conforme con la Constitución por la Sala de lo Constitucional...(voto 1490-91). Se le ha dado importancia también al hecho de que al imputado se le sigan diversas causas penales por hechos similares...” –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); Ob. cit. pág. 383.

Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas”; el literal b) de este mismo artículo, se refiere a imputados señalados al menos dos veces en otros procesos, aunque no estén concluidos; en el c) a reincidentes; y el último literal d) a la delincuencia organizada.

El tratamiento de la prisión preventiva en este Código Procesal es muy amplio y completo, cada presupuesto para decretar esta medida cautelar tiene su desarrollo independiente; así, el Art. 240 establece en cuatro literales los criterios del peligro de fuga; el Art. 241 en los literales a) y b) los criterios para la obstaculización del proceso. El Art. 242, habla del recibimiento de prueba para cualquier clase de decisión en las medidas cautelares; el Art. 243 tiene una exigencia más de motivar la prisión provisional, en la forma y contenido del auto; el Art. 244 enumera nueve tipos de medidas sustitutivas de la prisión provisional, el cual se relaciona con el Art. 245.

La revisión de la prisión provisional será cada tres meses, observando la regla *rebus sic stantibus*, según el Art. 253 Pr. Pn. Además, de conformidad al Art. 257, la prisión preventiva cesará cuando nuevos elementos demuestren la improcedencia de los motivos por los cuales fue decretada, o bien, por superar la pena esperada, y por el vencimiento del plazo de doce meses. Este último plazo puede prorrogarlo el Tribunal de Casación Penal hasta un año más, según el Art. 258. La resolución de la prisión preventiva es apelable (Art. 256 Pr. Pn.). El Art. 259 Pr. Pn.,

establece los motivos de suspensión de los plazos señalados para la prisión preventiva. Y el Art. 260 Pr. Pn., prohíbe aplicar la prisión provisional, y en caso de necesidad, adoptar solamente el arresto domiciliario, para personas mayores de setenta años, o valetudinarias, es decir, personas en estado de salud delicado o con incapacidades físicas; esta prohibición comprende enfermos terminales, estado avanzado de embarazo, y mujeres con hijos menores de 3 meses de edad.

Este sistema es destacado por indemnizar al imputado sometido a cualquier medida cautelar arbitraria, o bien, por culpa grave del funcionario público responsable, quien paga solidariamente con el Estado la compensación económica en ambas modalidades; pero en el caso de demostrarse a plenitud la inocencia, y declararse el sobreseimiento o la absolución, es el Estado el único obligado a indemnizar a la persona sometida a prisión provisional, todo lo anteriormente dicho está regulado en el Art. 271 Pr. Pn. El procedimiento para hacer efectiva la anterior indemnización es competencia de la jurisdicción contencioso administrativo, según el Art. 272 Pr. Pn., e inclusive, el Art. 273 Pr. Pn., establece ante la muerte de la persona afectada, el derecho de sus herederos para demandar la indemnización.

7.2.4 *México*

7.2.4.1 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

La prisión preventiva es regulada en el primer párrafo del Art. 18 de esta Constitución, procede sólo por delitos con pena privativa de libertad, y su cumplimiento será en sitios distintos para los penados. Los párrafos del I

al VII, y el IX, del Art. 16 Constitución mexicana⁶³⁰, regula las distintas reglas para cada clase de detención –aprehensión, administrativa, arraigo, policial, de particulares, retención, etc-. El Art. 19, párrafo I Cn., estipula el plazo de 72 horas para el término de inquirir; y el párrafo II, trata acerca de las causales para solicitar la prisión preventiva el Ministerio Público, relacionadas con la investigación, protección de víctimas, testigos o comunidad, etc.; según este párrafo el juez la ordenará “...oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.”. La Constitución Nacional de Mexico dedica un amplio espacio a la regulación de requisitos, características y reglas para utilizar la prisión provisional. En el anterior sentido se cita lo siguiente:

*“...hay diversos dispositivos fundamentales que coadyuvan a la reglamentación de la cárcel cautelar y sus figuras afines, que son la detención y la libertad provisional. Así, se encuentran normas en los artículos 16, 19, 20, fracciones I, II, VII y X, 22, 38, fracción II; 89, fracción XII; 107, fracción XVIII y 119...Como eje del proceso penal, el artículo 20 señala el cúmulo de derechos de que goza el procesado...la fracción X no permite que el encarcelamiento se prolongue por causas eminentemente civiles, ni durante más tiempo del que fije como máximo la ley al delito que se esté imputando, lo que obliga a que en toda pena de prisión se compute el tiempo de la detención en sentido amplio”*⁶³¹

⁶³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; publicada en el Diario Oficial de la federación, el 5 de febrero de 1917; la última reforma publicada en el Diario Oficial de la federación, fue el 24 de agosto de 2009.

⁶³¹ BENTANCOURT, Sergio Huacuja; *La desaparición de la Prisión Preventiva...*; Ob. cit.; págs. 56 y 57.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la división política de México, bajo la forma de Estado Federal, en el cual cada Estado de la Federación y su capital, el Distrito Federal⁶³², tiene sus propios ordenamientos jurídicos (Constitución y leyes secundarias); otra variable esencial es la reforma de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, entre otros, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del Decreto del Congreso de la Unión, del 28 de mayo de 2008, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de junio del mismo año; estableciendo el referido Decreto periodos hasta de ocho años para implantar en todos los Estados el tipo de proceso penal acusatorio y oral, exigido por el Art. 20 Cn.; lo cual será paulatinamente asimilado por cada Estado integrante de la Federación, significando que en el tema de la prisión provisional las reglas adicionadas y las garantías introducidas, por estas reformas, sólo tendrán eficacia en la medida permitida por la clase de proceso penal, vigente en cada entidad federativa.

7.2.4.2 *Código Federal de Procedimientos Penales mexicano*

Este Código (C.F.P.P.)⁶³³ ya regulaba un proceso penal acusatorio, hasta cierta medida, ajustado a las exigencias de la reforma, arriba comentada, del Art. 20 de la Constitución. Su ámbito espacial de aplicación se extiende a toda la República mexicana, pues ejecuta el Código Penal Federal⁶³⁴. El Art. 161 C.F.P.P., contiene el plazo de setenta y dos horas

⁶³²Según el art. 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 32 Estados integran la Federación; y según su Art. 44 Cn., la “*Ciudad de México, es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos*”.

⁶³³CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES; Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de agosto de 1934; según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación; con última reforma el 20 de agosto de 2009.

⁶³⁴Según su art. 1o. el Código Penal Federal es aplicado en toda la República mexicana en casos por delitos de orden federal, regulados en el mismo.

para decretar “...*el auto de formal prisión...*”, desde el momento de haber sido puesta la persona indiciada a disposición de la o el Juez, en el caso de reunir los siguientes requisitos: falta de colaboración para brindar su declaración el o la imputado; comprobación del cuerpo del delito, penado con privación de libertad personal; sino es comprobada plenamente una exigente de responsabilidad penal o de extinción de la acción penal. Según el Art. 167 C.F.P.P., si en el referido plazo de 72 horas no concurren los requisitos señalados, y no procede el auto de sujeción a proceso, de conformidad al Art. 162 C.F.P.P., entonces, el o la Juez dictará la libertad de la persona encausada. Aquí, debe relacionarse el Art. 55 del Código Penal Federal, que faculta a la o el Juez ordenar el cumplimiento de la prisión preventiva, bajo vigilancia, en el domicilio de la persona imputada mayor de 70 años de edad, apoyando su decisión en dictamen de perito. Las resoluciones que impongan la prisión preventiva deberán ser fundadas, motivadas y congruentes, de conformidad a la exigencia establecida para toda resolución en el inciso 2º del Art. 94 C.F.P.P.; y según el art. 96 del mismo Código, los autos “...*contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de su motivación y fundamentos legales.*”. El tiempo de la prisión preventiva es abonado a la pena de prisión, según el art. 25 inciso 2º, del Código Penal Federal; y se cumplirá en establecimientos especiales, según el art. 26 del mismo Código.

7.2.5 Colombia

7.2.5.1 Constitución Política de Colombia

El Art. 28 de la Constitución colombiana, establece en su inciso 1º la necesidad de mandato judicial para reducir a prisión, arresto o detención, a

una persona, el cual deberá ser conforme a la ley; el inciso 2º, ordena poner a disposición de la o el Juez a la persona detenida preventivamente en el plazo de 36 horas, para tomar la decisión correspondiente. El proceso penal acusatorio tiene su fundamento constitucional en el inciso 4º del art. 29 Constitución colombiana⁶³⁵, al expresar la presunción de inocencia de toda persona y su derecho “...a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”, y en el art. 250 Cn., referente a la competencia de la Fiscalía General de la Nación para investigar los delitos y acusar ante los y las jueces de la República. Este sistema penal acusatorio fue el resultado de las reformas a la Constitución colombiana de 2002; simultáneamente fue creada una Comisión constitucional para preparar los Códigos de este nuevo sistema penal.

7.2.5.2 Código de Procedimiento Penal colombiano

Este Código⁶³⁶ inicio su vigencia el 1 de enero de 2005, estableciendo en su art. 528, y siguientes, criterios para su implementación gradual y sucesiva, debiendo a estas fechas, según la cronología de su art. 530, aplicarse en todos los distritos judiciales existentes en Colombia. La prisión provisional se enmarca en las *Medidas de Aseguramiento privativas de libertad* (art. 307, literal A, numero 1. C. Pto. Pn.), regulando dos modalidades: *Detención preventiva en establecimiento de reclusión y Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado*. En seguida, el literal B, del referido artículo 307, sigue con la serie de medidas

⁶³⁵CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, promulgada el 6 de julio de 1991; por la Asamblea Nacional Constituyente.

⁶³⁶Código de Procedimiento Penal, Ley 906, del Senado de la República y Cámara de Representantes, del 31 de agosto de 2004, entrando en vigor el 1º de enero de 2005, en virtud de su art. 533.

sustitutivas de la prisión provisional, bajo el título: *No privativas de la libertad*, regulando en el número 1 la novedosa medida sustitutiva “*de sometimiento a un mecanismo de vigilancia electrónica*”; y en la última número 9, la medida consistente en “*La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.*”.

Los motivos para decretar la detención preventiva coinciden con los fines legítimos de esta medida cautelar, es decir, evitar la obstrucción de la investigación, peligro de incomparecencia e incumplimiento de la sentencia por el imputado (art. 308, números 1 y 3, C. Pto. Pn., respectivamente); sin embargo, el mismo art. 308, número 2, autoriza acordar la medida por motivos de seguridad pública y para la víctima, en clara alusión a finalidades de prevención general y prevención especial, propias de la pena. Siempre en este artículo 308, inciso 1º, se exige la concurrencia del *fumus boni iuris*, previo a los requisitos antes comentados.

Este Código estipula circunstancias, situaciones y motivos independientes para cada uno de los requisitos, exigidos en el art. 308, para decretar la prisión preventiva, regulando en los artículos 309, 310, 311 y 312, *la Obstrucción de la justicia, el Peligro para la comunidad, el Peligro para la víctima y la no comparecencia*, respectivamente. Pasado el examen de los anteriores requisitos, de conformidad a los 3 numerales del art. 313, el o la Juez acordará la medida en establecimiento carcelario en los siguientes casos: si el delito es de “*...competencia de los jueces penales de circuito especializados*”; cuando la pena mínima del delito sea igual o mayor a 4 años de prisión, y si el delito está comprendido en el Título VIII, Libro II, del Código Penal, en el caso que la defraudación tenga más de 150 salarios mínimos.

Otras cualidades de este texto legal es la flexibilidad para sustituir la prisión preventiva carcelaria por la del lugar de residencia, en casos muy especiales, regulados en los 5 numerales del art. 314 C. Pto. Pn., tales como: persona imputada con 65 años de edad –si lo permite su personalidad y el delito-; mujer imputada con 2 meses previos al parto o 6 meses posteriores al nacimiento de su hijo; persona imputada con enfermedad grave; persona imputada cabeza de familia o bien, con hijo menor de 12 años o con incapacidad mental permanente.

En principio el plazo de la medida de aseguramiento aplicada puede durar todo el proceso judicial, pero el art. 317 C. Pto. Pn., establece 5 causales de libertad, de las cuales se comentan las siguientes: 1) cumplimiento de la posible pena, decreto de preclusión o absolución; 4) si en 60 días de formulada la imputación no es presentada la acusación o preclusión; y 5) si en 60 días de presentada la acusación no se haya celebrado la audiencia de juzgamiento. El art. 318 C. Pto. Pn., faculta a las partes a solicitar una vez la revocatoria de la medida de aseguramiento. El art. 295, regula los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, razonabilidad e interpretación restrictiva, en la aplicación de las medidas asegurativas antes comentadas.

En cuanto a la fundamentación del auto que impone la detención preventiva, debe aplicarse el art. 162, numero 4, que exigen como requisitos de los autos la *“Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.”*, también es un requisito de los autos de la detención provisional, mencionar la clase de recurso procedente contra esta medida, y su oportunidad para interponerlo.

7.2.6 Argentina

7.2.6.1 Constitución Nacional de la República de Argentina

A tenor del art. 1º de esta Constitución Nacional⁶³⁷, la forma de gobierno de la República de Argentina es “*representativa republicana federal*”; y según su art. 5º, cada Provincia tiene su propia Constitución, dictada bajo los principios, garantías y declaraciones de esta Constitución Nacional. El art. 18 de la presente Ley Fundamental, establece la prohibición de imponer penas sin juicio previo, fundado en la ley existente al momento del hecho, y el arresto de una persona sin orden escrita de autoridad competente; así como, la inviolabilidad de la defensa y los derechos, entre otras garantías. Por último, como protección de la libertad física el art. 43, inciso último, regula el hábeas corpus.

7.2.6.2 Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe

Como se explicó en el párrafo anterior, la forma de gobierno de la República de Argentina es federal, teniendo cada una de sus provincias su propia Constitución y leyes secundarias. En el marco de la implementación de un nuevo Sistema de Justicia Penal, bajo el modelo del moderno proceso penal oral-acusatorio, se toma como muestra el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, por su reciente vigencia, a partir del último día hábil del mes de junio del año 2008⁶³⁸, y por su riqueza de contenido en la

⁶³⁷ CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA; Convención Nacional Constituyente, ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994.

⁶³⁸ Decreto 1882/2007, del 27 de agosto de 2007; *Código Procesal Penal*, promulgado por la Legislatura de la Provincia de Santa Fe, el día 16 del mismo mes y año; publicada en el Boletín Oficial, el día 31 del mismo mes y año, bajo la denominación de Ley 12.734, entrando en vigor antes del día último hábil del mes de junio de 2008, según su art. 456.

regulación de la motivación de la prisión preventiva. Este Código, en materia general de motivación, regula en el art. 140, como condición de validez, la fundamentación de las sentencias y autos. Para decretar medidas de coerción real o personal, deben concurrir todos los presupuestos del art. 205 Pr. Pn., siendo estos el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, la proporcionalidad entre la cautela con su objeto; y en el caso de las coerciones reales, la contracautela a favor del sujeto pasivo de la medida.

La procedencia de la prisión preventiva es a instancia de parte, según el art. 219 Pr. Pn., exigiendo esta misma norma las condiciones siguientes: 1) elementos de convicción de la probable responsabilidad penal del imputado como autor o partícipe; 2) que resulte condenado con pena privativa de libertad; y 3) circunstancias para presumir el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. Este mismo art. 219, en su inciso final, establece como presupuesto de validez de la prisión preventiva la celebración de la audiencia imputativa, regulada del art. 274 y siguientes.

El art. 220 Pr. Pn., regula las circunstancias para configurar los peligros procesales, es decir, el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, entre las cuales establece: 1) la pena esperada; 2) el daño y la actitud para resarcirse; 3) no existencia de residencia; 4) indicación del comportamiento del imputado a perturbar o no someterse al proceso. El art. 221 Pr. Pn., establece controles mínimos de la libertad provisional, aplicados en casos en los cuales pueden evitarse los peligros procesales con medidas menos gravosas, como las siguientes: 1) sometimiento al cuidado de una persona o institución; 2) presentación a autoridad designada; 3) prohibiciones de salir o concurrir a determinado lugar y visitar alguna persona; 4) presentación de caución patrimonial; y 5) caución juratoria de

comparecencia. El Tribunal puede atenuar los efectos de la prisión preventiva, modificándola con las medidas del art. 222 Pr. Pn., con suficiente fundamento y con el consentimiento del imputado, aplicando el arresto domiciliario; salidas diarias del establecimiento penitenciario para cumplir deberes laborales y fortalecer vínculos familiares, siempre que una institución responda por el imputado y brinde informes; ingreso a una institución terapéutica.

El art. 223 Pr Pn., impone las reglas al fiscal para solicitar la prisión preventiva; el art. 224 Pr. Pn., establece las reglas de la audiencia de imposición de esta medida de coerción; el art. 225 Pr. Pn., las reglas para la audiencia de revisión de la medida; y el art. 226 Pr. Pn., la procedencia de la apelación para cualquier clase de decisión relacionada a la prisión preventiva. En cuanto a su cesación, el art. 227 Pr. Pn., exige su proporcionalidad con la pena esperada; y su levantamiento si excede los dos años de duración, pudiendo prorrogar este plazo la Cámara de Apelación hasta un año; en sentencia condenatoria no tiene plazo máximo de duración, sin perjuicio de la proporcionalidad antes referida; según el art. 228 Pr. Pn., estas mismas reglas rigen para las medidas alternativas o aplicadas para atenuar la prisión preventiva.

Por último, este sistema no obstante establecer en el art. 229 Pr. Pn., la caducidad de pleno derecho de los controles mínimos para la libertad provisional, dictados según los arts. 221 y 222 Pr. Pn, arriba comentados, por la detención del imputado relacionada con otro procedimiento penal en su contra, el mismo artículo no restringe el derecho de volverse aplicar nuevamente estos controles ante la nueva situación. Y el art. 231 Pr. Pn., ordena el trato diferenciado del preso preventivo con el condenado.

7.2.7 Reflexiones de la regulación jurídica de la motivación de la detención provisional en Latinoamérica

La regulación jurídica de la motivación de la detención provisional en Latinoamérica está condicionada por los mismos factores que determinan la tradición histórica de su inestabilidad. La dependencia económica sentó las bases de superestructuras dependientes, pues, los apoyos financieros de las potencias, imponen programas de ajuste estructural a los países de América Latina y El Caribe; la expresión de lo anterior, en el tema de la prisión preventiva, es la implementación en nuestro continente de diversos sistemas penales a lo largo de su historia, observado por el ILANUD de la manera siguiente:

“...Latinoamérica ha padecido siempre una dependencia económica y hasta política. Por consiguiente, también padeció una dependencia ideológica. Ello resulta claro en su ideología penal: se han adoptado como base de sus sistemas penales los códigos y proyectos más dispares de los países centrales (el de Napoleón, el de la España liberal, el de la España de la restauración, el de Bélgica, el de Baviera, el de Lousiana, el del positivismo italiano, el de la Unificación Suiza, el de la Italia fascista, recientemente el de Alemania Federal); se han seguido las ideologías criminológicas del Positivismo Italiano, de la Criminología científica y, recientemente, de la crítica de los modelos sociales y económicos centrales.”⁶³⁹

Otra variable principal del uso indebido de la prisión preventiva en la historia de América Latina ha sido la guerra de baja intensidad sufrida en la

⁶³⁹ Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –ILANUD-; *El Preso sin condena en América Latina y El Caribe...*; Ob. cit.; págs. 54 y 55.

mayoría de nuestros países, durante las décadas del 60 hasta 80; atentando contra la vida y libertad de los pueblos mediante medidas militares, políticas, legislativas y judiciales, inspiradas en la doctrina de la Seguridad Nacional, nacida en 1958 en Río de Janeiro, Brasil, como parte de la guerra contra el comunismo. Expresión de las anteriores medidas fueron las leyes de defensa de la soberanía, dictadas para penalizar conductas relacionadas a las organizaciones populares, oposición política, difusión de ideas marxistas-leninistas, y en fin cualquier conducta considerada sospechosa de fortalecer el comunismo internacional; este tipo de leyes reguló el uso de la detención provisional como pena anticipada, pues, no establecían límites a su duración, se aplicaba obligatoriamente, se fundamentaba en la simple denuncia y la comprobación de la participación delincinencial, y no admitía ningún recurso en su contra⁶⁴⁰.

Podría decirse, que a penas hace 20 años la violación de los derechos humanos en el área Latinoamérica, provocada por la prisión preventiva, era alarmante tanto por su duración como por su aplicación como pena anticipada, producto de sistemas penales de corte inquisitivo, orientados a utilizar la detención del individuo como principio metodológico de investigación, o bien, sistemas penales híbridos, sin coherencia de estructura⁶⁴¹.

⁶⁴⁰En El Salvador estas funciones las desempeñó la *Ley de Defensa y Garantía del Orden Público*, emitida por Decreto Legislativo N° 407, del 24 de noviembre de 1977; ob. cit.

⁶⁴¹El uso de la prisión preventiva como pena anticipada en Latinoamérica ha distorsionado históricamente el modelo del proceso penal-acusatorio, el cual debe corresponder con un respeto irrestricto de los derechos humanos, lo anterior se refuerza con lo que sigue: “*La amplitud de la detención preventiva y la extensión temporal de la misma aniquilan la garantía formal del proceso penal contradictorio, acusatorio y público. Esto en la medida que la función que en un proceso penal normal corresponde a la sentencia viene a transferirsele –en este proceso penal distorsionado- al auto que dispone la privación de libertad en plena etapa instructora (inquisitoria)...lo que no cabe ninguna duda es de que es absolutamente incompatible con un sano respeto a los derechos humanos la tolerancia de una privación de*

El exiguu dominio de la corriente excepcionalista de la detención provisional en Latinoamérica, impulsada a través de los nuevos Códigos Procesales Penales de corte oral-acusatorio a mitad de los 90's, posibilitó el rompimiento con la larga tradición de irrespeto a los derechos humanos de parte de los Sistemas Penales de nuestros países, sin embargo, las contrarreformas dictadas en materia de prisión preventiva han vuelto a revivir el reglamentarismo-positivista de esta medida cautelar⁶⁴², consolidado hoy en día en la *obligatoriedad de la detención provisional* en la mayoría de países de America Latina⁶⁴³.

En las contrarreformas de la regulación jurídica de la prisión provisional es común encontrar en los textos legales de los países latinoamericanos, los mismos argumentos para justificarlas, tales como: la inseguridad ciudadana; el combate efectivo contra la reincidencia; la contención de la frecuencia de

libertad prolongada, que afecta la personalidad del sujeto, cuando la misma no es impuesta a título de pena ni se prolonga por circunstancias imputables a quien la sufre." –Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –ILANUD-; El Preso sin condena en América Latina y El Caribe...; Ob. cit.; págs. 54 y 55.

⁶⁴²Las contrarreformas prematuras a los Códigos Procesales Penales impidieron madurar las estructuras inspiradas en la corriente excepcionalista de la detención provisional, dando como resultado la regresión a su uso reglamentarista en muchos países latinoamericanos, esto se apoya con lo siguiente: "A más de 15 años de la entrada en vigencia del primero de los códigos procesales penales reformados (Guatemala, 1994), la situación en torno a la regulación y al uso de la prisión preventiva ha cambiado nuevamente, pareciendo ir en un sentido similar al que originalmente se pretendió evitar, endureciendo y facilitando en la actualidad la procedencia de esta medida." –FUENTES MAUREIRA, Claudio; Régimen de Prisión Preventiva en America Latina...Ob. cit.; págs. 34 y 35.

⁶⁴³La obligatoriedad de la prisión preventiva, inicio en Guatemala con las contrarreformas a los incisos 4º y 5º, del Art. 264 Pr. Pn., introducidas con el Decreto del Congreso No. 32-96; en El Salvador, con las contrarreformas del inciso 2º del Art. 294 Pr. Pn, de finales de 1999 y 2004; en México a partir de la contrarreforma del Art. 19 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el 28 de mayo de 2008; y en Honduras desde el golpe de Estado al Presidente Manuel Zelaya, el 28 de junio de 2009.

delitos graves, el equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos de los delincuentes, etc.⁶⁴⁴.

En la experiencia latinoamericana comentada arriba, se destacan las bondades del Pr. Pn. costarricense⁶⁴⁵, por la indemnización tanto en aplicaciones ilegales de la prisión preventiva, como en la absolución del imputado; por la exigencia de su motivación, y por el uso de la oralidad para adoptar las medidas cautelares en general. También se destaca Colombia, debido a la flexibilidad de la prisión provisional en mujeres embarazadas, o con hijos menores o incapacitados, y las medidas alternativas de control electrónico y arresto domiciliario limitado a horas nocturnas. De igual manera Argentina, con las salidas del centro penitenciario para jornadas laborales y fortalecer los vínculos familiares. Sin embargo, tampoco estos tres países están exentos de contrarreformas a la detención provisional⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴Dichos argumentos se plantean a continuación: *“Estas reformas legales que se han reseñado brevemente y que responden a distintos objetivos (acallar el temor en la población, establecer una mano dura contra la delincuencia y fortalecer la imagen del Estado como una entidad eficiente en la persecución criminal) tienen en común que sus efectos legales provocan el endurecimiento de la regulación de la prisión preventiva. En otras palabras, muchas de ellas son reformas legislativas que buscan facilitar la procedencia de esta medida cautelar en particular, ya sea dirigiendo o incluso forzando al juez a decretarla. Claramente, y como se mostrará en el acápite siguiente, son reformas que son contrarias a los ideales que inspiraron la utilización de la prisión preventiva en los códigos reformados según la lógica cautelar. Hablamos así de una contrarreforma.”* –FUENTES MAUREIRA, Claudio; Régimen de Prisión Preventiva en América Latina...; Ob. cit; págs. 38.

⁶⁴⁵Con todo, en Costa Rica en marzo de 2009 se incorporó un Art. 239 bis al Pr. Pn., que obliga imponer la prisión preventiva en una serie de delitos, al respecto se cita lo siguiente: *“Este artículo fue introducido por la ley de protección a víctimas, testigo y demás sujetos intervinientes en el proceso penal y es una expresión de lo que se ha conocido como populismo penal...frente al miedo al crimen y la inseguridad ciudadana la propuesta estrella no es la realización de un tratamiento integral de la problemática, sino el aumento de las penas y la extensión de la prisión preventiva, convirtiéndola a esta en un vehículo para la prevención general y la prevención especial, todo en quebranto de la presunción de inocencia...”* –LLOBET RODRIGUEZ, Javier; Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado); Ob. cit. pág. 380.

⁶⁴⁶Acerca del estudio de estas contrarreformas de la detención provisional por país latinoamericano consúltese FUENTES MAUREIRA, Claudio; *Régimen de Prisión Preventiva*

7.3 *A manera de conclusión*

La prisión provisional cumple en mayor medida con los fines cautelares procesales en los sistemas penales de la experiencia europea en relación con los sistemas penales de la experiencia latinoamericana. Esta diferencia tiene como causa la injerencia protagónica del sistema de protección de derechos humanos europeo, y en el caso de América Latina donde aquélla medida cautelar tiende a utilizarse como pena anticipada, es un fenómeno que tiene en la reciente historia jurídica como principal causa el movimiento de contrarreformas a los Códigos Procesales Penales latinoamericanos de corte oral-acusatorio.

en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma; Ob. cit; en <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/102>

CAPITULO IX
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1 CONCLUSIONES

- La historia de la detención provisional la ubica como una institución central de los sistemas judiciales en cualquier época; su uso ha correspondido con fines procesales y punitivos. En la historia del derecho procesal penal salvadoreño, esta medida cautelar penal ha sido aplicada como pena anticipada, ya que su regulación jurídica ha establecido fines propios de la pena de prisión; regulando en el presente la obligatoriedad de su imposición en 65 delitos.

- La teoría general de las medidas cautelares suministra los conceptos básicos para la comprensión y la correcta utilización de sus institutos precautorios, dentro de los cuales se encuentra la detención provisional, por tanto, es imprescindible asimilar los postulados teóricos de dicha teoría para conocer sus aplicaciones penales para valorar con un adecuado criterio técnico la situación actual de aquella cautela penal en El Salvador.

- Las medidas cautelares reales civiles y reales penales constituyen en el proceso penal hasta cierta manera un mismo sistema de cautelas, pues, en las reales penales son aplicadas las mismas reglas del proceso civil, según el Art. 305 Pr. Pn. 1996 (Art. 342 Pr. Pn. 2008); sin perjuicio de las particularidades del secuestro y decomiso penales. En el caso de las cautelas personales penales aseguran los resultados del proceso, por lo cual predominan en el proceso penal. En cambio, las cautelas patrimoniales penales sólo cumplen con esa función las destinadas al aseguramiento de la eventual pena de multa.

- La detención provisional es la medida cautelar más gravosa del sistema judicial, pues ocupa como medio restringir la libertad física del imputado para el fin de asegurar las resultas del proceso, por tanto, su utilización debe estar de manera adecuada justificada en sus presupuestos para decretarla –*fumus boni iuris, periculum in mora y obstrucción en la investigación*-, en sus características y en sus fines constitucionalmente legítimos en el caso concreto.
- La motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales es parte de la identidad del Estado Democrático y Constitucional de Derecho; es por ello que esta forma de actividad judicial al realizarse según sus requerimientos jurídicos y epistemológicos legitiman la decisión judicial. Además de lo anterior, la motivación, fundamentación y argumentación de la detención provisional constituye la adecuada justificación, evitando de esa manera la utilización de dicha medida cautelar como pena anticipada de prisión.
- El marco normativo jurídico de la obligatoriedad de la detención provisional en El Salvador regula esta medida cautelar como pena anticipada, y por tanto, tiene los efectos de prevención general y prevención especial en contraposición a sus fines constitucionalmente legítimos. Lo anterior constituye un desacato del Estado salvadoreño a las normas jurídicas internacionales relativas a los principios para restringir y limitar los derechos y libertades fundamentales del individuo, contemplados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también es un desacato a los artículos 4.3 y 9.3 del PIDCyP, y artículos 7.1 y 7.5 de la CADH.

- La prisión provisional es mejor utilizada como medida cautelar en los sistemas penales europeos en relación con los sistemas penales latinoamericanos. La causa de la anterior diferencia es la efectividad del sistema europeo de protección de derechos humanos, el cual incide en la regulación jurídica y usos de dicha cautela penal en la jurisdicción interna de los países de la Unión Europea. En cambio en nuestro continente de América Latina la detención provisional ha tendido a ser utilizada más como pena anticipada que como medida cautelar, siendo un fenómeno relacionado con el movimiento reaccionado en contra de los Códigos Procesales Penales latinoamericanos de corte oral-acusatorio.

9.2 RECOMENDACIONES

- A los jueces constitucionalistas se les recomienda declarar la inconstitucionalidad del Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, que prohíbe adoptar medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional, con base a los motivos de la violación a los Art. 2, 8 y 12 Cn., para lo cual la presente investigación académica les ofrece un apoyo con los resultados expuestos en su Capítulo VI.
- A los abogados en el ejercicio de la defensa penal se les recomienda pedir en las audiencias iniciales y de revisión de medidas cautelares la inaplicabilidad del Inc. 2º del Art. 331 Pr. Pn. 2008, con base a los motivos de la violación a los Art. 2, 8 y 12 Cn., para lo cual se les ofrece la información de la presente investigación académica.
- A los responsables de elaborar los planes de estudio de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas en las diversas Escuelas de Derecho de

las distintas Universidades de nuestro país, se sugiere incorporar el estudio de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales como temas básicos en la formación académica y técnica de sus alumnos.

- A los responsables de elaborar los temas académicos para la formación técnica de los y las jueces en la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ, se les recomienda incluir cursos intensivos y permanentes sobre la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales y otras temáticas afines.
- A los compañeros y compañeras estudiantes de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas se les sugiere emprender desde este instante la tarea autodidáctica del estudio de la motivación, fundamentación y argumentación de las resoluciones judiciales, lo cual supone cultivarse en las disciplinas de la lógica jurídica, derecho procesal e investigación jurídica.
- A los luchadores sociales dedicados a la labor de defensa de los derechos humanos, organizados en ong's u otra asociación con reconocimiento legal, se les recomienda incluir en sus planes anuales el acompañamiento de casos concretos para denunciar ante el Comité de Derechos Humanos o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el desacato a las normas jurídicas internacionales cometido por el Estado salvadoreño, debido a los fines ilegítimos, y otros efectos, de la obligatoriedad de la detención provisional en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; **“Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones en general”**; Redactado y puesta al día por Antonio Vodanovic H.; 4ª edición; Editorial Nascimento; Santiago de Chile; 1971.

ASENCIO MELLADO, José María; **“La Prisión Provisional”**; prólogo de Vicente Gimeno Sendra, 1ª edición, Monografías Civitas, Editorial Civitas, S.A, Madrid, España; 1987.

ASOCIACION PRO-BÚSQUEDA DE NIÑAS Y NIÑOS DESAPARECIDOS, **“Un paso de Justicia y Esperanza contra la Impunidad. Recopilación de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las hermanas Serrano Cruz”**; Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños desaparecidos; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 2006.

BARBERO SANTOS, Mario; **“Prisión Provisional, detención preventiva y derechos fundamentales”**; Ediciones de la Universidad de Castilla; La Mancha (Estudios; 41), Cuenca; 1ª edición, 1997.

BARONA VILAR, Silvia, y otros; **“Las Medidas Cautelares”**; Cuadernos de Derecho Judicial; Consejo General del Poder Judicial; 1ª edición; Madrid, España; 1993.

BETANCOURT, Sergio Huacuja; **“La Desaparición de la Prisión Preventiva”**; Editorial Trillas, 1ª edición; México D.F; 1989.

BONORINO, Pablo Raúl; **“La Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual”**; 1ª edición; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, El Salvador; 2004.

BROWNING, David G.; **“El Salvador La tierra y El Hombre”**; primera edición en castellano; Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación; San Salvador, El Salvador; 1975.

CALAMANDREI, Piero; **“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”**; prólogo de Eduardo J. COTURE; traducción de la 1ª edición en italiano de 1935 al castellano por Marino Ayerra Merín; Librería El Foro S.A.; Buenos Aires, Argentina; 1996.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; **“Serie de Capacitación profesional N° 3. Derechos Humanos y Prisión Preventiva. Manual de normas internacionales en materia de Prisión Preventiva”**; Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal; 1ª edición; Nueva York, E.U. y Ginebra, Suiza; 1994.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS; **“La Libertad del Individuo ante la Ley. Estudio sobre los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”**; por Erica Irene A.. Daes, Relatora Especial de la

Sub-comisión de prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías; 1ª edición; Ginebra, Suiza; 1990.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, “**Folleto Informativo N° 7**”, Campaña Mundial pro Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1992.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, “**Folleto Informativo N° 15**”, Campaña Mundial pro Derechos Humanos de Naciones Unidas, 1992.

CETINA, Gustavo; “**Prisión Preventiva. La práctica de la Prisión Preventiva en el área Metropolitana de la Ciudad de Guatemala (1997)**”; Créditos Institucionales al programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales; 1ª edición, Guatemala; 1999.

COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL; “**Anteproyecto del Código Procesal Penal (Texto para consulta nacional)**”; Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica del Ministerio de Justicia, 1ª edición, San Salvador, El Salvador; 1993.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA; “**Código Penal de El Salvador Comentado**”, Tomo 1, Artículo 1 al 164; 1ª edición; Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ; San Salvador, El Salvador; 2004.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICIATURA; **“Comentarios al Código Procesal Penal”**; Centro de Documentación y Reproducción bibliográfica, CNJ; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2004”**; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2005”**, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; **“Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Constitucional 2007”**; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2007”**; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador; El Salvador; 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Líneas y Criterios Jurisprudenciales Sala de lo Penal 2005”**; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **“Líneas y Criterios jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia 2000 y 2001”**; 1ª edición; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; **“Sentencia de Inconstitucionalidad de artículos 2 inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el Crimen Organizado”**; Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia; (Publicaciones Especiales, N° 23); 1ª edición; San Salvador; El salvador; 1997.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; **“Proyecto de Código de Ética Judicial”**; Anteproyecto recibido en Corte Plena y autorizado para consulta; 18 de abril de 2007.

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL; **“Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal”**; Consejo Nacional de la Judicatura; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 1999.

FERRAJOLI, Luigi; **“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”**; prólogo de Norberto Bobbio; traducción al castellano de la 1ª edición italiana de 1989 por Perfecto Andrés Ibáñez, y otros; Colección estructuras y procesos. Serie Derecho; Editorial Trotta S. A., 1ª edición, Madrid, España; 1995.

FLORES DAPKEVICTUS, Ruben; **“Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data. Incluye análisis de casos y normativas de derecho comparado”**; Editorial B de F Ltda.; 1ª edición; Montevideo, Uruguay; 2004.

FONTAN BALESTRA, Carlos; **“Derecho Penal. Introducción y Parte General”**; actualizado por Guillermo A. C. Ledesma; Editorial Abeledo-Perrot; 1ª edición; Buenos Aires, Argentina; 1998.

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), Departamento de Estudios Legales, DEL/FUSADES; **“Polémica sobre el control difuso de la inconstitucionalidad”**; Boletín No. 69, septiembre de 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, y otro; **“Interpretación y Argumentación Jurídica”**; 1ª edición; Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial; San Salvador, El Salvador; 2003

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, y Otros; **“El Sistema de Medidas Cautelares”**; IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas; Ediciones Universidad de Navarra, S.A.; 1ª edición; Pamplona, España; 1974.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, y otros; **“Detención y Prisión Provisional”**; Cuadernos de Derecho Judicial; Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial; 1ª edición, Madrid, España; 1996.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; **“Guía de Trabajo para los Textos de apoyo del Curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”**”; Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ-ECJ; 1ª edición; San Salvador, El Salvador; 2003.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE DE LAS NACIONES UNIDAS (ILANUD); **“El Preso sin condena en América Latina y El Caribe. Estudio comparativo estadístico y legal de treinta**

países y propuestas para reducir el fenómeno"; Eugenio Raúl Zafaroni, y otros; 1ª edición; San José, Costa Rica; 1983.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE (ILANUD); **"El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno. Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá"**; Ana Isabel Garita Vilchez y José Soboría; 1ª edición; San José, Costa Rica; 1991.

KELSEN, Hans; **"Teoría Pura del Derecho"**; traducción de la 2ª edición en alemán de 1960, por Roberto J. Vernengo; Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); 2ª reimpression de la 1ª edición en español de 1979; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie G: Estudios Doctrinales 20; México, D.F.; 1982.

KIELMANOVICH, Jorge Leonardo; **"Medidas Cautelares"**; Rubinzal-Culzoni Editores; 1ª edición; Buenos Aires, Argentina; 2000.

KLUG, Ulrich; **"Lógica Jurídica"**; Editorial Temis S. A.; 4ª edición de 1985; reimpression; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1998.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier; **"Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)"**; 4ª edición; Alajuela, Costa Rica; 2009.

MARX, Carlos; **"El Capital. Crítica de la Economía Política"**; Tomo I, 4ª edición alemana de 1890 revisada por Federico ENGELS; traducción al

castellano por Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, 4ª edición; Sección de Obras de Economía; México, D.F.; 1966.

MIÑANA Y VILLA GRASA, Emilio (traductor); **“Ordenanza General Alemana. Sobre el Cambio”**; Biblioteca de Revista Jurídica, Volumen I; Imprenta y Encuadernación de J. Rueda Huertas; 1ª edición; Madrid, España; 1903.

NACIONES UNIDAS; **“Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito”**; publicación del Departamento de información pública de las Naciones Unidas; 1ª edición, 1991.

PALACIO, Lino Enrique; **“Manual de Derecho Procesal Civil”**; Tomo I y II; Abeledo-Perrot; 8º edición actualizada; Buenos Aires, Argentina; 1991.

PINO SALAZAR, Federico Edmundo; **“La Fundamentación de las Resoluciones Judiciales en el Proyecto de la Ley Procesal de Familia”**; en Revista del Ministerio de Justicia; 4ª Época-No 2; Centro de Información Jurídica; San Salvador, El Salvador; 1994.

PINTO, Ricardo Matías; **“Los Motivos que Justifican la Prisión Preventiva en la Jurisprudencia Extranjera”**; Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, núm. 7-8, enero-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM); 2007.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto; **“Las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Ordinario Español (Contribución a su estudio)”**; Editorial Trivium; 1ª edición; Madrid, España; 1985.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto; **“Motivación y Control de las Resoluciones Jurisdiccionales”**; Revista de Ciencias Jurídicas. Derecho Constitucional. Derecho Penal. Educación Jurídica. Año 1. No. 4, noviembre; Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador; El Salvador; 1992.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique; **“Procesos y Medidas Cautelares. Comentarios a la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares”**; Okey e Impresores; 2ª edición; Santa Fe de Bogotá; Colombia; 1991.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; **“Diccionario de la Lengua Española”**, 22ª edición, Matu Cromo, S.A., Editorial Espasa Calpe S.A.; España; 2001.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús; **“La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado”**; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); 1ª edición; Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. N° 19; México D. F.; 1981,

OSSORIO, Manuel; **“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”**; prólogo del Dr. Guillermo Cabanellas, Editorial Heliastas S.R.L., 1ª Edición; Buenos Aires, Argentina, sin año de publicación.

TOMASINO, Humberto; **“El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña”**; Editorial Jurídica Salvadoreña; 2ª edición; San Salvador, El Salvador; sin año de publicación.

VALERIANO HERNÁNDEZ, Martín, y otros; **“El Error Judicial. Procedimiento para su Declaración e Indemnización”**; prólogo de Alvarado D’ORS; Editorial Civitas, S.A.; 1ª edición; Madrid, España; 1994.

TESIS

ARAUJO SERPAS, Manuel Antonio, y otro; **“Análisis Comparativo de la Libertad Individual en El Salvador a la luz de la Normativa Penal frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”**; Tesis Maestría; Universidad de El Salvador, Facultad de Ciencias y Humanidades; Maestría en Derechos Humanos y Educación para la Paz; 2008.

CAMPOS AVALOS, Yazmin Elizabeth; **“La Fundamentación del Auto de Detención Provisional”**; Tesis para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador; 2008.

LEGISLACIÓN

CODIFICACIÓN DE LAS LEYES PATRIAS, desde la Independencia hasta el año de 1875; Decreto Legislativo del 14 de febrero de 1879; y publicado por Decreto Ejecutivo del 21 de febrero de 1879.

CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS Y FÓRMULAS JUDICIALES; Decreto Ejecutivo del 20 de noviembre de 1857; publicado en la Gaceta del Salvador Núm. 60; Tomo VI, del 21 de noviembre de 1857.

PRISIÓN POR DEUDAS; Decreto Legislativo de la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador, emitido el 2 de abril de 1895; publicado en el Diario Oficial Num. 80; Tomo 38, del 4 de abril de 1895.

DEROGACIÓN DE LA PRISIÓN POR DEUDAS; Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador, emitido el 24 de marzo de 1896; publicado en el Diario Oficial Núm. 75; Tomo 40, del 27 de marzo de 1896.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DEL SALVADOR DE 1824; Decretada y Sancionada por el Congreso Constituyente del Estado el 12 de junio de 1824.

CONSTITUCIÓN DE 1841, Decretada y Sancionada por la Asamblea Constituyente el día 18 de febrero de 1841.

CONSTITUCIÓN DE 1864; Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el 19 de marzo de 1864; publicada en El Constitucional. Periódico Oficial del Gobierno; Tomo I, Número 26, del jueves 14 de abril de 1864.

CONSTITUCIÓN DE 1871, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 16 de octubre de 1871.

CONSTITUCIÓN DE 1872, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 9 de noviembre de 1872, publicada en el Boletín Oficial, Num. 80, de 16 de noviembre de 1872.

CONSTITUCIÓN DE 1880, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Constituyente el día 16 de febrero de 1880, publicada en el Diario Oficial, Num. 46; Tomo 8, del 22 de febrero de 1880.

CONSTITUCIÓN DE 1883, Decretada, Sancionada y Proclamada por la Asamblea Constituyente el día 4 de diciembre de 1883, publicada en el Diario Oficial Num. 285; Tomo 15, del 8 de Diciembre de 1883.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR DE 1886, Decretada, Sancionada y Proclamada por el Congreso Nacional Constituyente el día 13 de agosto de 1886; publicada en el Diario Oficial Num. 185; Tomo 21, del 27 de Agosto de 1886

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1939, Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el día 20 de enero de 1939; publicada en el Diario Oficial Número 15; Tomo 126, del 20 de enero de 1939

REFORMAS DE 1944 A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, por Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente Número 5 del 24 de febrero de 1944; publicado en el Diario Oficial Número 47; Tomo N° 136, del 26 de febrero de 1944

CONSTITUCIÓN DE 1945; Decreto N° 251 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 29 de noviembre de 1945; publicado en el Diario Oficial Número 262; Tomo N° 139, del 30 de noviembre de 1945

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR DE 1950; Decreto No. 14 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 7 de septiembre de 1950; publicado en el Diario Oficial Número 196; Tomo No. 149, del 8 de septiembre de 1950.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR DE 1962; Decreto No. 6 de la Asamblea Constituyente, del día 8 de enero de 1962.

CONSTITUCIÓN DE 1983 (con sus últimas reformas); Decreto Constituyente N° 38, del 15 de diciembre de 1983; publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DEL SALVADOR, EN CENTRO AMÉRICA; edición oficial conmemorativa, Acuerdo Ejecutivo No. 1480; Ministerio del Interior, Ramo de Gobernación, San Salvador, El Salvador; 12 de julio de 1954.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y CRIMINALES DE 1863, Decreto del Gobierno para que se tenga como promulgado, emitido el 15 de enero de 1863; publicado en la Gaceta Oficial Núm. 5; Tomo 11, del 15 de enero de 1863.

CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR DE 1882; abril 3 de 1882; Nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año 1890; San Salvador; Tipografía de Morazán; 1893.

CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1904; Nueva edición que comprende todas las reformas decretadas hasta el año de 1904; San Salador; El Salvador; 1904

CODIGO PENAL DE 1859, en virtud de decreto del General de División y Senador Encargado del S.P.E. de la República del Salvador Gerardo Barrios; San Salvador, á veintiocho días del mes de septiembre de mil ochocientos cincuenta y nueve.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR; redactado á virtud de Comisión del Supremo Poder Ejecutivo; nueva edición en la cual se han intercalado las reformas posteriores hasta el año de 1890; San Salvador; 1893.

DECLARATORIA DE REOS DEL DELITO DE USURPACIÓN; Decreto de la Asamblea Nacional de la República, emitido el 4 de abril de 1887; ejecutado en virtud de orden ejecutiva del 14 de abril de 1887, publicada en el Diario Oficial Núm. 88; Tomo 22, del 18 de abril de 1887.

ADICIÓN DE UN ART. 10 AL DECRETO DEL 4 DE ABRIL DE 1887; Decreto de la Asamblea Nacional de la República del Salvador; emitido el 24 de marzo de 188; ejecutado en virtud de orden ejecutiva del 9 de abril de 1888; publicada en el Diario Oficial Núm. 83; Tomo 24, del 10 de abril de 1888.

INSTRUCCIÓN DE PROCESO PENAL CONTRA ABOGADOS, ESCRIBANOS Y PROCURADORES POR DELITOS EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN; Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa del 23 de

abril de 1904; publicado en el Diario Oficial Num. 109; Tomo 56, del 10 de mayo de 1904.

LEY REPRESIVA DE VAGOS Y MALEANTES; Decreto Legislativo N° 27, del 18 de julio de 1940; publicado en el Diario Oficial N° 185, Tomo 129, del 20 de julio de 1940.

LEY DE ESTADO PELIGROSO; Decreto Legislativo del 15 de mayo de 1953; publicado en el Diario Oficial No. 92, Tomo No. 159, del 25 de mayo de 1953; con última reforma publicada en el Diario Oficial No. 135, Tomo No. 200, del 19 de julio de 1963.

CÓDIGO PROCESAL PENAL 1973; Decreto Legislativo No. 450, del 11 de octubre de 1973; publicado en el Diario Oficial No. 237, Tomo 241, del 19 de diciembre de 1973.

LEY DE DEFENSA Y GARANTÍA DEL ORDEN PÚBLICO; Decreto Legislativo N° 407, del 24 de noviembre de 1977, publicado en el Diario Oficial N° 219, Tomo N° 257, del 25 de noviembre de 1977.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS; Adoptada y Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Decreto Legislativo No. 5, del 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial No. 113, del 19 del mismo mes y año.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), constituido en ley de nuestra República en virtud del Decreto Legislativo No. 27, del 23 de noviembre de 1979; publicado en el Diario Oficial No. 218, de la misma fecha.

LEY TRANSITORIA DE EMERGENCIA CONTRA LA DELINCUENCIA Y EL CRIMEN ORGANIZADO; Decreto Legislativo N° 668 del 19 de marzo de 1996; publicado en el Diario Oficial N° 58, Tomo 330, del 22 de marzo de 1996.

CÓDIGO PROCESAL PENAL 1996, Decreto Legislativo 904, del 4/12/1996; Diario Oficial N° 11, Tomo 334, del 20/1/1997; y según su Art. 455, entró con vigencia a partir del 20 de abril de 1998, por Decreto Legislativo N° 203, del 8/01/1998; Diario Oficial N° 5, Tomo 338, del 9 de enero de 1998.

CÓDIGO PENAL 1997 (con sus últimas reformas); Decreto Legislativo N° 1030, del 26 de abril de 1997; publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

LEY ANTI-MARAS; Decreto Legislativo No. 158, del 9 de octubre de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 188, Tomo 361, del 10 de octubre de 2003.

LEY PARA EL COMBATE DE LAS ACTIVIDADES DELINCUENCIALES DE GRUPOS O ASOCIACIONES ILÍCITAS ESPECIALES, Decreto Legislativo N° 305, del 1º de abril de 2004; publicado en el Diario Oficial N° 65, Tomo 363, del 2 de abril de 2004.

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA; Decreto Legislativo N° 190, del 20 de diciembre de 2006; publicado en el Diario Oficial N° 13, Tomo 374, del 22 de enero de 2007.

CREACIÓN DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES ESPECIALIZADOS CONFORME A LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA; Decreto Legislativo N° 246, del 23 de febrero de 2007; publicado en el Diario Oficial N° 43, Tomo 374, del 5 de marzo de 2007.

CÓDIGO PROCESAL PENAL 2008, Decreto Legislativo 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, del 30 de enero de 2009.

LEY DE PROSCRIPCIÓN DE MARAS, PANDILLAS, AGRUPACIONES, ASOCIACIONES Y ORGANIZACIONES DE NATURALEZA CRIMINAL; Decreto Legislativo No. 458, del 1º de septiembre de 2010; publicado en el Diario Oficial No. 169; Tomo Nª 388, del 10 de septiembre de 2010.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (con sus últimas reformas); Decreto Ejecutivo del 31 de diciembre de 1881; publicado en el Diario Oficial No. 1, Tomo 12, del 1º de enero de 1882.

CÓDIGO CIVIL (con sus últimas reformas); Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, publicado en la Gaceta Oficial el 1º de mayo de 1861, por orden de Decreto Ejecutivo, publicado este último en la Gaceta Oficial No. 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Decreto Legislativo No. 712, de fecha 18 de septiembre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo 381, de fecha 27/11/2008; prórroga de su vigencia hasta el 1º de julio de 2010, por Decreto Legislativo No. 220, del 21 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo 385, de fecha 23/12/2009.

LEY ORGÁNICA JUDICIAL (con sus últimas reformas de mayo de 2000), Decreto Legislativo No. 123, del 6/06/1984, publicado en el Diario Oficial No. 115, Tomo 283, del 20/06/1984

CÓDIGO DE COMERCIO (con sus últimas reformas), Decreto Legislativo No. 671, del 26 de mayo de 1970; publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228, del 31 de julio de 1970.

REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL; Decreto Legislativo No 704, del 9 de septiembre de 1999; publicado en el Diario Oficial Número 183, Tomo N° 345, del 4 de octubre de 1999; reformado a su vez por Decreto Legislativo 752, del 28 de octubre de 1999, publicado en el Diario Oficial Número 239, Tomo N° 345, del 22 de diciembre de 1999.

REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL; Decreto Legislativo No. 458, del 7 de octubre de 2004; publicado en el Diario Oficial N° 207, Tomo 365, del 8 de noviembre de 2004.

REFORMAS A LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES, Decreto Legislativo No. 45, del 6 de julio de 2006, publicado en el Diario Oficial No 143, Tomo No 372, del 7 de agosto de 2006.

SENTENCIA DEFINITIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ANTI-MARAS, Ref. 52-2003 Ac.; de las 15 horas, del 1º de abril de 2004; publicada en el Diario Oficial No. 70; Tomo No. 363, del 19 de abril de 2004.

SENTENCIA DEFINITIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, Ref. 28-2006 AC.; de las 12:00 Horas; del 12/04/2007; publicada en el Diario Oficial N° 71, Tomo N° 375; del 20 de abril de 2007.

JURISPRUDENCIA

(Consultada en el sitio web oficial del Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador en la dirección electrónica siguiente: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Jindice.htm>)

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 121-98, de las 8:05 horas, del 22 de abril de 1998. Consultada el 21 de junio de 2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 296-2001 Ac., de las 12:10 horas, del 14 de mayo de 2002. Consultada el 21 de junio de 2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 425-99, de las 15:50 horas, del 11 de enero de 2000. Consultada el 22 de junio de 2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 36-2008, de las 12 horas, del 8/07/2008. Consultada el 10/07/2010

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 92-2005, de las 12:22 horas, del 5/1/2005. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 7-2008 Acumulados, de las 10 horas, del 26/06/2009. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 90-2007 de las 12:41 horas del 5/03/2010. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 182-2002, de las 12 horas, del día 10/febrero/2003. Consultada el 30/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 180-2006, de las 12:20 horas del día 30/05/2007. Consultada el 2 de septiembre de 2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 30-2008 de las 12:01 horas del 22/12/2008. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 349-97 Ac.; de las 10 horas del 15/10/1997. Consultada el 2/12/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 87-2005 de las 12:03 horas del 5/12/2005; en relación con la Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 171-2003 de las 12:15 horas del 21/06/2004; y Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, Ref. 99-2005, de las 12:02 horas, del día 28/10/2005. Todas Consultadas el 25/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 182-2005, de las 12:08 horas, del día 27/03/2006; en relación con la Sentencia Definitiva de Hábeas Corpus, ref. 73-2005, de las 12:08 horas del día 7/11/2005; y

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 10-2006, de las 12:07 horas del 15/01/2007. Consultadas el 26/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 230-2004, de las 12:21 horas del 6/04/2005. Consultada el 26/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 75-98 de las 15 horas del 30/03/1998 y Sentencia Definitiva de hábeas Corpus; Ref. 219-2009 de las 12:21 horas del 16/03/2010. Consultada el 27/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 193-2004 AC. de las 12:20 horas del 31/03/2005. Consultada el 27/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 109-2004, de las 12:20 horas, del 11/01/2005. Consultada el 26/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 207-2006 de las 12:01 horas del 18/05/2007. Consultada el 22/09/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 20-A-96/18-R-96 Ac., de las 11 horas del 15/07/1996. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 219-2009 de las 12:21 horas del 16/03/2010. Consultado el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 124-2007 de las 12:41 horas del 17/03/2010. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 105-2004 de las 12:20 horas del 3/12/2004. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 187-2008, de las 12:50 horas del 4/03/2010. Consultada el 12/10/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS, Ref. 10-2006 de las 12:07 horas del 15/01/2007. Consultada el 29/08/2010.

SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS 9-V-94. Villalobos; Juzgado Octavo de lo Penal de San Salvador, emitida a las 8:50 horas, del día 17 de noviembre de 1994. Consultada el 18/10/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 7-2008, de las 10:05 horas del día 18 de septiembre de 2009. Consultada el 16/10/2010.

SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 88-2005, de las 12:21 horas del día 20 de febrero de 2006. Consultada el 2/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 12-2002, de las 12:15 horas del día 5 de diciembre de 2002. Consultada el 15 de julio de 2010.

SOBRESEIMIENTO DE HÁBEAS CORPUS; Ref. 20-2005; de las 12:02 Horas, del 19 de septiembre de 2005. Consultada el 30/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE AMPARO, Ref. 429-99, de las 12 horas, del 12 de junio de 2000. Consultada el 8 de julio de 2010.

IMPROCEDENCIA DE AMPARO, Ref. 768-2004 de las 12:05 horas, del día 02/02/2005. Consultada el 10/07/2010.

IMPROCEDENCIA DE AMPARO; Ref. 219-2004; de las 10:32 Horas, del 11 de enero de 2005. Consultada el 22/06/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE AMPARO, Ref. 512-2001, de las 14:45 horas, del 3/12/02. Consultada el 6/07/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE AMPARO, Ref. 282-2004 de las 10:24 horas del día 22/2/2005. Consultada el 2/09/2010.

IMPROCEDENCIA DE AMPARO, Ref. 130-2006 de las 10:21 horas del 11/05/2006. Consultada el 2/09/2010.

IMPROCEDENCIA DE AMPARO, Ref. 480-2005, de las 10:21 Horas; del 6 de octubre de 2005. Consultada el 7/07/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, Ref. 26-2004, de las 9:00 horas del día 25 de octubre de 2004. Consultada el 8/09/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, ref. 21-2006; de las 8:20 Horas, del día 5/12/2006. Consultada el 10 de julio de 2010.

SENTENCIA DE CASACIÓN DE LA SALA DE LO PENAL; Ref. 409-CAS-2004, de las 10:30 horas, del 28/11/2005. Consultada el 28/08/2010.

SENTENCIA DE CASACIÓN DE LA SALA DE LO PENAL; Ref. 327-CAS-2004, de las 10:30 horas, del 25/2/2005. Consultada el 28/08/2010.

SENTENCIA DE CASACIÓN DE LA SALA DE LO PENAL; Ref. 123-CAS-2006, de las 14:04 horas, del 9/2/2007. Consultada el 30/08/2010.

SENTENCIA DEFINITIVA DE CASACIÓN, Sala de lo Civil, ref. 1482 CAS.-S.S.-MERCANTIL, de las 9 Horas, del día 8 de septiembre de 2003. Consultada el 7/07/2010.

SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL DE SENTENCIA de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas; Ref. N° 1401-57-2006 de las 13:30 horas del 21/12/2006. Consultada el 4 de septiembre de 2010.

SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA, San Miguel; Ref. 0302-32-2006; de las 14:15 horas del 28 de abril de 2006. Consultada en el 4 de septiembre de 2010.

DERECHO ESPAÑOL Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

(La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha sido consultada en el sitio web oficial del Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO (BOE)).

SENTENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Ref. 128/1995, pronunciada el 26/07/1995, publicada en el BOE el 22 de agosto de 1995. Se Consultó el 27 de agosto de 2010 en

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=S
ENTENCIA-1995-0128

SENTENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL;
Ref. 49/1999, fecha de aprobación el 5 de abril de 1999; publicada en el
BOE el 27 de abril de 1999. Consultada el 26 de agosto de 2010 en
http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=S
ENTENCIA-1999-0049

SENTENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ESPAÑOL; Ref. 41/1982, pronunciada del 2 de julio de 1982; publicada en el
BOE el 4/08/1982. Consultada el 26 de agosto de 2010, en
http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=S
ENTENCIA-1982-0041

SENTENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL,
Ref. 37/1996, pronunciada el 11 de marzo de 1996; publicada en el BOE el
17/4/1996. Consultada el día 27 de agosto de 2010 en
http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=S
ENTENCIA-996-0037

SENTENCIA DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL,
Ref.47/2000 del 17 de febrero de 2000, publicación en el BOE 17 de marzo
de 2000; Consultada el 25 de agosto de 2010, en
http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=S
ENTENCIA-2000-0047

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el Pueblo Español en Referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA, Aprobada por el Congreso de los Diputados el 7 de enero de 2000; publicada en Boletín Oficial del Estado el día siguiente como *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*; con vigencia desde el 7 de enero de 2001.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA DE 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Gaceta 5 febrero 1881 a 22 febrero 1881; rectificación Gaceta 5 marzo 1881.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA (con sus múltiples reformas hasta el día de hoy); Promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; publicado en la Gaceta de Madrid, del 17 de septiembre al 10 de octubre de 1882.

OPINIONES DE ESPECIALISTAS Y SITIOS OFICIALES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN LA WEB

GRANJA, Pedro Javier; “**El Derecho a la Libertad Personal**”; pág. 2; consultada el 20 de junio de 2010, sitio web oficial de *Monografías.com* en <http://www.monografias.com/trabajos68/derecho-libertad-personal/derecho-libertad-personal.shtml>

AGUILAR, Jeannette; **“Las maras o pandillas juveniles en el triángulo norte de Centroamérica. Mitos y realidades sobre las pandillas y sus vínculos con el crimen.”**; Ensayo consultado el 1º/10/2010, publicado en la página web oficial del Instituto de Opinión Pública de la UCA (IUDOP) en http://www.oas.org/dsp/documentos/pandillas/2sesion_especial/IUDOP/Las%20maras%20o%20pandillas%20juveniles%20en%20el%20tri%C3%A1ngulo%20norte%20de%20Centroam%C3%A9rica....pdf

FUENTES MAUREIRA, Claudio; **“Régimen de Prisión Preventiva en America Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma”**; ensayo publicado en la Revista Sistemas Judiciales No. 14, del 11/01/2010; versión on-line, editores: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Consultada el 1º de septiembre de 2010 en <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/102>

QUINECHE FLORES, Karina Milagros; **“La Motivación de las Resoluciones que dictan Detención Domiciliaria”**; ensayo publicado el 1º de julio de 2008. Consultado el 22 de julio de 2010 en el Blog a20069989, administrado por Karina Milagros Quineche Flores. Servicio ofrecido por la Dirección de informática Académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el sitio web siguiente: <http://blog.pucp.edu.pe/item/25502/la-motivacion-de-las-resoluciones-que-dictan-detencion-domiciliaria>

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo; **“Inconstitucionalidad de la detención preventiva sin cargos y abogado en Francia”**; publicado en iureamicorum; Blog de Teoría jurídica y derecho constitucional. Consultado el 2/08/2010 en

<http://iureamicorum.blogspot.com/2010/08/inconstitucionalidad-de-la-detencion.html>

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “**Lista de Estados miembros de la OEA**”; sitio web oficial de la OEA. Consultada el 2/07/2010 en http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp -

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS; “**Estado de Firmas y Ratificaciones de la Convención Interamericana de Cumplimiento de Medidas Cautelares**”, consultado el 2/07/2010, en el sitio web del Departamento de Derecho Internacional de la OEA en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS; “**La Cooperación Jurídica y Judicial en Las Américas (Documento Presentado Por La Secretaría General/Subsecretaría De Asuntos Jurídicos)**”; Departamento de Derecho Internacional de la OEA. Consultado el 3 de julio de 2010 en <http://www.oas.org/juridico/spanish/doccoope.htm>

INTERPOL; “**Oficinas Regionales. OR- San Salvador**”; sitio web oficial de la INTERPOL. Consultado el 5 de julio de 2010 en la dirección siguiente <http://www.interpol.int/Public/lcpo/srb/sansalvadorES.asp>

INTERPOL, “**Notificaciones**”; pág. web consultada el 5 de julio de 2010 en http://www.interpol.int/pv_obj_cache/pv_obj_id_32B75A6A824B56BA94CD684C62AEBD4D286E0300/filename/GI02es.pdf

SISTEMA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA (SICA), “**Estados Miembros**”; consultada el 6/07/2010, en el sitio web oficial del SICA ubicado en <http://www.sica.int/miembros/miembros.aspx?IdEnt=401>

PERIÓDICOS EN LA WEB

La Prensa Gráfica; “**La Dina, 11 meses de Mano Dura**”; noticia publicada el 1 de julio de 2004. Consultada el 1 de octubre de 2010 en <http://www.elsalvador.org/Embajadas/eeuu/Prensa2.nsf/aac7d56ca8fd884b852563be00610639/f59eee36a5c0579085256ec40077b4df?OpenDocument>

El Diario de Hoy; “**Sólo falta nombrar a los jueces blindados. Requisito. El Presidente pidió que se seleccione a funcionarios "valientes". Como último paso, la Asamblea aún tiene que reformar la Ley Orgánica Judicial**”; noticia publicada el 2 de enero de 2007, en el *elsalvador.com* http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=2913&idArt=1099073

La Prensa Grafica; “**Interpol formaliza instalación de sede centroamericana en El Salvador**”; noticia publicada el martes 7 de abril de 2009; consultada el 5 de julio de 2010 en <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/judicial/27076--interpol-formaliza-instalacion-de-sede-centroamericana-en-el-salvador.html>

El Diario de Hoy, “**El Salvador albergará oficina de la Policía Internacional**”; noticia publicada el 7/04/2009; consultada el 5/7/2010 en http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6358&idArt=3520612

El Diario de Hoy; **“Caso Finsepro/Insepro en recta final. A juicio el mayor fraude del siglo”**, publicación del 4 de junio de 2001. Consultada por la presente investigación académica el 9 de julio de 2010 en <http://www.elsalvador.com/noticias/2001/6/4/NACIONAL/nacio1.html>

La Prensa Grafica; **“Perla detenido”**; noticia publicada el 29 de enero de 2004; consultada el 5 de julio de 2010, en el sitio web siguiente: <http://archive.laprensa.com.sv/20040129/nacion/nacion18.asp>

La Prensa Grafica; **“Quince años de cárcel para Carlos Perla. El ex-funcionario fue encontrado culpable esta tarde de tres delitos cometidos cuando fue presidente de la ANDA. Perla se avocará al recurso de Casación”**; publicada el 13 de julio de 2007; y consultada el 30/08/2010 en el sitio web del referido periódico en la siguiente dirección <http://archive.laprensa.com.sv/20070713/lodeldia/20070713/12980.asp>

La Prensa Grafica; **“Fiscalía encontró dos millones de dólares en cuentas de Perla”**; consultada el 1º de septiembre de 2010 en el sitio web oficial del referido periódico en la dirección electrónica siguiente: <http://archive.laprensa.com.sv/20040511/nacion/nacion13.asp>

Co-Latino; **“Caso ANDA: Mario Orellana afirma estar en “limbo jurídico”**, consultada el 1º de septiembre de 2010 en la dirección de dicho periódico en <http://www.diariocolatino.com/es/20100802/nacionales/82830/?&menu=%>

El Diario de Hoy; **“FGR cuestiona arresto domiciliario de edil Chicho”**, publicada el 29/08/2010. Consultada el 10/10/2010 en la dirección en

http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=6342&idArt=5094313

La Prensa Grafica; **“Osorto deberá enfrentar juicio”**, publicada el 29/01/2008. Consultada el 10 de octubre de 2010 en <http://archive.laprensa.com.sv/20080129/lodeldia/20080129/14604.asp?index=17>

La Prensa Grafica; **“Diputado Osorto busca dinero para pagar fianza”**; publicada el 25/02/2007. Consultada el 10 de octubre de 2010 en el sitio web de La Prensa Grafica, en esta dirección electrónica: <http://archive.laprensa.com.sv/20070225/nacion/724325.asp>

Diario Co Latino; **“Jueces toman como reto últimas Reformas a Ley de Procedimientos Constitucionales”**, publicada el 11/08/2006. Consultada el 9/10/2010, en el sitio web del periódico Co-Latino en esta dirección: http://www.diariocolatino.com/es/20060811/nacionales/nacionales_20060811_13398/?tpl=69

EL HERALDO (periódico hondureño), **“Por faltas graves, CSJ destituye a varios jueces. Los expedientes son remitidos por la Inspectoría de Tribunales, quien recomienda las medidas disciplinarias.”**; noticia publicada el 6 de mayo de 2010; y consultada el 31 de agosto de 2010 en <http://www.elheraldo.hn/Sucesos/Ediciones/2010/05/07/Noticias/Por-faltas-graves-CSJ-destituye-a-varios-jueces>

ANEXOS