

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2007
PLAN DE ESTUDIOS 1993



“LA FUNDAMENTACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL”

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO Y TITULO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTA:

YAZMIN ELIZABETH CAMPOS AVALOS

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

LIC. LEONARDO RAMIREZ MURCIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE 2008.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MASTER RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

MASTER 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

LICENCIADA BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA
COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICENCIADO LEONARDO RAMIREZ MURCIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO DE INVESTIGACION

DEDICATORIA

-A DIOS, el señor de mi vida.

-A MI MAMÁ y MI ABU, constructoras de mis valores cristianos.

-A CARLOS JOSUÉ, que eres la inspiración de mi existencia querido hijo.

-A MI ESPOSO, que es mi único y gran amor.

AGRADECIMIENTOS

- Agradezco especialmente al LICENCIADO LEONARDO RAMÍREZ MURCIA, el asesor del contenido de este trabajo, por el apoyo a esta investigación mediante sus observaciones críticas, muy acertadas.

- Al apoyo incondicional de MI QUERIDA FAMILIA.

- A MI HERMANA YAMILETH, gracias de the por tu sacrificio para graduarme

INDICE

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	2
1.2.1 Teórica.....	2
1.2.2 Práctica	2
1.2.3 Espacial.....	3
1.2.4 Temporal.....	3
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.4 MARCO DE REFERENCIA.....	5
1.4.1 Antecedentes de la Investigación	5
1.4.2 Marco Histórico	6
1.4.3 Marco Teórico Legal	9
1.5 NORMA JURÍDICA APLICABLE.....	12
1.5.1 Legislación Nacional	12
1.5.1.1 Constitución de la República de El Salvador.....	12
1.5.1.2 Código Procesal Penal de 1998, República de El Salvador	13
1.5.2 Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador.....	14
1.5.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos:	14
1.5.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:	14
1.5.2.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:.....	15
1.5.2.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos	15
1.6 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	16

1.6.1	Objetivo general.....	16
1.6.2	Objetivos específicos	16
1.7	SISTEMA DE HIPÓTESIS	17
1.7.1	Hipótesis General	17
1.7.2	Hipótesis Específicas.....	17
1.8	OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS	18
1.9	MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	21
1.9.1	Métodos.....	21
1.9.2	Técnicas de Investigación.....	21
1.9.2.1	Técnica de investigación Documental	21
1.9.2.2	Técnica de investigación de Campo	21
1.9.2.3	Unidad de Análisis o de Observación.....	22

CAPITULO II. GENERALIDADES HISTÓRICAS Y DOCTRINARIAS DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

2.1	HISTORIA UNIVERSAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES	23
2.1.1	Edad Antigua: Derecho Romano en relación con el Derecho Griego.....	23
2.1.1.1	Jurisprudencia romana vinculada a la lógica y geometría griega.....	24
2.1.1.2	El proceso jurisdiccional en el Derecho Romano y Derecho Griego.....	26
2.1.1.3	Ley de las XII Tablas en el Derecho Romano	31
2.1.2	Edad Media: dominio del Derecho Canónico (siglos IX al XV)	35
2.1.2.1	Ordalías o Juicios de Dios.....	36
2.1.2.2	Prueba legal o tasada	38
2.1.3	Edad Moderna: Regulación Jurídica de la Motivación	39
2.1.3.1	La Motivación en las leyes jurídicas dispersas (1700-1778) ...	39
2.1.3.2	Codificación del proceso penal (1789-1869).....	43

2.1.3.3 El proceso penal moderno español y la constitucionalización de la motivación en la época contemporánea (1882-1985)	46
2.2 HISTORIA DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO	50
2.2.1 Constitución de la República de El Salvador de 1983	50
2.2.2 Código de Instrucción Criminal de 1857	50
2.2.3 Código Procesal Penal de 1974.....	52
2.2.3.1 Requisitos y contenido del Auto de detención provisional exigidos en el Código Procesal Penal de 1974	54
2.2.4 Código Procesal Penal de 1998.....	55
 CAPITULO III. DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES	
3.1 PROVIDENCIAS JUDICIALES.....	57
3.1.1 Clasificación de las providencias judiciales	59
3.1.1.1 Sentencias.....	59
3.1.1.2 Autos	60
3.1.1.3 Decretos	61
3.1.2 Exigencia de la Motivación de las providencias judiciales.....	62
3.2 FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES.....	63
3.2.1 Función de garantía contra la arbitrariedad	64
3.2.2 Función de Explicación.....	66
3.2.3 Función de control de la Actividad judicial	66
3.3 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO: “MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES”	67
3.3.1 Definiciones de la Motivación de las Providencias judiciales según diversas corrientes jurídicas contemporáneas	68
3.3.1.1 Corriente describicionista	69
3.3.1.2 Corriente justificacionista	70

3.3.1.3 Corriente cognoscitivista	72
3.3.2 Definiciones de la Motivación de las providencias judiciales según la práctica judicial y pensamiento jurídico salvadoreño	72
3.3.2.1 Entrevistas a cinco profesionales salvadoreños (as) del derecho	73
3.3.2.2 Lectura de la Encuesta realizada a 50 estudiantes de derecho de la Universidad de El Salvador	77
3.3.3 Contenido lógico de la definición del concepto: “Motivación de las providencias judiciales” en la realidad jurídica salvadoreña	79
3.3.3.1 Sucinta explicación de la anterior definición.....	80
3.4 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	81
3.4.1 Sistema de la Prueba legal o tasada	82
3.4.2 Sistema de la Íntima Convicción.....	82
3.4.3 Sistema de la Libre Apreciación o Sana Crítica	83
3.5 Convicción judicial y sus grados de conocimiento	84
3.5.1 Convicción judicial.....	84
3.5.2 Grados de conocimiento de la Convicción judicial.....	85
3.5.2.1 Probabilidad	85
3.5.2.2 Certeza	86
3.5.2.3 Duda	87
3.5.3 Calidad de Verdad como finalidad del proceso penal moderno. visiones de la teoría jurídica tradicional y teoría del garantismo penal	87
3.5.3.1 Visión de la teoría jurídica tradicional	87
3.5.3.2 Visión de la teoría del garantismo penal	91

CAPITULO IV. DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

4.1 NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL	98
---	----

4.1.1	Naturaleza jurídica de la detención provisional	98
4.1.2	Características de la detención provisional.....	99
4.1.3	Requisitos que motivan la detención provisional	103
4.1.3.1	Requisitos imprescindibles	103
4.1.3.2	Requisitos generales	105
4.1.3.3	Requisitos ajenos al carácter cautelar	106
4.1.3.4	Críticas a los requisitos que motivan la detención provisional	107
4.2	LA PRUEBA INDICIARIA COMO FUNDAMENTO DE LOS REQUISITOS IMPRESCINDIBLES QUE MOTIVAN EL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL	109
4.2.1	La prueba indiciaria según la teoría jurídica tradicional	109
4.2.2	La prueba indiciaria según la teoría del garantismo penal	113
4.2.3	Clasificación y lugar de procedencia de los indicios.....	116
4.3	MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL	117
4.3.1	Definición del concepto: “Motivación del Auto de detención provisional”	117
4.3.2	Marco jurídico internacional de la detención provisional	119
4.3.3	Fundamentos de los requisitos que motivan la detención provisional contenidos en los Arts. 292 y 293 del Código Procesal Penal de 1998	120
4.3.3.1	Requisitos de la detención provisional del Art. 292 Pr. Pn. (1998)	123
4.3.3.1.1	Que se haya comprobado la existencia de un hecho Tipificado como delito	123
4.3.3.1.2	Sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o participe (Fumus boni iuris)	125
4.3.3.1.3	Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años (Periculum in mora)	127
4.3.3.1.4	Las circunstancias del hecho (Periculum in mora)	128

4.3.3.1.5 La alarma social que la comisión del delito haya producido	131
4.3.3.1.6 Frecuencia con la que se cometan hechos análogos.....	133
4.3.3.1.7 Si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar (Periculum in mora).....	134
4.3.3.2 Requisitos de la detención provisional del Art. 293 Pr. Pn. (1998)	135
4.3.3.2.1 Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario (Periculum in mora)	135
4.3.3.2.2 Cuando se considere que el imputado puede obstaculizar un acto concreto de investigación (Periculum in mora).....	137
4.3.3.2.3 Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles	138
4.3.3.2.4 Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.....	139
4.4 PROPUESTA DE LUIGI FERRAJOLI: “UN PROCESO SIN PRISIÓN PROVISIONAL”	139

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES	143
5.2 RECOMENDACIONES:.....	149
BIBLIOGRAFÍA	152
ANEXOS.....	160

INTRODUCCION

Presentamos a los estudiosos del Derecho una propuesta de investigación jurídica acerca de la *Fundamentación del Auto de detención provisional*, hemos aprovechado la oportunidad brindada por el hecho que nuestro esfuerzo sirve a la vez como último requisito académico para la acreditación de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, otorgando a nuestro favor una digna satisfacción.

Sin embargo, a la libre investigación le interesa recibir cuentas del contenido de este trabajo, entonces, hagamos una sucinta descripción de los resultados. La estructura general ha pretendido mantener una consistencia lógica entre cada uno de sus elementos dividiéndose en cinco Capítulos. El primero recoge el Diseño de investigación planteando, delimitando y enunciando su problema, expone la justificación, define los objetivos, elabora un sistema de hipótesis, y, menciona los métodos y técnicas para emprender esta labor. Los Capítulos II, III y IV son la ejecución del anterior diseño, por tanto, nos referiremos en detalle a sus aspectos técnicos especializados; el Capítulo V es el informe de las Conclusiones y Recomendaciones.

En el Capítulo II se ha estudiado la Historia de la Motivación de las providencias judiciales en dos sentidos: universal y nacional. El primero se concentra en los orígenes de esta institución procesal utilizando la periodización de la Historia Universal clasificada en las edades: antigua, media y moderna. Esta experiencia histórica demuestra que no es posible la comprensión científica de un objeto sin conocer su movimiento real a través del tiempo, por ejemplo, se descubre el hecho histórico de la influencia inicial de los métodos del lógico y geómetra griegos en la jurisprudencia romana durante la época antigua, y en materia de motivación los romanos la consideraron una obligación de carácter racional; otro ejemplo, que da fe de lo decisivo del

estudio histórico, es el hallazgo de la innovadora propuesta elaborada entre 1856 a 1869 por la Comisión de Codificación española para sentar las bases de la Ley Orgánica de los Tribunales y de Enjuiciamiento Criminal, sugiriendo la estructura de la fundamentación bajo el esquema de separar los motivos de hecho y de derecho para facilitar la actividad impugnativa, especialmente de la casación, manteniendo esto aún vigencia en el Art. 130 del Código Procesal Penal (1998), de nuestra República. En cuanto a la historia nacional del Derecho salvadoreño, nos concentramos particularmente en la Motivación del Auto de detención provisional.

El Capítulo III es la preparación de las teorías jurídicas para el análisis del objeto de estudio, aquí es oportuno mencionar a la *Teoría del garantismo penal* como línea científica seguida por esta investigación, claro está que sólo se incorporan algunos aspectos esenciales de su concepción sobre la motivación utilizando para ello el valor de contraste, por ejemplo, confrontando críticamente la visión de la verdad como finalidad del proceso penal moderno según aquella teoría con la visión de la verdad de la teoría jurídica tradicional. La reproducción de la anterior polémica enseña que la escogitación del juzgador entre la verdad real o material (visión de la teoría jurídica tradicional) y la verdad probable (visión de la teoría del garantismo penal) es la clave para caracterizar su pensamiento jurídico con respecto a la motivación. Por último, el producto principal de este Capítulo es la construcción lógica de la definición del concepto: *Motivación de las providencias judiciales*, la cual aspira convertirse en expresión teórica de nuestra realidad jurídica salvadoreña, con todo, la auténtica importancia de dicha definición es desempeñar en el Capítulo IV la función de guía de análisis.

El Capítulo IV es el tratamiento especializado de la Motivación del Auto de detención provisional iniciando por explicar la naturaleza, características y requisitos de procedencia de esta clase de medida cautelar; luego pasa al estudio de la Prueba indiciaria como fundamento de este Auto, donde se

administra otro valor de contraste al confrontar en esta temática nuevamente la teoría jurídica tradicional con la teoría del garantismo penal. El tema 3 podría considerarse el corazón de este esfuerzo investigativo, pues, define el concepto *Motivación del Auto de detención provisional*, y explica cada uno de los requisitos que motivan esta medida de conformidad a los artículos 292, 293 y 294 inc. 2º, del Código Procesal Penal de 1998, dicho tema tiene como base fáctica el estudio de 88 expedientes judiciales, distribuidos en 10 delitos, realizado en los Juzgados primero y quinto de instrucción de San Salvador. El último tema es la idea de un proceso sin prisión provisional propuesta por Luigi Ferrajoli, creador de la teoría del garantismo penal.

Ciudad Universitaria, San Salvador, El Salvador, noviembre de 2008.

CAPITULO I

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Motivación de las providencias judiciales posee en nuestros días dos dimensiones esenciales: como institución procesal limitadora del poder representa una de las mejores expresiones jurídicas de un Sistema Judicial informado por los principios del Estado Democrático y Constitucional de Derecho, y como garantía básica del debido proceso es una institución con una incidencia activa en la potestad de juzgar, otorgada a los Jueces (zas) y Magistrados (as) salvadoreños (as) por el Art. 172 de la Constitución.

En el ámbito procesal penal de El Salvador la concepción contemporánea de la actividad motivadora inicia con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1998, regulando en el Art. 130 la Obligación del juzgador y Tribunal de fundamentar las resoluciones, expresando los motivos de hecho y de derecho en que se basen las decisiones tomadas¹. El cumplimiento de la anterior Obligación por parte de los referidos funcionarios judiciales encierra dificultades no sólo de naturaleza técnica, en relación a la interpretación y aplicación de la ley penal, sino, también, enfrenta resistencias de algunos operadores del Sistema Penal contra la Cultura de la Motivación de las resoluciones. Esta tendencia es palpable por medio de prácticas que obstaculizan el desempeño de las funciones de la Motivación de las providencias judiciales, encontrándose por ejemplo: la práctica de no facilitar la impugnación, evitando la realización de la función de garantía contra la arbitrariedad de los juzgadores. Al examinar la Motivación de las Sentencias,

¹ Código Procesal Penal: Decreto Legislativo No 904, de fecha 4 de diciembre de 1996; Publicado en el Diario Oficial No 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997; inicio de vigencia en virtud de su art. 455 el 20 de abril de 1998.

Autos y cualquier tipo de resolución que lo amerite, bajo el parámetro de sus funciones es un acierto cuestionar la decisión de cualquier Juez o Tribunal que no logre asumirlas, y con mayor razón, si la decisión tomada afecta derechos y garantías constitucionales de los justiciables sometidos a la maquinaria de la administración de justicia.

El Problema de Investigación de la presente propuesta enuncia un cuestionamiento a la Motivación del Auto de detención provisional que afecta la libertad ambulatoria del imputado durante el transcurso del proceso penal, traducido en una violación al principio de inocencia, Auto para el caso del presente trabajo decretado o ratificado por el Juez de Instrucción.

1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Teórica

El tema objeto de investigación se orienta a determinar si la Fundamentación del Auto de Detención Provisional ratificado o emitido por los Jueces de Instrucción es suficiente y adecuada según la concepción contemporánea de la motivación, comprendiendo, entre otros, los conceptos siguientes: Motivación, Auto, Detención Provisional, Constitucionalidad de las leyes, individualización de la Ley penal, Valoración de la Prueba Indiciaria, Medidas Cautelares; etc., los cuales serán definidos en el marco doctrinario.

1.2.2 Práctica

El Auto de Detención Provisional ratificado o emitido por los Jueces de Instrucción contiene una fundamentación o Motivación de la decisión tomada. Esta fundamentación debe aplicar el esquema dividido en motivos de hecho y de derecho como obligación establecida en el Art. 130, en relación a los

requisitos de procedencia de la detención provisional, estipulados en los Arts. 292, 293 y 294 inc. 2º, todos del Código Procesal Penal de 1998.

1.2.3 Espacial

Se estudiará la Fundamentación de los Autos de Detención Provisional ratificados o emitidos por los Jueces primero y quinto de Instrucción del distrito judicial de San Salvador.

1.2.4 Temporal

La presente investigación tendrá como base el estudio de la Fundamentación de los Autos de Detención provisional ratificados o decretados por los Jueces primero y quinto de Instrucción de San Salvador, durante el 1º de enero al 31 de julio del año dos mil siete.

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La necesidad de proyectar la obligación de Fundamentar el Auto de Detención Provisional como garantía de protección a la libertad ambulatoria del imputado constituye un reflejo del principio de inocencia, tanto en su faceta de tratamiento del imputado como en su faceta de regla de prueba.

Antes de iniciar la vigencia del Código Procesal Penal de 1998 la práctica judicial salvadoreña de la Motivación de las providencias era dirigida por los lineamientos de corte inquisitivo del Código Proceso Penal de 1974; luego de la derogatoria de este Código la anterior situación se mantuvo por algún tiempo en la transición hacia la concepción contemporánea de la actividad motivadora, lo cual repercutía gravemente en la realización de las anteriores facetas del principio de inocencia, pues, la aplicación de los criterios de la nueva

concepción, orientados a la integración de la Constitución, el Código Procesal Penal y la Resolución tomada, aún encontraba resistencias sutiles del pensamiento judicial reaccionario al control de la arbitrariedad.

La Detención Provisional como la medida cautelar más gravosa por restringir la libertad ambulatoria del imputado, tendiente a garantizar su comparecencia al enjuiciamiento y a la eficacia de los efectos de una posible condena, se ha convertido en el dispositivo de prevención general por excelencia del proceso penal, lo cual esta dando ha lugar a las prácticas abusivas de su aplicación, motivo por lo cual el Derecho Internacional Público siempre ha pretendido limitar como medida excepcional ²; en este sentido, el legislador buscando armonizar la tendencia contemporánea contenida en los Tratados Internacionales y principalmente en la Constitución de nuestra República, estableció un tratamiento amplio para la Detención Provisional en el actual Código Procesal Penal de 1998, comprendido desde el art. 292 al art. 296, en los cuales estipula requisitos de procedencia, finalidad de la detención, criterios objetivos y subjetivos de su aplicación, medidas sustitutivas, forma y contenido del Auto de Detención Provisional; etc. Sin embargo, la actividad judicial de los últimos años ha sido cuestionada por diversos agentes de la corriente progresista del pensamiento jurídico salvadoreño señalando críticamente el uso como regla general de la Detención Provisional, que no ha permitido el desarrollo de una práctica judicial de esta medida como lo planteaba el origen del actual Sistema Penal de El Salvador.

Orientados en la anterior condición del moderno proceso penal la propuesta de esta investigación jurídica pretende mediante el análisis de esta

² Así, por ejemplo, se establece expresamente en el art. 9 punto 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo siguiente: "...La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo...", ratificado por El Salvador el 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. 218, Tomo 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

medida cautelar provocar el debate para reivindicar la aplicación de la detención provisional como una regla excepcional; y además pretende crear una fuente de información científica que coadyuve al planteamiento de cualquier medio difuso de control constitucional procedente para contrarrestar el uso de esta medida cautelar en los casos que ocurran violaciones a las facetas del principio de inocencia.

1.4 MARCO DE REFERENCIA

1.4.1 Antecedentes de la Investigación

Dentro de los distintos tipos de Procesos Penales, encontrados históricamente, el Sistema Acusatorio ha pretendido que la Detención Provisional constituya un mecanismo especialmente limitado para garantizar los resultados de la investigación, la cual, se convierte dentro de este modelo, un monopolio de la Fiscalía General de la República, pero que requiere el control judicial de sus actuaciones, y además, exige que los jueces apliquen la Detención Provisional como una Medida Cautelar de carácter excepcional.

Para la realización de la Detención Provisional como regla excepcional es necesario basar su Motivación o Fundamentación en la concepción contemporánea; esto consolidaría la conquista ante las arbitrariedades cometidas en el proceso inquisitivo, pues, los Juzgadores y Tribunales se someten a las garantías básicas del Debido Proceso, dentro de las cuales está: ejercer plenamente por parte del imputado su derecho a la defensa, y además mantener cierto control de la Actividad Judicial por medio de los recursos ante instancias superiores.

El proceso penal nacido en el Código Procesal Penal de 1998, que en sus orígenes al menos presentó un sistema mixto, todavía mantiene en su fase de Instrucción que el Juez dictará un Auto que contenga la ratificación, modificación o revocación de las Medidas Cautelares impuestas por el Juez de Paz, esto de conformidad al Art. 266 N° 1 de dicho Código, sin embargo, por obligación expresa en el Art. 130 Pr.Pn., dicho Auto deberá expresar con precisión los motivos de hecho y motivos de derecho en que se base esa decisión.

1.4.2 Marco Histórico

La historia de la Detención Provisional se remonta a viejos tiempos, iniciados desde que los pensadores comienzan a librar la batalla en defensa o conquista de la libertad de la persona humana. Desde el punto de vista jurídico, en Grecia, se identifica a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como libertad corporal, la justicia penal, aunque administrada de forma arbitraria, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias; fue en Roma donde se recobró la característica que, aun hoy en día, se reflejan en la legislación adjetiva de nuestra época; en los primeros tiempos del derecho romano, durante el periodo monárquico que, así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados podían a su discreción imponer esta medida como medio de coerción; en la Edad Media se utilizaban dos sistemas de enjuiciamiento de los inculpadados, la *acussatio*, proveniente directamente del derecho romano y el otro el *inquisitio*, constituyó el primero una protección a los derechos del imputado en virtud, tanto, del origen romano de su regulación como de los principios mismos que sustentaban este tipo de procedimiento. En cuanto al segundo sistema se le aceptaba como un mal repugnante, pero necesario, “los derechos del imputado solo eran objeto de una vaga

formulación”.³ Sin embargo, algunos autores opinan que la motivación de las sentencias inicia en Roma y especialmente en el derecho civil, siendo este el derecho común; como se verá más adelante, la explicación de la presencia o ausencia de motivos de la sentencia se atribuye tanto al tipo de técnica decisoria a que recurra el juicio judicial, a la concepción, dominante sobre el fundamento de la autoridad del juez, como a las circunstancias concretas en que cada Estado se desarrolla ya sea en la descentralización del derecho y la judicatura, como en la valoración o no del precedente judicial como criterio de certeza jurídica. En 1886 hasta 1945, en nuestro país, en el art. 28 de la Constitución se estableció que el competente para decretar la detención provisional era el juez de instrucción, es decir, que fue considerada por primera vez en la normativa constitucional⁴, desde ese año, su regulación en la ley suprema conserva sus rasgos esenciales, así como también, no supera su carencia de regulación. Así mismo en la Constitución de 1939 era el juez de instrucción quien la decretaba y fue a partir de 1950 hasta la vigente lo expresa que es tribunal correspondiente pudiendo ser el juez de paz o en la etapa preliminar correspondiéndole al juez de instrucción. Los cambios experimentados han sido detalles. Entre los rasgos comunes encontramos que la decisión del juez de Paz de decretarla o de ordenar la libertad del imputado debe ser pronunciada dentro del plazo de la detención para inquirir. Es también en la Constitución de 1886 que se fija un plazo máximo de detención.

Entre las carencias esenciales, que aun no se supera, tenemos que la Constitución no enumera los requisitos generales o los principios básicos que

³ RODRÍGUEZ 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, 1ª edición, 1981, México, D. F., pág. 18.

⁴ ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal; 1º edición, 1999, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, págs. 295 y 296.

el legislador debe atender al regular esta materia, o que el juez debe considerar para poder afectar la libertad de una persona.

La otra carencia, consiste en que no se alude la exigencia de que el plazo de la detención, es decir, que no debe dilatarse indebidamente o injustificadamente dicho plazo. Sin embargo, estos vacíos pueden colmarse mediante una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la detención provisional en la ley suprema.

El Código de Instrucción Criminal, en las reformas del año de 1957, se estableció en el Art. 66 que procederá la detención de una persona cuando se presuma que esta ha cometido un delito o falta y en el art. 70 que el juez podrá ordenar la detención sobre la persona sospechosa de haber participado en el delito que se investiga, de este auto se daba copia al Alcaide y este la registraba, pero así también, este Código regulaba la pena bajo fianza, otorgando esta siempre y cuando el delincuente no hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada, por delito anterior, excepto en los delitos de hurto, robo y lesiones dolosas ⁵. En el lapso de 1973 a 1974, se lleva a cabo en nuestro país, para superar antiguos ordenamientos penales, una reforma integral que consiste en: Código Penal, Procesal Penal, de Menores y ley del régimen de Centros Penales y de Readaptación; es de hacer notar que los Códigos Penal y Procesal Penal, promulgados en 1973, entraron en vigencia en 1974.

A finales de los ochenta El Salvador enfrenta un proceso de Reforma penal y legal, se decía estar inspirada en los elementos, principios y valores humanísticos que impregna nuestra Constitución, trascendiendo a una necesidad práctica, ya que en el sistema inquisitivo del Código Procesal Penal de 1974, había demostrado su ineficacia y estaba al borde del colapso. El Código de Instrucción Criminal mantuvo el procedimiento inquisitorio, la libertad

⁵ ASAMBLEA LEGISLATIVA, Recopilación de Leyes, Tomo III, junio 1956-enero 1960, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, pág 469.

condicional en este código hace referencia a medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Posteriormente, la detención provisional de individuos a los que se les imputa un delito, constituía una forma de encierro institucionalizada en El Salvador al hecho de que en el año de 1990 nuestro país ocupó el tercer lugar en Latinoamérica de reos sin condena, lo cual parece haber aumentado las críticas sobre la inconveniencia del encerramiento a los imputados⁶.

Las condiciones jurídicas relativas a la libertad y seguridad personal, especialmente en materia penal, forman parte de toda declaración, convención, pacto o cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos, y no solo en la legislación nacional.

1.4.3 Marco Teórico Legal

La dirección doctrinaria de la presente investigación comprende dos niveles, los cuales son: la doctrina jurídica que orienta las líneas generales para lograr los objetivos fijados, y la integración de las diversas doctrinas jurídicas especializadas. El primer nivel mencionado, acerca de la doctrina que orienta el análisis jurídico de este trabajo, tiene como referencia el método jurídico-realista o Método Dual, consistiendo este en estudiar y analizar los factores de tipo social, económico, cultural y político que influyen en el derecho. Además con este método se analiza y estudia el funcionamiento y eficacia real de la normas jurídicas concernientes al fenómeno investigado, una de las técnicas de investigación que se desarrollaran en el transcurso de este trabajo son: la investigación Documental, donde se consulta las fuentes bibliográficas del

⁶ Cortez Alvarenga, Alba Evelyn de; RESULTADOS DE UNA ENCUESTA SOBRE LA SEVERIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD; Revista de Ciencias Jurídicas, Derecho Penal. Derecho Constitucional; Año 1, N° 1, 1991; Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador, pág. 173.

derecho, como: revistas jurídicas, sentencias, jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, y la Legislación salvadoreña vigente. Otra técnica es la investigación de campo, que reunirá aspectos derivados de los indicadores explorados, utilizándose: la Entrevista dirigida con preguntas abiertas o cerradas a jueces y juezas de instrucción, abogados litigantes-penalistas; y la Encuesta de opinión dirigida a estudiantes de cuarto, quinto año y egresados de Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador.

Dentro de esta investigación se tendrá como unidad de Análisis o de Observación los Juzgados primero y quinto de Instrucción de San Salvador, en su potestad de ratificar o decretar el auto de detención provisional.

En el segundo nivel el esfuerzo se concentrara en la aplicación de doctrinas jurídicas especializadas del Derecho Penal y Procesal Penal así como del Derecho Constitucional que tienen como objeto de estudio los temas del Problema de Investigación. La Teoría General del Delito, Teorías de las Providencias Judiciales, Teoría de la Prueba Penal, y los últimos avances en la doctrina de la "*Motivación de la Sentencia*" que reivindica una "Cultura de la Motivación", en palabras de Luigi Ferrajoli. En materia Constitucional se siguen los planteamientos de los tratadistas españoles acerca de las garantías básicas de la Tutela Legal Efectiva conocida dentro del derecho anglosajón como Debido Proceso Legal, es decir, se intentara con los principios Constitucionales de Inocencia, Legalidad, Libertad, Defensa, Juicio previo, etc., examinar constitucionalmente la Motivación del Auto estudiado. Este conjunto de teorías jurídicas constituyen el referente doctrinario del presente trabajo.

Por último, es procedente aclarar expresamente que los dos niveles doctrinarios explicados anteriormente forman un sistema armónico de análisis que contribuye cada uno en su esfera a la construcción de los resultados de la investigación.

Es preciso conocer las siguientes figuras, importantes en la investigación, para el pleno entendimiento del tema:

AUTO: Es una resolución judicial durante el proceso que no resuelve el asunto en lo principal.

CONSTITUCIONALIDAD: Calidad de constitucional. Conformidad o compatibilidad de una ley común con respecto a la Constitución del Estado// En estricto sentido jurídico constituye la subordinación o adecuación de las leyes, decretos, ordenanzas o resoluciones que dicta el poder público, a las leyes fundamentales o constitucionales. Toda disposición normativa debe reunir esa cualidad

DETENCIÓN: En derecho penal, estado del individuo retenido en una cárcel// Privación de la libertad de quien se sospecha autor de un delito

DETENCIÓN PROVISIONAL: privación de la libertad ambulatoria del imputado, que tiene la finalidad de asegurar la eficacia de la investigación y los efectos de una posible sentencia condenatoria

FUMUS BONI IURIS (apariencia de buen derecho): requisito imprescindible para decretar una medida cautelar, constituido por un juicio provisional de imputación.

PERICULUM IN MORA (Peligro de fuga): requisito imprescindible que comprende una serie de motivos que acreditan el peligro de fuga del imputado, lo cual es el fundamento por excelencia de la procedencia de la detención provisional.

JUEZ: Es la persona designada por el Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional.

MEDIDA CAUTELAR: Calificada también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud

de as partes o de oficio para conservar el litigio, así como para evitar un grave daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: Es el proceso cognoscitivo del juzgador que tiende a buscar la convicción acerca de la existencia del delito y la autoría o participación del imputado, con base a la prueba y argumentos de las partes, que tiene como resultado una decisión previamente señalada por la ley.

PRISIÓN PREVENTIVA: Medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto, a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia

1.5 NORMA JURÍDICA APLICABLE

La legislación aplicable al tema de investigación y aplicables al problema esta contemplado tanto en normativa nacional como en instrumentos jurídicos internacionales los cuales tenemos:

1.5.1 Legislación Nacional

1.5.1.1 Constitución de la República de El Salvador

En esta norma fundamental encontramos contemplada la regulación de la detención provisional no de una manera explícita sino de manera muy vaga y es en el Art. 13 inc. 1 cuando dice: “.Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá decretar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley....”, y más adelante se analizará sobre este artículo.

1.5.1.2 Código Procesal Penal de 1998, República de El Salvador

-Art. 130 “Es obligación del juzgador o tribunal fundamentar, bajo pena de nulidad las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.”

-Art. 292. con título Detención Provisional, este artículo establece los requisitos que deben concurrir para decretar la detención provisional, entre estos tenemos: en su numeral uno “...Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; ; y,” en su numeral dos que el máximo de prisión que tiene señalado el delito sea mayor a tres años y cuando sea menor el juez puede decretarla si considera que sea necesaria, siendo esto último una excepción a los requisitos anteriores, pero también debe atender otras circunstancias del hecho, entre las que se encuentra la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan los hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

Otros Casos de Detención Provisional contemplado en el Art. 293. - en el que se establece los casos en que Procederá también la detención provisional como por ejemplo: Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario; Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, Cuando por el comportamiento del imputado el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles; Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional. En el Art. 296, bajo el título: Forma y Contenido de la Decisión, se establece el contenido del auto que imponga la detención provisional o internación.

1.5.2 Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador

1.5.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Art. 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y seguridad de su persona.

Art. 8 Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, ni preso ni desterrado.

1.5.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Art.9.1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Además, se establece el derecho de información y legalidad de su detención, debido proceso, y demás garantías que le asisten como imputado

Art. 9.3 La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o de cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Art. 9.4 Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de su detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión ilegal.

Art. 10.1 Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

1.5.2.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Art. XXV principio de legalidad y prohibición de prisión por obligaciones civiles. Además, la obligación que la persona sea tratada humanamente mientras dure su detención.

Art. XXVI, la presunción de inocencia, y el derecho al debido proceso son los principios que se enuncian en este apartado.

1.5.2.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 7.1.2.3.4.5.6.7 referido al derecho de libertad y seguridad personal, en el que se menciona que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios haciendo alusión, además, del derecho de información del imputado por las causas de su detención y la legalidad de esta. Así como, la prohibición de la prisión por deudas

Art. 9. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

1.6 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 Objetivo general

Determinar si la Fundamentación del Auto de Detención Provisional ratificado o emitido por los Jueces y Juezas de Instrucción, cumple con los requisitos de procedencia del Código Procesal Penal.

1.6.2 Objetivos específicos

- a) Verificar los parámetros de control de la Fundamentación o Motivación del Auto de Detención Provisional emitido por los Jueces 3º y 5º de instrucción de San Salvador y la medida en que ésta afecta los derechos conexos del imputado.
- b) Establecer las funciones que cumple la Fundamentación o Motivación de las resoluciones judiciales, y como estas se reflejan en la sociedad en general.
- c) Examinar cómo los Jueces 1º y 5º de Instrucción del distrito judicial de San Salvador realizan la integración de los elementos estructurales que constituyen la Motivación del Auto de Detención provisional, y la manera que estos son presentados en la exposición de los motivos de hecho y motivos de derecho en los que se basa la decisión tomada.
- d) Conocer el criterio racional seguido por la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en relación a la Motivación del Auto de Detención Provisional en contraste con el criterio aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos según el Derecho internacional Público.

1.7 SISTEMA DE HIPÓTESIS

1.7.1 Hipótesis General

La Fundamentación del Auto de Detención Provisional ratificado o emitido por los Jueces de Instrucción no cumple suficientemente con las exigencias del Código Procesal Penal.

1.7.2 Hipótesis Específicas

- a) Entre más suficiente, apropiada y correcta es la Motivación, existe mayor seguridad jurídica;
- b) Entre menos independencia e Imparcialidad judicial exista, mayor es la afectación en la ratificación o emisión del Auto de Detención Provisional de los Jueces 3º y 5º de Instrucción de San Salvador;
- c) Los derechos constitucionales del imputado son afectados por una insuficiente o inapropiada Motivación del Auto de Detención Provisional;
- d) Las funciones que cumple la Motivación dentro del proceso penal son reflejadas en la sociedad en general como una garantía;
- e) A mayor conocimiento de la concepción jurídico-doctrinaria de la Motivación del Auto de Detención provisional de los Jueces de Instrucción del distrito Judicial de San Salvador menor vulneración del derecho de la libertad

1.8 OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS

HG.: La Fundamentación del Auto de Detención Provisional ratificado o emitido por los Jueces de Instrucción no cumple suficientemente con las exigencias del Código Procesal Penal.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	La Fundamentación del auto de detención provisional	Efecto	No cumple con las exigencias del Código Procesal Penal
Indicadores	-Ratificación o emisión del auto de detención provisional -Concepción jurídico doctrinaria de la motivación de la sentencia	Índices	- Control Constitucional - Código Procesal Penal - Doctrina

HE1: Entre más suficiente, apropiada y correcta es la Motivación, existe mayor seguridad jurídica.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	Entre mas suficiente, apropiada y correcta es la Motivación,	Efecto	existe mayor seguridad jurídica
Indicadores	- Concepto de Motivación -Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional	Índices	-Control de la legalidad -estudio y análisis de casos Conformidad de la sociedad

HE2. : A menor independencia e Imparcialidad de los jueces 1º y 5º de Instrucción de San Salvador mayor será la deficiencia de su Ratificación o Acuerdo de la Detención Provisional.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	A menor independencia e Imparcialidad de los jueces 1º y 5º de Instrucción de San Salvador	Efecto	mayor será la deficiencia de su Ratificación o Acuerdo de la Detención Provisional.
Indicadores	- criterio judicial - arbitrariedad judicial	Índices	- violación derechos constitucionales - inseguridad jurídica

HE3: Al existir una inadecuada Motivación del Auto de detención provisional se desvanecen todas las garantías constitucionales.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	Una inadecuada Motivación	Efecto	Desvanecimiento de todas las garantías constitucionales.
Indicadores	- Constitución - Código Penal y Procesal Penal	Índices	- Requisitos de la detención provisional - Motivos de hecho y motivos de derecho

HE4: Las funciones que cumple la Motivación dentro del proceso penal son reflejadas en la sociedad en general como una garantía.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	Las funciones que cumple la Motivación dentro del proceso penal	Efecto	son reflejadas en la sociedad en general como una garantía
Indicadores	<ul style="list-style-type: none"> - control frente a la arbitrariedad judicial - explicación de razones - justificación 	Índices	<ul style="list-style-type: none"> - reacción social - opinión de los sectores involucrados

HE5: A mayor aplicación de la teoría jurídica progresista para acordar la detención provisional menor será la violación a la presunción de inocencia por parte de los Jueces de Instrucción de San Salvador.

Variable Independiente		Variable Dependiente	
Causa inmediata	A mayor aplicación de la teoría jurídica progresista para acordar la detención provisional	Efecto	menor será la vulneración a la presunción de inocencia por parte de los Jueces de Instrucción de San Salvador
Indicadores	<ul style="list-style-type: none"> -criterio judicial -principios de la detención provisional -efectiva aplicación de la normativa 	Índices	<ul style="list-style-type: none"> -seguridad ciudadana -control Constitucional

1.9 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1 Métodos

La presente investigación, se pretende realizar a través del método jurídico-realista o Método Dual, el cual consiste en estudiar y analizar los factores de tipo social, económico, cultural y político que influyen en el derecho. Además consiste en analizar y estudiar el funcionamiento y eficacia real de las normas jurídicas concernientes al fenómeno investigado.

1.9.2 Técnicas de Investigación

1.9.2.1 Técnica de investigación Documental

Esta técnica se basa en la consulta bibliográfica de fuentes formales del derecho, es decir, doctrina jurídica que ha sido elaborada por conocedores del derecho, revistas jurídicas, sentencias, jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, y además tomar el auxilio de la Legislación salvadoreña vigente.

1.9.2.2 Técnica de investigación de Campo

Esta constituye un soporte a la técnica de investigación documental, y consiste en la recopilación de aspectos que derivan de los indicadores que se desean explorar, en el presente trabajo comprenderán las siguientes:

- Entrevista Dirigida: a tres abogados (as) penalistas;

- Entrevista Dirigida: a dos jueces de Instrucción de San Salvador.

- Encuesta de opinión: con una muestra de 50 estudiantes de cuarto, quinto año y egresados de Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador.

1.9.2.3 Unidad de Análisis o de Observación

Las unidades de análisis y de observación que se tomara en cuenta en la investigación son:

- a) Juzgados Primero y Quinto de Instrucción de San Salvador;
- b) Jueces de Paz de San Salvador;
- c) Profesores de Derecho Procesal Penal y Derecho Constitucional;
- d) Abogados penalistas;
- e) Estudiantes de Ciencias Jurídicas de Cuarto y Quinto año y Egresados de la Universidad de El Salvador.

CAPITULO II

GENERALIDADES HISTÓRICAS Y DOCTRINARIAS DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

2.1 HISTORIA UNIVERSAL DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Este Capitulo trata la Historia universal de la institución procesal de la Motivación de las providencias judiciales, analizando sus diversas fases de desarrollo, exponiendo las condiciones históricas que han determinado su contenido y descubriendo las doctrinas jurídicas utilizadas por los jueces para fundamentar las decisiones tomadas. Un aspecto que se destaca es la relación encontrada de la motivación con los distintos modelos de procesos penales históricamente conocidos, de los cuales depende su concepción y práctica judicial.

La periodización sigue la clasificación del tiempo por Edades, que hace la Historia Universal, las cuales están divididas en: antigua, media y moderna. Luego de esta parte general, se concentra el estudio en precisar la evolución de la motivación de las providencias judiciales dentro de la historia del derecho salvadoreño, así como también, el tratamiento recibido particularmente en los órdenes jurídicos procesal-penal, haciendo énfasis en la motivación del Auto de detención provisional.

2.1.1 Edad Antigua: Derecho Romano en relación con el Derecho Griego

Si bien es cierto, la Edad antigua de la Historia jurídica, por lo general, tiene como punto de partida el Derecho Romano, de la República o del Imperio;

y que es atribución de los jurisconsultos romanos el origen de la ciencia jurídica, también es un hecho histórico que los métodos científicos creados por los pensadores griegos fueron utilizados por aquéllos para elaborar su *Jurisprudencia*, y que además, el Derecho Griego registra las más primitivas, al menos dentro de la historia del derecho occidental, relaciones jurídicas propiamente dichas, por lo que, es necesario plantearse la naturaleza de la relación inicial que tuvo el Derecho Romano con el Derecho Griego, precisando la estructura del proceso jurisdiccional en ambos ordenes jurídicos, y la manera cómo motivaban las resoluciones los jueces.

2.1.1.1 Jurisprudencia romana vinculada a la lógica y geometría griega

El nexo del Derecho Romano con el Derecho Griego, en sus orígenes, se identifica en la relación de los métodos de los lógicos y geómetras griegos con la jurisprudencia romana, consistiendo dicha relación en que aquéllos sirvieron de fundamento metódico para la creación de la ciencia jurídica romana, en este sentido se orienta la siguiente exposición:

“...por ‘scientia` en el mundo cultural romano del último siglo de la República se entiende, primeramente, `la organización sistemática de una disciplina realizada mediante la *divisio por genera y partes` ; en segundo lugar, `el fundamento y constitución del conocimiento mediante la aplicación de los dos métodos usados por los lógicos y geómetras: la observación de lo singular...que conduce a la obtención de principios y el mecanismo de deducción que, partiendo de los principios, permite la obtención de nuevos enunciados.*

...Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendrían a fundamentar el edificio de la jurisprudencia romana.

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible (i.e. el material jurídico dado). Las generalizaciones obtenidas por inducción serán usadas como premisas para la deducción de enunciados (sobre las consecuencias y alcances del derecho observado)”⁷

Sin embargo, aunque el propósito es llamar la atención de este hecho histórico no se pretende disminuir la labor de los jurisconsultos romanos, sino, solamente destacar la relación inicial entre el Derecho Romano con el pensamiento de la Grecia clásica, que generalmente no aparece de forma clara planteado en la mayoría de la literatura de la historia jurídica. Por lo anterior, es necesario aclarar que la jurisprudencia romana goza de autonomía en cuanto a sus resultados, pues, éstos tenían como fuente la experiencia jurídica propia del Derecho Romano, el conjunto de reflexiones que durante siglos habían hecho pontífices y jurisconsultos y, además, la creación de instituciones jurídicas propias de la costumbre romana. Lo anterior lo respalda el siguiente planteamiento:

“Quien observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percata de la verdad del paralelismo que Leibnitz –de quien, creo, nadie dudara de que conocía la “ciencia clásica”- encuentra entre ambos. Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia...; pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobrepasada por la influencia griega...”⁸

⁷ Tomayo y Salmorán, Rolando; El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica; 1º edición; 1984; Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones jurídicas; Serie G. Estudios doctrinales num. 86; pág. 130.

⁸ Ibidem; pág. 129.

2.1.1.2 El proceso jurisdiccional en el Derecho Romano y Derecho Griego

Descartando la tesis que afirma que la administración de justicia tiene su origen en el acuerdo voluntario entre los hombres a someterse a un arbitraje pacífico, es procedente rastrear en la historia del derecho cómo una vez controlado por el Estado el uso privado de la fuerza para la resolución de las controversias éste logra imponer poco a poco una estructura en cuyos elementos esenciales encontramos los vestigios de los Tribunales judiciales modernos, y que además, en su estudio se descubre también el tipo de proceso jurisdiccional que desarrollaban y cuáles eran las bases doctrinarias en que motivaban sus decisiones los Jueces. Para este análisis se continuara en el orden de la relación del Derecho Romano con el Derecho Griego, fijando la identidad de los procesos jurisdiccionales romano y griego.

Curiosamente, no es la obra de un jurista de la época que registra el primitivo proceso jurisdiccional griego, sino, es el genio del poeta Homero el que describe en la *Ilíada* ciertas ceremonias de los siglos V y VI a. de C., en las que participaban la comunidad, las partes en litigio, los ancianos respetados y la autoridad, en una articulación de funciones que nítidamente definen una Administración de justicia; leamos el siguiente planteamiento:

“El más antiguo registro de un proceso jurisdiccional en la antigua Grecia es el que el dios Hefesto grabó en el escudo de Aquiles:

La gente estaba reunida en el lugar de asamblea. Aquí, una disputa había surgido y dos hombres disputaban sobre el precio de un hombre asesinado; uno, afirmaba haber pagado todo, exponiendo su caso al pueblo; mientras que el otro negaba haber recibido algún pago y ambos estaban dispuestos a obtener una resolución de manos de un componedor. La gente aclamaba a

ambos, tomando partido de uno u otro lado y los heraldos estaban conteniéndoles atrás. Los viejos se encontraban sentados en asientos de piedra en solemne círculo y tenían en sus manos los bastones de los heraldos de fuerte voz. Entonces ellos se levantaban y pronunciaban su juicio, uno por uno. En el centro se encontraban dos talentos de oro para darlos a aquel de entre ellos, que pronunciara la decisión más justa.”⁹

El anterior texto revela cómo las comunidades griegas comenzaron a utilizar un mecanismo para controlar el uso privado de la fuerza, el cual incorpora elementos propios de un proceso jurisdiccional, que en opinión de algunos reflejaba el procedimiento ordinariamente seguido en el pleito privado de los litigantes; veamos la cita siguiente:

“...En la primitiva administración de justicia los procedimientos eran una ceñida imitación de la serie de actos que con toda probabilidad habrían de realizarse en la vida privada por personas que disputaran, pero que, inmediatamente, veían que su contienda era calmada”¹⁰

Volviendo a la ceremonia griega relatada en los versos de la Ilíada, arriba referidos, el mejor paralelo de ese proceso jurisdiccional primitivo dentro del derecho comparado de la época son las *legis actiones* del proceso antiguo del Derecho Romano. La característica jurídico-procesal de las *legis actiones* era el rol que desempeñaban dos diferentes autoridades en su función judicial; veamos lo que sigue:

“El procedimiento se divide en dos fases de acción; se desenvuelve ante diferentes autoridades –el *iudex* es un particular, en función de autoridad-, en

⁹ Ibidem; págs. 173 y 174.

¹⁰ Ibidem; pág. 176 y 177.

diferentes lugares, en diferente tiempo. Esta división data de antigua fecha. Como de costumbre, la reforma es atribuida a Servio Tulio. Como he señalado, el procedimiento de las *legis actiones* se caracterizaba por una manifiesta división en dos etapas. La primera, *in iure*, tenía lugar ante un magistrado (al principio, el *rex*; luego, el *cónsul*; después, el *praetor*) bajo cuya supervisión se sustanciaban todos los preliminares. En la segunda etapa, *apud iudicem*, la controversia se decidía”¹¹

La intervención de la autoridad por medio del *iudex*, las dos etapas en que se dividía el juzgamiento, el sometimiento de los litigantes a la resolución definitiva, que caracterizan el proceso romano, así como el rol desempeñado por los Heraldos, la participación de los ancianos cabezas de clanes y el control de la asamblea en la decisión final, para el caso del proceso griego, constituyen los elementos análogos que los identifican, además de representar los vestigios de los principios básicos de los modernos procesos judiciales (oralidad, publicidad, mediación, concentración, formulación de acusación, derecho de defensa, etc).

Para terminar esta línea de relaciones entre el proceso jurisdiccional primitivo de los griegos y las *legis actiones* de los romanos, se copia el siguiente texto:

“Regresemos ahora a *Ilíada*, XVIII, 497-508 y examinemos la función de los protagonistas. La participación de una autoridad emergente resulta obvia de la mera mención de los heraldos...A lo largo de toda la historia griega los heraldos aparecen como servidores de la autoridad establecida.

¹¹ *Ibidem*; págs. 175 y 176.

La tarea de los heraldos consistía en el mantenimiento del orden en la asamblea pública, impidiendo que la gente tomara partido...La mención de los heraldos es prueba de la intervención del *imperium* de la autoridad gobernante en la preparación del proceso.

Los viejos eran ciertos respetados representantes de la comunidad, posiblemente, cabezas de clanes...los cuales habían sido investidos por la autoridad del poder de decisión. Los viejos sostenían los bastones que los heraldos habían puesto en sus manos...Con la designación de los “jueces” el procedimiento *in iure* terminaba.

Ciertamente el texto homérico no se refiere a un sólido y consolidado sistema judicial. Sin embargo, no podemos interpretar el verso 501 como un sometimiento voluntario al arbitraje. Aunque de carácter primitivo, Homero describe un verdadero proceso jurisdiccional. Lo anterior se revela por cierta evidencia incuestionable: el carácter público de la ceremonia, la participación activa de la gente y la autoridad.”¹²

En cuanto al contenido doctrinario, funciones, requisitos de validez, etc., de la motivación de las providencias judiciales, éstas manifiestan un rasgo esencialmente político, pues, en la dinámica del proceso la autoridad se limitaba, por medio de los heraldos, a garantizar el respeto que la comunidad participante y las partes debían tener al orden público, así como también, por el hecho que el papel desempeñado por el círculo de “viejos” (ancianos respetados, jefes de clanes) investidos de poder de decisión, en la práctica únicamente significaba la presentación de propuestas de solución del problema, dentro de las cuales la asamblea tenía la función de elegir la decisión más “justa”, quiere decir, entonces, que la legitimidad política de la

¹² Ibidem; págs. 178 y 179.

motivación derivaba del consenso del poder popular. Esto es respaldado por el texto siguiente:

“...McDowell esta en lo cierto cuando afirma que la razón por la que las decisiones eran pronunciadas en el lugar de reunión era porque, precisamente, las decisiones tenían que estar de acuerdo con el sentimiento del pueblo ahí reunido...

Insistiendo en el carácter público del proceso, permítaseme consignar la opinión del profesor Levy-Bruhl. El proceso jurisdiccional –sostiene- implica la intervención del grupo social. Todo proceso expresa la opinión del grupo a través de la decisión judicial, que constituye su terminación normal. Es aquí –señala Levy-Bruhl- donde se marca la diferencia entre el proceso, propiamente dicho, y el arbitraje privado.

El público no era una masa de espectadores mudos. La gente se reunía para algo. Su necesaria participación se evidencia por el hecho de que las partes, durante sus alegatos, se dirigían al público, no a los ancianos...

Los ancianos pronunciaban sus decisiones uno por uno (verso 506). Pero ¿cuál era la decisión que prevalecía? Dos talentos de oro habrían de entregarse a aquel cuya decisión fuera estimada la más justa. ¿Quién va a determinar cuál es la decisión más justa?...La decisión final era tomada por el pueblo ahí reunido...Frente a varias decisiones, pronunciadas ante el público, la decisión final era aquella que recibía la mayor aclamación.

Difícilmente se puede decir que el público tuviera una especial habilidad en materia de derecho. Sin embargo, lo que sí tenía era poder...

Si la última decisión es pronunciada por el público, es fácil entender por qué las partes, al exponer sus argumentos, se dirigían a él y no a los ancianos.”¹³

2.1.1.3 Ley de las XII Tablas en el Derecho Romano

El estudio del Derecho Romano clásico tiene en la Ley de las XII Tablas la principal fuente de reflexión. Su creación se entiende que fue entre los años 301 al 304, a propósito de un viaje que una comisión especial realizó con esta finalidad a ciertas ciudades griegas, publicando diez tablas que posteriormente fueron complementadas por otras dos tablas, leamos el párrafo siguiente:

“...Hacia el año 301, tres patricios fueron enviados a las ciudades griegas de la Italia Meridional, donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor...Regresaron al cabo de un año, trayendo las leyes griegas...

En 303, año que sigue al regreso de la legación, las magistraturas ordinarias fueron suspendidas de común acuerdo, y todos los poderes fueron confiados a diez magistrados patricios...los *decenviros*, que fueron encargados de hacer la ley. Al cabo de un año publicaron sus trabajos, escrito sobre diez tablas, que recibieron la consagración de un voto de los comicios por centurias. Pero esta legislación pareció insuficiente, y, en 304, se eligen otros *desenviros*, que redactaron dos nuevas tablas, complemento de las diez primeras...”¹⁴

¹³ *Ibidem*, págs. 179 y 180.

¹⁴ Petit Eugéne, Tratado elemental de Derecho Romano, traducción de la 9^o edición francesa y aumentado con copiosas notas por D. José Fernández Gonzáles, edición especial de Editorial Jurídica Salvadoreña, 2^o edición, 2004, San Salvador, El Salvador, pág. 46.

Con base a la sistematización de las *Doce Tablas* debió darse ha lugar la practica judicial de la Motivación como un juicio intelectual del juzgador, que tenia como premisas los procedimientos del *ius civile* y los postulados de la jurisprudencia. En este sentido, el español Federico Edmundo Pino Salazar afirma que:

“...en el Derecho Romano las sentencias debían ser razonadas, aunque no existiera obligación legal para ello.”¹⁵

Por otra parte, el chileno Dr. Jaime Williams tiene la interesante explicación que reflexionaremos críticamente, veamos su contenido:

“En efecto, en Atenas y en Roma el juez debía fundar sus resoluciones en la ley. Pero ésta se concebía en dos formas. Una, la de hoy, la de ley como ejercicio de la potestad pública o de imperio. Su campo propio era la organización del Estado. Y, otra, en sentido científico o racional, como norma proveniente de la opinión de los jurisconsultos y del edicto del pretor. En Roma, pues, el derecho no significaba sólo la ley potestativa, sino los **criterios prudenciales** sobre lo justo, que no ligan la voluntad (no obligan) sino la razón. Como puede verse son criterios extrínsecos al juez a los que éste se atiene en la medida en que los juzga razonables para el caso. Lo que si le estaba vedado era inventarse criterios so pretexto de equidad”¹⁶

¹⁵ Pino Salazar, Federico Edmundo, LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROYECTO DE LA LEY PROCESAL DE FAMILIA; Revista del Ministerio de Justicia, 4º Época – Nº 2, Ediciones Último Decenio, Centro de información Jurídica, El Salvador, 1994, pág. 71.

¹⁶ Williams Jaime Dr., REFORMAS A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN CHILE; Memoria de la “Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal”; Ministerio de Justicia; República de El Salvador; octubre de 1991; San Salvador, El Salvador; págs. 5 y 6.

La idea central expuesta por el Dr. Jaime Williams es que la Motivación responde a criterios prudenciales de lo justo, los cuales sirven de base al razonamiento del juzgador, sin embargo, su aplicación no es de necesaria obligatoriedad, en la medida que no es exigida, pero sí existe la prohibición de inventar criterios con el pretexto de equidad.

En contraste con la anterior explicación, en nuestra opinión, ésta revela algunos desaciertos en la historia de la dogmática jurídica romana que ha continuación puntualizamos:

-El primer desacierto plantea que los prudentes o jurisconsultos romanos se orientaban por el significado vago ¹⁷ de lo “justo” ¹⁸, lo cual niega de hecho que la sistematización de la jurisprudencia fue construida con los métodos del lógico y geómetra griegos, basados solamente en la demostración científica, veamos la lectura siguiente:

“Al convertirse la jurisprudencia en una ciencia profesional de tipo helénico, su alta especialización produjo una clara separación de la demás reflexión social y filosófica. Desde entonces, existe una nítida división entre el derecho y la religión, por un lado, y entre el derecho y la moral, por el otro... Este cambio de concepción que alejaba a Roma de los rituales primitivos del derecho puede evidenciarse por el hecho de que “el fundador de la

¹⁷ “Una palabra tiene un significado vago cuando su aplicación no tiene límites definidos... existe un grupo de objetos a los cuales no sabemos propiamente si podemos aplicar dicha palabra, problema sobre el cual el lenguaje no nos proporciona criterios objetivos de decisión. Dicha aplicación será, siempre, más o menos arbitraria...”; Tomayo y Salmorán, Rolando; ob. cit. Pág. 106.

¹⁸ Podría objetarse que parte del Derecho Romano pudo tener cierta orientación *iusnaturalista*, sin embargo, es más abundante el material de apoyo que documenta que aquél se desarrolló plenamente con fundamentos del Positivismo jurídico, y, que el *iusnaturalismo* aparece dominante durante la Edad Media como principio metódico del Derecho Canónico, el cual fue extensivo a todas las materias del derecho.

jurisprudencia”, Q. Mucio Scaevola, *pontifex maximus*, escribe un tratado que hace época sobre el *ius civile*, pero ninguno sobre el *ius sacrum*”¹⁹

-El segundo desacierto consiste en pasar de largo que en este momento la jurisprudencia romana es una condición necesaria de la aplicación del derecho, por lo tanto, los criterios prudenciales eran una necesidad técnica del razonamiento del juzgador haciendo que su utilidad sea inevitable, así, el juez al no juzgar razonables unos criterios, en nuestra opinión, debió buscar otros criterios que sí se ajustarían a la resolución del caso concreto, por eso es más correcto interpretar que la prohibición de inventar criterios propios so pretexto de equidad, obedecía a que éstos tenían que buscarse siempre en la jurisprudencia vigente; así tenemos:

“...como es sabido, el derecho romano se “hizo cierto” con la aparición de las *Doce Tablas* y conociendo el carácter público de sus procedimientos, la idea del “secreto” y la guarda celosa del derecho, a mi juicio, sólo puede explicarse así:

Aunque el derecho, en su forma abstracta era susceptible de ser conocido por todos, su [modo de] aplicación y su *significado interior* habían pasado a manos de una profesión sin cuya ayuda el lego no podía hacer uso de él; tal profesión creó un cuerpo de esotéricas reglas subsidiarias de procedimiento e *interpretación* en virtud de las cuales el mero conocimiento del derecho legislado devino impráctico y casi inútil.”²⁰

¹⁹ Tomayo y Salmorán, Rolando; ob. cit; pág. 137.

²⁰ Ibidem; págs. 126 y 137.

2.1.2 Edad Media: dominio del Derecho Canónico (siglos IX al XV)

En lo jurídico-procesal penal, la alta Edad Media (siglos XIII y XV) se caracteriza por la versión genuina del proceso penal de corte inquisitivo, el cual sirvió de instrumento de control a la Iglesia Católica que había consolidado el dominio político y económico en la mayoría de países de Europa. La escolástica católica de la época impone sus criterios, influenciando burdamente al orden jurídico a través de los principios del Derecho Canónico. En la historia del derecho como en la ciencia en general esta es la edad retrograda de la ciencia jurídica.

El proceso inquisitivo utiliza cualquier medio para investigar la verdad, incluyendo la tortura, considerando objeto y órgano de prueba al imputado. El juez formularía la acusación y a la vez tomaría la decisión final.

Según la crítica de la *Teoría del garantismo penal*, el modelo inquisitivo es, dentro de lo ético-político, resultado del autoritarismo de las Monarquías absolutas que concibe la potestad punitiva sin ninguna restricción; y desde la eficacia investigativa, el proceso inquisitivo es inoperante; veamos este enfoque:

“...el proceso inquisitivo...representa la máxima concentración de poder que cabe en el marco procesal, supuestamente en *garantía de la verdad*. De una verdad en sentido *fuerte*, que por su relevancia, por su carácter absoluto, justifica y reclama la utilización de cualquier medio preciso para su obtención, incluida la tortura.

De aquí la constitución del reo en puro objeto de indagación y la reducción del proceso a pura investigación, con reconocimiento al juez de plena

soberanía en la administración de los instrumentos disponibles para tal fin. El proceso como monólogo, puesto que tiene un único sujeto: el sujeto activo.

Como es sabido, los abusos a que dio lugar este régimen, condujeron, por un lado, en la instrucción, a una *reglamentación* de la tortura; y, por otro, en el enjuiciamiento propiamente dicho, al sistema legal de la prueba.

Tales temperamentos no consiguieron eliminar la profunda inhumanidad e irracionalidad del modelo, reiterada y eficazmente puesta de manifiesto por el pensamiento ilustrado. A este respecto es significativo que las críticas se centren, desde luego, en el primer aspecto. Pero también, de manera bien patente, en el segundo: el proceso inquisitivo, además de ser cruel, no conduce a la verdad. Ni siquiera con la introducción de la prueba tasada.”²¹

En cuanto a las doctrinas jurídicas de esta época, que servían de base a la motivación de las providencias judiciales, pueden distinguirse dos momentos significativos, los cuales se caracterizan por la aplicación de los siguientes sistemas de valoración de la prueba: Ordalías o Juicios de Dios y la prueba legal o tasada. A continuación se explica cada uno.

2.1.2.1 Ordalías o Juicios de Dios

Practicado entre los siglos IX al XI, que consiste en valorar la prueba con una doctrina jurídica informada por el principio teológico de la omnipresencia y omnipotencia de Dios, por tanto, se consideraba que la voluntad divina también intervenía en los procesos penales, salvando al inocente (justo), y castigando al culpable (impío), por lo que el acusado era sometido a pruebas que

²¹ Ibáñez, Perfecto Andrés; Guía de Trabajo para los Textos de Apoyo del Curso “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal” ; Consejo Nacional de la Judicatura; 1ª Edición, diciembre, 2003; San Salvador, El Salvador; págs. 60 y 61.

evidenciaban la decisión de Dios; entre esta clase de pruebas encontramos: la del *juramento*, la del *duelo* entre los litigantes, la del *fuego*, donde el acusado tenía que andar con un hierro caliente; la del *agua hirviente* similar a la anterior; la del *agua fría* en la que se sumergía al imputado. Leamos una explicación de los procedimientos de los juicios de Dios u Ordalías:

“Juicio de Dios. Partiendo de la idea de que Dios intervenía en los procedimientos criminales, para salvar al inocente y castigar al culpable, a través de los tiempos antiguos y durante los siglos IX, X y XI y aun en épocas más remotas, se admitieron esos *juicios*, llamados también *ordalías*, como medios probatorios. Consistían en someter al inculpado a pruebas (casi siempre crueles y que nada tenían que ver con una investigación razonable) que decidían sobre la condición del sometido a ellas. Había una gran variedad de ordalías. Escriche señala entre los más corrientes: la del *juramento*; la del *duelo* a singular combate entre acusador y acusado, condenándose como culpable al que resultara vencido; la del *fuego*, en que el acusado, previas ciertas ceremonia religiosas, agarraba con la mano un hierro candente y si al cabo de unos días su mano no presentaba señales de quemaduras, era proclamada su inocencia; la del *agua hirviente*, similar a la del *fuego*; la del *agua fría*, consistente en atar la mano derecha del inculpado a su pie izquierdo y así se le echaba al agua, dependiendo su inocencia o culpabilidad de que sobrenadase o se sumergiese, respectivamente” ²²

Veamos otra lectura, complementaria a la anterior:

“El siguiente paso en el desarrollo del derecho procesal, que arrastra consigo el aspecto de las pruebas y concretamente del indicio, fue el de los llamados juicios de Dios u ordalías, en los que el hombre dejó de lado sus rituales mágicos para permitir que “el propio Dios” se encargara de decidir

²² Ossorio, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, ob. cit.

quién tenía la razón y quién debía ser condenado. GIANTURCO dice al respecto: “También las ordalías o juicios de Dios, en los cuales, como alguno agudamente lo observara, tratándose como se trataba de invocaciones a la presencia del Altísimo, se fundaban sobre el concepto de que la divina providencia habría de salvar al inocente e indicar al culpable; de allí las famosas pruebas del fuego, del agua, del veneno, etc.

“De la misma manera lo era el juramento del inculpado, que si era falso, atraía sobre él y su familia la maldición celestial, pues se presuponía la creencia en la intervención coaccionante, en los asuntos de la justicia humana de la divinidad, y lo mismo podía decirse, cuando el proceso asumía los caracteres exteriores del duelo y de la lucha física, en donde la razón era reconocida al vencedor, así que, venciendo el acusado, el acusador venía a ser considerado reo de la calumnia, mientras que en el caso contrario, era reconocida la culpabilidad del denunciado”.

En aquella época, anota BELLAVISTA “los indicios asumieron carácter supersticioso, el cual se traduce en las ordalías con las pruebas del fuego, del agua, del veneno, y que, en buena parte, traen a la memoria los fósiles jurídicos hasta hace poco usados por algunas tribus africanas con la denominada justicia del caimán.”²³

2.1.2.2 Prueba legal o tasada

El segundo momento en la historia de las doctrinas jurídicas de la Motivación de las providencias judiciales pertenece a la alta Edad Media, marcado por el sistema de la prueba legal o tasada del proceso inquisitivo, que en esencia operaba de la siguiente forma:

²³ Reyes Alvarado, Yesid, LA PRUEBA INDICIARIA; 1º edición, 1984, Ediciones librería del profesional; Colombia; pág. 4.

La Motivación de las providencias dependía del valor que la ley jurídica permitía a los medios de prueba. Se imponía una presunción de derecho que consideraba que la ley jurídica subsumía todos los principios básicos del conocimiento científico: máximas de experiencia, reglas de la Psicología, reglas de la lógica etc.; sin embargo, por las cualidades cognoscitivas del pensamiento, no es posible encasillar en normas jurídicas la totalidad de reglas, principios, procedimientos, etc, del razonamiento; resultando en algunos casos que el juzgador se encontraba ante desajustes, que consistían en fundamentar su decisión con motivos de derecho pero con una convicción carente de motivos de hecho, o bien, teniendo la convicción judicial motivos de hecho la ley lo limitaba al suprimirle los motivos de derecho.

2.1.3 Edad Moderna: Regulación Jurídica de la Motivación

Para efectos del presente trabajo, la Edad Moderna tendrá la cronología de hechos históricos siguiente: el aparecimiento del deber de motivar en leyes jurídicas dispersas (1700-1778); la codificación del proceso penal (1789-1869); y por último, el surgimiento del derecho procesal penal moderno y la constitucionalización de la motivación en la época contemporánea (1882-1985).

2.1.3.1 La Motivación en las leyes jurídicas dispersas (1700-1778)

En las leyes castellanas no aparece regulado expresamente el deber de motivar las providencias judiciales, éste surge por fuerza de la costumbre de los Tribunales Superiores de razonar sus resoluciones, lo cual fue rápidamente proyectado de *facto* a los Tribunales inferiores; con excepción del reino de Aragón que sí regula este deber en su ordenamiento jurídico, y de los decretos de Felipe V de 1717, que exigen a los jueces que motiven sus resoluciones. Esto se documenta en la información siguiente:

“Históricamente, en España, la motivación de las sentencias fue una práctica generalizada. Aunque el derecho castellano no contenía precepto alguno que así lo exigiere, observando el modo externo de sentenciar de los superiores, durante la edad moderna se extendió tal uso a todos los tribunales; en igual sentido puede hablarse de los órganos judiciales del Reino de Aragón, con la diferencia de que, el deber de motivar, sí aparece explícitamente exigido en su ordenamiento...”

Los Decretos de Nueva Planta, de Felipe V, supusieron positivamente sancionar la exigencia de motivación, como además, específicamente, se prescribió por la Real resolución del 11 de Diciembre de 1717”²⁴

Con distinto propósito, en Nápoles se experimenta a fines de septiembre de 1774 un incipiente principio de Motivación con la finalidad de responder al control político de la función jurisdiccional por parte del Monarca absoluto; leamos lo que sigue:

“Es un ejemplo emblemático al respecto la pragmática napolitana de Fernando IV, de 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar, en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales.”

²⁵

Sin embargo, para algunos tratadistas inclusive la anterior versión política de la Motivación desempeño en la práctica una función cognoscitiva, por el resultado de exponer abiertamente los motivos de la decisión judicial, que

²⁴ Pedraz Penalva, Ernesto, MOTIVACIÓN Y CONTROL DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, Revista de Ciencias Jurídicas. Derecho Constitucional, Derecho Penal, Educación Jurídica; Año I, No. 4, noviembre 1992; Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador, El Salvador; págs. 32 y 33.

²⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés; ob. cit.; cita a pie 3, pág. 84.

podían cuestionarse al menos por la opinión pública, lo cual obligaba al juzgador a cuidarse del razonamiento para formar su convicción; veamos esto:

“... aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad –en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces, lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, sí ha operado *objetivamente* en favor de ese interés.”²⁶

En el anterior sentido puede observarse la reacción de los jueces napolitanos de aquella época contra la obligación legal de motivar sus sentencias, impuesta por la pragmática de Fernando IV, siendo dirigida no para protestar del control político del autócrata, sino, contra la publicidad de las razones de la decisión judicial, pues, esto al propio tiempo venia a debilitar la práctica arbitraria de la función jurisdiccional; esta misma observación se encuentra en el siguiente planteamiento:

“En efecto, por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquella la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto; y una mayor exposición de éste a la opinión.

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos, sobre la intensidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un

²⁶ Ibidem; pág. 84

incipiente apunte de motivación ilustra el dato de que, años después, tuvo que ser abolida.”²⁷

Análoga circunstancia aconteció en España pues la exigencia de motivar las sentencias, prescrita en los decretos de Nueva planta de Felipe V, de diciembre de 1717, fueron abolidos por la real Cédula de Carlos III, el 23 de junio de 1778, prohibiendo que los jueces fundamentaran sus decisiones, y que además, éstas debían ser pronunciadas en latín. Aún siendo evidente las perversas intenciones de la medida de ocultar cínicamente la arbitrariedad judicial dicha Cédula esgrime los argumentos siguientes: evitar perjuicios –a la ¿justicia?-, cavilaciones (especulaciones) de los litigantes, consumo de tiempo en elaborar la motivación pues incrementa las costas procesales. Veamos esto:

“...la Real Cédula de Carlos III, de 23 de junio de 1778, ordenando cese la práctica de motivar las sentencias, y extenderlas en latín, a cuyo tenor, y “Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias dando lugar á cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; Mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias... y que á exemplo de lo que va prevenido á la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados excusen motivar las sentencias...”

...En consecuencia, al suprimir la motivación, se reafirma el absolutismo real y la consiguiente supeditación de sus meros instrumentos: los jueces que, ante todo, han de acatar y cumplir la voluntad del monarca...”²⁸

²⁷ Ibidem

²⁸ Pedraz Penalva, Ernesto; ob. cit., págs. 33, 34 y 37.

2.1.3.2 Codificación del proceso penal (1789-1869)

La Ilustración tiene la oportunidad de poner en práctica sus ideas políticas en la Revolución Francesa de 1789, la cual significó una ruptura violenta con el régimen de las Monarquías absolutas constituyendo el primer Estado-nación en Europa, éste acontecimiento político es el punto de partida del desarrollo del derecho moderno eurocentrista.

La Revolución Francesa en el campo jurídico logra la codificación de las leyes, creando la primera sistematización en el derecho, que retoma el modelo de ciencia del antiguo derecho romano de la República pero con actualizaciones de valor decisivo en la historia jurídica. El resultado de esa sistematización fue la articulación de los principios modernos del derecho, en los cuales se basa una estructura que relaciona coherentemente un conjunto de instituciones, sus principales productos fueron los Códigos Civil y de Instrucción Criminal de Napoleón de 1804 y 1808, respectivamente, llamados de esta manera por el estigma del régimen de Napoleón Bonaparte, quien transmitió el pensamiento jurídico francés en las invasiones militares que realizó a la mayoría de países europeos.

En la historia del derecho salvadoreño la influencia del Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808 es proyectada a través del proceso penal español, que tiene incidencia activa en nuestro orden procesal penal. Por esta razón, proponemos en adelante limitarnos a la historia moderna del proceso penal español, precisando la evolución de la Motivación de las sentencias.

Sin embargo, antes de pasar a la exposición de las influencias del proceso penal francés comentaremos la importancia singular para la historia jurídica salvadoreña que tienen los planteamientos de la Comisión de Codificación

española de los años 1856 a 1869, que entre otras, propone un esquema de la fundamentación separando los *motivos de hecho y de derecho*, exactamente como aparece en el artículo 130 del actual Código Procesal Penal (1998) de nuestro país. La Comisión considero que este esquema permitiría facilitar la actividad impugnativa, y en especial el recurso de casación, mediante una exposición que separaba por una parte, los enunciados de los hechos, reconstruidos por la prueba, y por otra, la forma cómo el juzgador plantearía los problemas de aplicación, interpretación e integración del derecho, de esta manera no cabría confusión entre los puntos que puede impugnar la casación (motivos de derecho), y aquellos que le son ajenos (motivos de hecho). Leamos algunos pasajes de la exposición de motivos de la referida Comisión:

“Haciendo un pequeño recorrido de los trabajos de la Comisión de Codificación (nombrada en 1o. de octubre de 1856, habiendo sido suprimida en 1o. de octubre de 1869), conviene destacar:

- En el apéndice IV, y en la Exposición de motivos presentada al Gobierno (de las Bases para la Ley orgánica de los Tribunales y la de Enjuiciamiento criminal) la argumentación esencial en que descansa la exigencia de motivar las resoluciones judiciales, en cuanto que en la misma la Comisión plantea, por ej., en esta línea que: “... sólo los monarcas no dan cuenta de sus hechos y es porque tienen ministros, sin los cuales nada pueden hacer, y a quienes se impone la obligación de explicarlos o defenderlos y responder de ellos. La Magistratura...está obligada hoy a decir el por qué de sus fallos, a dar a estos publicidad, no sólo para que formen jurisprudencia, sino para que sirvan de garantía contra la arbitrariedad, garantía que sería inútil buscar en otra parte ni por distinto camino”
- En las sentencias han de deslindarse las cuestiones de hecho y de derecho, lo que es determinante a efectos impugnativos, especialmente del recurso de casación...

- ... 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. En cuanto a la primera parte cabría error, pero nunca interpretación equivocada de la ley, puesto que ninguna tendría explicación en ella; en la segunda es en la que pudiera falsearse la ley, ya declarando delito un hecho que no lo fuese tal cual se hallara consignado en la misma sentencia, ya calificando de autor al cómplice, o a este de encubridor, o ya en fin imponiendo una pena diferente de la señalada en las leyes”²⁹

En nuestra opinión, además de facilitar la impugnación, consideramos que el orden del esquema de la fundamentación dividido en motivos de hecho y de derecho contribuye al análisis epistemológico, operando de la manera siguiente: el derecho brinda una significación jurídica a determinados hechos,

entonces, lo primero que debe plantearse el juzgador, en sentido positivo, es si existen o no existen esos hechos, sólo si existieran esos hechos tiene caso pasar a plantearse si estos tienen o no significación jurídica, de ahí que en primer lugar hayan *motivos de hecho* y luego *motivos de derecho*, este mismo orden lógico, entre otros, también aparece en los casos de procedencia del sobreseimiento definitivo en el Código Procesal Penal (1998) vigente en El Salvador, que literalmente dice: “Art. 308.- El Juez podrá dictar el sobreseimiento definitivo en los casos siguientes: 1) Cuando resulte con certeza que el hecho no ha existido o no constituye delito...”³⁰

²⁹ Ibidem; págs. 46-48.

³⁰ Código Procesal Penal de la República de El Salvador; Decreto legislativo No. 904, de fecha del 4 de diciembre de 1996; publicado en el Diario Oficial No. 11; Tomo 334, de fecha del 20 de enero de 1997; entrando en vigencia el día 20 de abril de 1998, en virtud de su artículo 455.

2.1.3.3 El proceso penal moderno español y la constitucionalización de la motivación en la época contemporánea (1882-1985)

La influencia del Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808 en el proceso penal español aparece hasta el 14 de septiembre de 1882, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual rompe con el modelo inquisitivo, la Ley está basada en los principios acusatorio, formal o mixto, binomio oralidad-inmediación, publicidad, libre apreciación de las pruebas, y la concepción liberal del derecho de defensa. Como puede observarse, estos principios prácticamente estructuran el proceso penal moderno, leamos la cita siguiente:

“Nuestra ya clásica Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada en el año 1882 supuso la ruptura definitiva del modelo procesal penal español con los valores inquisitivos, como consecuencia de la influencia que en ella tuvo el Código Napoleónico y el sistema liberal en que éste se asentaba.

Básicamente, los principios que informaron a nuestra decimonónica Ley 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.”³¹

Sin embargo, para otros autores españoles la introducción del sistema de libre apreciación de las pruebas, que construye la base fáctica de la motivación, no tiene su origen en el Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808, pues, en realidad éste introdujo el sistema de la íntima convicción, controlando la arbitrariedad con las garantías procesales de la publicidad y oralidad. Existe, entonces, la opinión que fue el derecho germánico, por decreto de 1846 para Berlín y luego por Decreto de 1849 para toda Prusia, el que verdaderamente

³¹ Asencio Mellado, José María; LA REFORMA DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL, Memoria: “Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal”; op. cit., pág. 55.

introduce por primera vez el sistema de la libre apreciación de la prueba, además, de indicar expresamente la obligación que tenía el juez de dar las razones que lo habían llevado a concluir en el resultado de su decisión, así tenemos:

“Esa mayor libertad aparecerá en 1789 con la Revolución Francesa; más concretamente, fue en un decreto de 1791 cuando se instauró el sistema de la íntima convicción. Posteriormente, este sistema pasaría al Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808.

... Junto al sistema de la íntima convicción, y como garantía contra la arbitrariedad, se introdujo la publicidad y la oralidad.

En Alemania se reprodujo la polémica si bien en este país el sistema de la íntima convicción no se introdujo con la amplitud, que se había realizado en Francia. En efecto, por medio de un Decreto de 1846 para Berlín y posteriormente, por Decreto de 1849 para toda Prusia, se derogaron las reglas sobre los efectos legales de las pruebas y se acordó que el juez debía decidir la culpabilidad o inocencia del acusado examinando las pruebas conforme a su libre convicción, formada de los debates realizados ante él. Además se le obligó indicar las razones que lo habían llevado hasta la conclusión que estimaba que debía adoptar...”³²

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, en materia de motivación, se complementa con la Ley Orgánica del Poder Judicial del 1º de julio de 1985, previniendo a toda instancia en su Art. 248. 3, que deben Motivar sus resoluciones. Veamos:

“Una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, la LO. 6/1985, de 1º de julio, en el Art. 248.3, previene que “las sentencias se formularan expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de

³² López Borja de Quiroga, Jacobo. Magistrado, y otros; Escuela judicial. Consejo General del Poder judicial, 1º edición, 1992, Editorial DOXA, Madrid, España; págs. 100 y 101.

hechos, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán formadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten”.³³

Ahora bien, los problemas de interpretación han sido históricamente el pretexto agradable para la resistencia sutil de los juzgadores que por ignorancia o perversidad pretenden evadir el deber de motivar, aquí es donde el debate de la dogmática jurídica brinda sus aportes oportunos en dos sentidos: poniendo en evidencia las distintas formas encubiertas de arbitrariedad, y alimentando el criterio de los Tribunales Superiores para efectos de control, a propósito leamos lo siguiente:

“El art. 741 de nuestra decimonónica L.E.Crim. consagró definitivamente,...el modelo de libre apreciación probatorio. Este precepto formuló la valoración en conciencia que el art. 717 recondujo respecto de los testigos a la apreciación según las reglas de la sana crítica, aclarando totalmente la similitud entre ambas fórmulas que son coincidentes y constituyen una única fórmula de valoración.

La interpretación práctica que se hizo de este modelo de apreciación de la prueba fue opuesto y contradictorio a lo que es su esencia más característica. En este sentido, la libre apreciación de la prueba no puede ser entendida salvo como valoración racional, lógica, de acuerdo con las reglas (no jurídicas) de la sana crítica y la experiencia y siempre sobre la base de la prueba, no prescindiendo de ella o en contra de la prueba misma...

La práctica, como se dijo, entendió erróneamente este principio concluyendo la libre apreciación como valoración libérrima, omnímoda, sin dar

³³ Pedraz Penalva, Ernesto; ob. cit. pág. 59.

explicaciones acerca del razonamiento seguido y sin necesidad de recaer en prueba alguna.”³⁴

Para terminar, la máxima expresión de la importancia de una institución jurídica sólo puede ser positivamente alcanzada si ésta tiene rango constitucional, como acontece en la Constitución española vigente desde 1978, por eso el debate dogmático de los expositores españoles tiene como referente la constitucionalización de las resoluciones judiciales, distinto al nuestro que tristemente todavía nos encontramos discutiendo cuáles son los fundamentos constitucionales de la motivación; leamos dos breves comentarios de los siguientes tratadistas españoles:

“...importa reproducir los Arts. 24.1 y 120.3 CE. “Todas la personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”. 120.3 CE.: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciaran en audiencia pública.”³⁵

“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 histórica, a significado un cambio de paradigma.”³⁶

³⁴ Asencio Mellado, José Maria; ob. cit., pág. 60.

³⁵ Pedraz Penalva, Ernesto; ob. cit. pág. 60.

³⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés; ob. cit. pág. 85.

2.2 HISTORIA DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL SALVADOREÑO

2.2.1 Constitución de la República de El Salvador de 1983

La Carta Magna de nuestra República no otorga a favor de la Motivación un nivel constitucional, similar a la suerte de esta misma institución en la Constitución de España. En este mismo orden de ideas, por tanto, la Motivación del Auto de detención provisional no tiene rango constitucional expresamente establecido, sin embargo, sí pueden ubicarse algunos de sus fundamentos constitucionales dentro del Art. 11 Cn., que trata del Debido proceso, y especialmente en el Art.13 inc.1º, que literalmente dice:

“Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión sino es de conformidad con la ley, y éstas órdenes deberán ser siempre escritas...”³⁷

2.2.2 Código de Instrucción Criminal de 1857

El primer proceso penal que opero en El Salvador se orientaba con los valores inquisitivos. Este se dividía en dos etapas: una con competencia penal para los “Jueces de Paz”, que por termino medio no eran abogados, conociendo en causas por delitos menos graves, se encargaban de diligenciar los actos iniciales de investigación que en el plazo fatal de ocho días remitían a la instancia superior. La otra etapa correspondía al Juez de Primera Instancia, quien sí tenía la profesión de abogado, encargado de la etapa judicial de la

³⁷ Constitución de la República de El Salvador, Decreto de la Asamblea Constituyente sin número, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

Instrucción y del juicio criminal, tomando la decisión definitiva. En este Código de Instrucción Criminal de 1857³⁸, la figura jurídica equivalente a la actual Detención provisional era la medida del *Arresto provisional* (Art. 66), la cual tenía que ser decretada solamente por el *Juez de Instrucción* (Art. 70, inciso 2º). El procedimiento consistía que la autoridad a la cual quedaba a la orden y disposición el detenido tenía el plazo de veinticuatro horas para dar *principio a la formación de su proceso* o de presentar o remitir el detenido al Juez de lo penal competente (Art. 70, inc. 2º), éste debía decretar su libertad o el arresto provisional dentro de las cuarenta y ocho horas de haberlo recibido (Art. 70 inc. 3º).

La Motivación del Auto de *Arresto Provisional* no era exigida expresamente en el Código de Instrucción Criminal, por lo que ésta no tenía expresión jurídica, a la manera, por ejemplo, del Auto de prisión que sí menciona cuál será su contenido (Art. 77); aquélla en cambio tiene que deducirse de la lectura de las habilitaciones para la procedencia del arresto, mencionadas en el Art. 66, que atendiendo a su tenor dice:

“Art. 66.- Para proceder á la detención de una persona se necesita una presunción grave de que ha cometido algún delito ó falta; pero bastaría cualquier presunción para detener á los indiciados de alguno de los delitos siguientes: homicidio, hurto, robo, incendio o falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal.”³⁹

³⁸ Código de Instrucción Criminal del Salvador; redactado en virtud de Comisión del Supremo Gobierno por los señores: Dr. 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 de 1890 La edición a la que se tuvo acceso para el presente trabajo, incluye reformas de 1886 y 1904.

³⁹ TITULO VI; DE LA CUSTODIA DE LOS REOS Y MODO DE ASEGURAR SU PERSONA; CAPITULO I; *Del arresto provisional ó detención*; CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE LA REPÚBLICA DEL SALVADOR.

Las habilitaciones de procedencia mencionadas en el anterior artículo, tienen dos formas: una requiere la *presunción grave* de que la persona haya cometido delito o falta, y la otra, requiere de una *simple presunción* en los casos de los delitos de homicidio, hurto, robo, incendio o falsedad en cualquiera de las diferentes clases enumeradas en el Código Penal.

En cuanto al funcionario competente, el único que podía decretar la medida de Arresto provisional era el Juez de instrucción, leamos a continuación la disposición siguiente:

“Art. 151.- El juez deberá detener o arrestar provisionalmente, conforme a la ley, a los que se presuman culpables, dando al alcaide copia certificada y autorizada del auto de detención, para que la registre en su libro”

Era suficiente la simple noticia por medio de aviso o denuncia para que cualquier autoridad ordenara la detención en flagrancia de una persona, tal como dice en el Art. siguiente: “Art. 67.- Cualquier autoridad puede ordenar la detención de una persona que se sepa ó haya denuncia de que ha cometido

algún delito de los que dan lugar á proceder de oficio...”⁴⁰, refiriéndose en este caso a la detención por el término de inquirir, lo cual provocaba el impulso del procedimiento que posiblemente en cuarenta y ocho horas la persona era puesta en libertad o se decretaba su arresto provisional.

2.2.3 Código Procesal Penal de 1974

El tratamiento jurídico de la Motivación del Auto de Detención provisional fue mejorado en el Código Procesal Penal de 1974, que en términos generales continua siendo de orientación inquisitiva con introducción de reglamentaciones modernas, que supuestamente salvarían el modelo.

⁴⁰ Ibidem.

Previo al inicio de la exposición de este periodo creemos digno de mencionar la posición del Dr. Hugo Lindo (abogado y escritor salvadoreño), en su novela titulada: ¡Justicia Señor Gobernador!; pues en ella se intenta atraer la atención al problema de la Motivación de la Sentencia. Esta creación literaria es significativa para la histórica jurídica de nuestro país, pues, demuestra cómo algunos intelectuales de las décadas de los 50 y 60 del siglo XX, intuyeron la importancia decisiva de la Motivación de las providencias judiciales como mecanismo esencial de la Administración de justicia, y también es significativa por los señalamientos críticos que hizo a aquellos abogados, Jueces y Magistrados de lo penal, inclusive a la Corte Suprema de Justicia de su época, que no supieron dimensionar la importancia de esta institución, veamos esta clase de aportes en ¡Justicia Señor Gobernador!:

“Porque soy juez vocacional, debo respetar los fallos del Tribunal Supremo, me gusten o no me gusten. Pero como estoy absolutamente convencido que mi sentencia es una pieza jurídica que debe tener repercusión en los círculos de estudiosos, me estoy dando el trabajo, en estos días, de

suprimirle todos aquellos aspectos demasiado vinculados a la ley positiva, como citas de artículos, menciones de casos similares ya resueltos por la jurisprudencia, análisis y justiprecio técnicos de las pruebas, para dejar sólo aquello que me parece esencial, vale decir, los hechos que motivaron el fallo, y las consideraciones jurídico-filosóficas en que fundamento mi sentencia definitiva...

...¡Y pensar que este análisis penetrante, luminoso, fue descartado de una sola plumada por la Honorable Cámara de Segunda Instancia!

...Además, si mi sentencia no fue comprendida en sus cabales alcances, ni por la Honorable Cámara, ni por la Honorable Corte, organismos constituidos

por estudiosos del Derecho, ¿a qué ponerme a explicársela al Dr. Noriega, que no sabe, de la misa, la media?”⁴¹

2.2.3.1 Requisitos y contenido del Auto de detención provisional exigidos en el Código Procesal Penal de 1974

Los requisitos exigidos al Juez de Paz o de lo Penal en el Art. 247 del Código Procesal Penal de 1974 para decretar la Detención provisional se reducen, por una parte, a la comprobación de la existencia del delito, conocida como demostración del cuerpo del delito, y por otra, a la estimación probada de la participación del imputado, llamada participación delincencial, en los casos de los delitos de homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, estragos, hurto, robo, estafa, extorsión y actos de terrorismo, sólo era necesario tener elementos de juicio de la participación delincencial. Leamos el contenido de este artículo:

“Requisitos para la Detención provisional

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

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

No obstante, bastará que se cumpla la segunda circunstancia para decretar la Detención Provisional cuando se trate de los delitos de homicidio doloso o agravado, violación, secuestro, estragos, hurto, robo, estafa, extorsión y actos de terrorismo.

⁴¹ Lindo Hugo, ¡Justicia, Señor Gobernador!..., Novela; 1º edición, 1960, (decimocuarta reimpresión, 2006); Colección Trigueros de León, Volumen No 7; CONCULTURA; Dirección de Publicaciones e Impresos; San Salvador, El Salvador; págs. 14, 89, 90, 121 y 141.

Los detenidos preventivamente deberán estar separados de los condenados con la salvedad que esto sea posible.”⁴²

En cuanto al contenido del Auto de la Detención Provisional que estipulaba el Art. 248, los elementos esenciales para efectos de la Motivación del Auto se refieren a la enunciación de los hechos y la calificación provisional del hecho punible.

La regulación jurídica del deber de fundamentar el Auto de Detención provisional, para algunos autores, también se apoyaba en el Art. 489 Pr. Pn. (1974), que disponía literalmente lo siguiente: “En toda resolución que se deba hacer valoración de la prueba, el tribunal está obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tengan para concederle o negarle valor”

2.2.4 Código Procesal Penal de 1998

Con la Reforma al Sistema judicial salvadoreño, impulsada seriamente por los Acuerdos de Paz de 1992, se presentó una propuesta interesante de un nuevo Código Procesal Penal, que entro en vigencia a partir del 20 de abril de 1998, el cual estructuraba para muchos estudiosos del Derecho un Proceso Penal moderno mixto. Claro esta, que ha estas alturas no podría decirse que con más de 300 reformas aquella propuesta se mantiene integra.

Para propósitos de nuestro análisis, es suficiente precisar los requisitos de procedencia, su manera de motivarlos a través de la prueba indiciaria y el criterio judicial y, la forma y contenido del Auto de Detención provisional, todo lo cual está regulado en los Arts. 292, 293, 294 inc. 2º y 296 del actual Código Procesal Penal, lo cual, será desarrollado en el Capítulo IV de nuestro trabajo.

⁴² Código Procesal Penal de 1974; Decreto legislativo del 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo 241, de fecha 9 de noviembre de 1973.

CAPITULO III

DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

Este Capítulo plantea los temas básicos de la Motivación, los cuales si evitamos aplicarlos dogmáticamente a la práctica judicial salvadoreña nos aproximarán a la expresión teórica de la concepción que tienen nuestros juzgadores acerca de la motivación de las providencias judiciales.

Las teorías jurídicas de cada tema planteado constituyen un conjunto de relaciones y determinaciones recíprocas, que revisten la forma lógica siguiente: la teoría de la motivación presupone la convicción judicial y sus grados de conocimiento, estos, a su vez, los determina el sistema de valoración de la prueba, todo este movimiento se objetiva en las providencias judiciales, debido a esto último ellas son el punto de partida de nuestro análisis.

El resultado principal de este capítulo es la construcción de una definición del concepto: *“Motivación de las providencias judiciales”*, que pretende abarcar el conjunto de relaciones de las propiedades características de dicho concepto. Es un hecho incontrovertible que el concepto *Motivación* tiene validez, incluso el uso del mismo término, como mínimo desde hace ya más de tres siglos⁴³, sin embargo, deben fijarse los límites que imponen las condiciones históricas de cada época y lugar a su significado. En este sentido, nuestra propuesta de la definición de aquel concepto procura en lo esencial ser una expresión teórica de la realidad salvadoreña de nuestra época, con la salvedad que ésta revela los lineamientos generales de la corriente contemporánea que ha logrado,

⁴³ Esto queda demostrado históricamente en la Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por el Monarca español Carlos III que ordenaba a los jueces abstenerse de la práctica de *“motivar sus sentencias”*; - Pedraz Penalva, Ernesto; ob. cit. pág. 33-. Como se observa en el texto de la misma cédula, se utiliza desde entonces el término *“motivar”*.

hasta ahora, el mejor desarrollo del concepto motivación, nos referimos a la *Teoría del garantismo penal*.⁴⁴

La importancia de la definición del concepto *Motivación de las providencias judiciales*, construida en el presente Capítulo, consiste en que ésta sirve de línea general de análisis para el Capítulo IV, el cual trata de la *Motivación del Auto de detención provisional*, que refleja los resultados de la investigación de campo realizada en los Juzgados primero y quinto de Instrucción del distrito judicial de San Salvador.

Por último, la exposición del valor VERDAD contenida en el tema: 5.3 *Calidad de Verdad como finalidad del proceso penal moderno. Visiones de la teoría jurídica tradicional y teoría del garantismo penal*, tiene la intención de incorporar más claramente los lineamientos de la Teoría del garantismo penal, para lo cual se contrasta la visión de la verdad que tiene esta teoría con la visión de la verdad que tiene la teoría jurídica tradicional. Por otra parte, en la escogitación que hagamos dentro de la disyuntiva entre verdad real o material (visión tradicional) o verdad probable (visión del garantismo) en su función de objetivo del proceso penal moderno, se encuentra la clave de la concepción que tengamos de la motivación, debido a estas dos razones se dedica especial atención ha dicho tema.

3.1 PROVIDENCIAS JUDICIALES

Las providencias judiciales son la finalidad de la relación jurídica procesal, pues, siendo ésta el vínculo entre la serie de actos jurídicos realizados por las

⁴⁴ En cuanto al resto de teorías jurídicas que tratan la motivación de las providencias judiciales, tendría que elaborarse un trabajo con el problema de investigación: “*historia de las teorías jurídicas de la motivación de las providencias judiciales*”, lo cual escapa a nuestro trabajo.

partes, el juez y terceros intervinientes en el hacer procesal, tiene su resolución definitiva en la decisión judicial. Estas providencias son definidas por la *Teoría general del proceso* como actos jurídicos procesales de decisión realizados por el juzgador. Dichos actos procesales aparecen en el Art. 129, Inc. 1º, del Código Procesal Penal (en adelante Pr. Pn., 1998), clasificados atendiendo a su importancia, de la manera siguiente: Sentencias, Autos y Decretos.

Entre los agentes del pensamiento jurídico salvadoreño muchos tienen la impresión que la anterior clasificación está informada por la exposición del tratadista Enrique Vescovi, veamos su planteamiento:

“...No creemos que resulte de mayor utilidad el estudio de las clases de actos procesales, puesto que hay numerosos puntos de vista para efectuar las clasificaciones y cada autor tiene la suya...Una muy común es la que, teniendo en cuenta los *sujetos*, divide los actos así: a) *de parte*; b) *del tribunal*; c) *de terceros*...Los *actos del Tribunal* comprenden los de los agentes de la jurisdicción (los jueces) y también los de los funcionarios auxiliares que actúan, normalmente por delegación.

El principal acto del Tribunal es el decisorio y lo constituye la *sentencia*, que es, como hemos visto, el último eslabón de la cadena, la finalidad hacia la cual convergen todas las demás. Pero durante el procedimiento se dictan otros actos. En general, se los llama providencias o resoluciones judiciales, que se dividen en: de mero trámite, que solo dan el impulso al proceso, interlocutorias (sentencias o autos, según los códigos), que se dictan durante el procedimiento y se relacionan con una cuestión conexa pero ajena a la principal (al objeto del proceso), y definitivas, que son la sentencia final.

Después de estas siguen en importancia los autos (providencias o sentencias) interlocutorios, que, en ciertos casos, pueden tener carácter de

definitivos cuando, al resolver una cuestión accesoria (caducidad, prescripción, cosa juzgada, etc.), pone fin al proceso.”⁴⁵

Sin embargo, la clasificación de las providencias judiciales contenida en el Art. 129 de nuestro Pr. Pn. de 1998, aparece todavía aun más clara en el planteamiento del tratadista argentino Raúl Washington Abalos, por tanto, nos atendremos a su criterio, leamos lo que dice este expositor:

“Otra actividad escrita es la que produce el juez en el impulso hacia la cosa juzgada, pues las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencias, auto y decreto; sentencia es la decisión que después del debate pone término al proceso, auto es la decisión pronunciada a instancia de parte o de oficio en el curso de la instrucción del juicio o de la ejecución, sobre un accidente o artículo del proceso, salvo las excepciones que se establecen y decreto es la decisión pronunciada en el curso del proceso, fuera de los casos mencionados anteriormente, o en aquellos en que esta forma sea especialmente prescrita por la ley”⁴⁶

3.1.1 Clasificación de las providencias judiciales

3.1.1.1 Sentencias

La Sentencia es la decisión judicial definitiva, que por excelencia es la forma normal de ponerle fin al proceso, y ésta en su fallo sólo puede recaer en

⁴⁵ Véscovi, Enrique; Teoría General del Proceso; 1ª Edición, 1984; Editorial Temis, S.A.; Bogotá, Colombia; págs. 253 y 254.

⁴⁶ Washington Ábalos, Raúl; Derecho Procesal Penal. Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba; Tomo II; Ediciones Jurídicas Cuyo; pág. 308

uno de los dos extremos siguientes: *condenatoria o absolutoria*; en este sentido viene esta cita literal:

“...Sentencia es la decisión jurisdiccional que, resolviendo sobre el fondo del asunto, pone fin al proceso; sin embargo, no sólo las sentencias dictadas en el debate son las que ponen fin al proceso, pues también el auto de sobreseimiento versa o también decide sobre el fondo del asunto puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional...”⁴⁷

El inciso segundo del Art. 129 Pr. Pn.(1998), define la sentencia de la manera siguiente:

“La sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término al procedimiento abreviado;...”⁴⁸

3.1.1.2 Autos

El Auto puede ser interlocutorio con fuerza de definitiva o bien, interlocutorio simple; el primero pone fin al proceso como ejemplos, el sobreseimiento definitivo (Art. 308 Pr. Pn.); el decreto de desestimación solicitada por el fiscal; el decreto de prescindir de la persecución penal archivando las actuaciones; etc. (Art. 256, numerales 3) y 5) Pr. Pn., 1998, respectivamente); en cuanto a los segundos, los autos interlocutorios simples, resuelven incidentes que interrumpe el normal desenvolvimiento del proceso sin ponerle fin, o permiten el curso del proceso, como ejemplos de esta clase tenemos: la declaratoria de rebeldía (Art. 93 Pr. Pn.); declaración de la excusa

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ Código Procesal Penal de 1998, Decreto Legislativo No 904, de fecha 4 de diciembre de 1996; Publicado en el Diario Oficial No 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997; inicio de vigencia en virtud de su art. 455 el 20 de abril de 1998.

o recusación del Juez (Art. 81 Pr. Pn); declaración de la procedencia de la excepción de incompetencia contemplada en el numeral 1) del Art. 277 Pr. Pn.(1998); y el ejemplo emblemático para efectos de nuestro trabajo el Auto Interlocutorio simple que decreta la detención provisional del imputado (Art. 291 Inc. 2º, Pr. Pn., 1998).

En relación a esta clase de providencias judiciales, Raúl Washington Abalos expone lo siguiente:

“El auto o sentencia interlocutoria (llamada así por algunos procesalistas), por oposición al carácter de definitiva que reviste la sentencia, es una decisión jurisdiccional dictada durante el proceso, haciendo posible su desarrollo, impulsándolo hacia la sentencia definitiva.”⁴⁹

La segunda parte del Inc. 2º del Art. 129 Pr. Pn., 1998, define el auto de la manera siguiente:

“...auto, el que resuelve un incidente o una cuestión interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento;...”

3.1.1.3 Decretos

Las providencias que se refieren a cuestiones de mero trámite son denominadas Decretos, que a diferencia de los anteriores, éstos no tienen incidencia decisiva en algún asunto de fondo del proceso; la última parte del Inc. 2º del Art. 129, Pr. Pn., 1998, en relación a ellos sólo dice lo que sigue:

“...y, decreto, cuando sean decisiones de mero trámite”

⁴⁹ Washington Abalos, Raúl; ob. cit. pág. 309

La teoría jurídica que venimos aplicando define los decretos de la manera siguiente:

“...Decreto o providencia, es la resolución emitida por el Órgano jurisdiccional a los fines del normal desenvolvimiento del proceso y que, conjuntamente con los autos, impulsan a aquél hacia su instancia definitiva. Son resoluciones de mero trámite que, como lo señala la Enciclopedia Jurídica Omeba (I-795), tienden a promover los actos de dirección, ordenación, incorporación y comunicación dentro del proceso”⁵⁰

3.1.2 Exigencia de la Motivación de las providencias judiciales

La exigencia de motivar las providencias judiciales tiene dos fuentes principales: la primera es el Art. 130 Pr. Pn., 1998, y la segunda son los principios epistemológicos del proceso cognoscitivo que el juzgador sigue para revestir su decisión de racionalidad, teniendo, como veremos más adelante, su regulación jurídica a través del sistema de la sana crítica establecido en los Arts. 15 y 162 último Inc., Pr. Pn., 1998. En cuanto a la primera, que llamaremos fuente positiva, la exigencia constituye una obligación para el Juez o Tribunal de motivar las sentencias, autos y toda providencia que lo amerite, su inobservancia es sancionada bajo pena de nulidad; dicha motivación de conformidad al Art. 130 Pr. Pn., 1998, se encuentra estructurada bajo el esquema que separa los *motivos de hecho* y los *motivos de derecho*.⁵¹

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ En el Capítulo II del presente trabajo de graduación, apartado 1.3.2 *Codificación del proceso penal (1789-1869)*, págs. 46 a 49; aparece el dato encontrado en: *Pedraz Penalva, Ernesto; ob. cit.; págs. 46-48*, que la Comisión española de Codificación de los años 1856-1869, que tuvo el mandato de sentar las bases para la Ley Orgánica de los Tribunales y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deja claro que el esquema que separa la fundamentación en *motivos de hecho* y *de derecho* responde a la necesidad técnica de distinguir nítidamente estos dos motivos para efectos impugnativos, especialmente de casación, sin embargo, nuestra opinión expresada allí mismo, es

En cuanto a la segunda, que denominaremos fuente cognoscitiva, surge como condición necesaria del camino señalado por el conocimiento científico, consistente en el respeto de determinadas reglas de la lógica, psicología y máximas de experiencia.

3.2 FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES

En la práctica, la motivación desempeña diversas funciones debido a la publicidad de la abierta exposición de su contenido, tanto a las partes intervinientes como a la opinión pública en general. Lo anterior puede provocar en los afectados de las decisiones judiciales diversas reacciones, a las cuales la ley provee de recursos ante instancias superiores que permiten argüir aquélla decisión, inclusive de arbitraria, y en sentido amplio, la presentación pública que supone la exteriorización de los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, a lo cual se supone tiene acceso la sociedad en general, es un principio neutralizador del ejercicio autoritario del poder, del cual la Actividad judicial corre permanentemente el riesgo para servir de su instrumento. Estas funciones las documentamos en la posición siguiente:

“La Motivación de los autos de prisión adquiere un importante significado en la medida en la que, al igual que la incorporada en las sentencias penales, cumple o puede cumplir tres funciones esenciales: De una parte genera una mayor confianza del sujeto pasivo en la Administración de Justicia en tanto que el justiciable puede comprobar que su caso ha sido particularmente analizado; de otra parte, implica una actividad de autocontrol del propio Juez que, en cierto modo, sirve para evitar que se cometan errores judiciales,...Por último, y fundamentalmente, la motivación de los autos de prisión cumple con una

que este esquema, como resultado, también responde a necesidades de carácter cognoscitivas.

función tan esencial como es la de permitir el ejercicio de los oportunos recursos de reforma y apelación...los cuales, si el auto no contuviera una Fundamentación fáctica y jurídica completa, serian inviables.”⁵²

Las funciones de la motivación que se consideran en el presente trabajo son las siguientes: a) función de garantía contra la arbitrariedad; b) función de explicación; y c) función de control de la Actividad judicial.

3.2.1 Función de garantía contra la arbitrariedad

La función de garantía contra la arbitrariedad del juzgador se hace efectiva a través de la actividad de impugnación, por medio de los recursos ante instancias superiores. En este sentido citamos lo que sigue:

“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 solo convencer a las partes sino mas bien fiscalizar al Juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o capricho”

...se considera como arbitraria aquella resolución que: 1) Pro venga 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

⁵² Asencio Mellado, José Maria; La Prisión Provisional; Prólogo de Vicente Gimeno Sendra, Monografías CIVITAS, Editorial Civitas, S.A.; Madrid, España, 1987; pág. 205 y 206.

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”⁵³

En esta dirección, nuestra Sala de lo Constitucional dice lo siguiente:

“...La motivación de las resoluciones elimina todo sentido de arbitrariedad al consignar las razones que han originado el convencimiento de la autoridad decisora para resolver en determinado sentido, pudiendo los gobernados conocer el por qué de las mismas y controlar la actividad jurisdiccional o administrativa a través de los medios impugnativos.”⁵⁴

Luigi Ferrajoli, con respecto a esta función tiene el siguiente enfoque:

“Precisamente, la motivación permite la Fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defectos o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas... Tanto la argumentación jurídica como la fáctica, tal como han sido analizadas..., responden efectivamente a la *lógica judicial, deductiva e inductiva*, respectivamente. Y son vicios lógicos, censurables también en casación, no sólo lo que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva de la inducción probatoria”⁵⁵

⁵³ Pino Salazar, Federico Edmundo; ob. cit. págs.73 y 74

⁵⁴ Improcedencia de Amparo; ref. 20-2000; de fecha 23 de febrero de 2000; contenido en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal; Prologo de Norberto Bobbio; 1º edición, 1989; traducción al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez, Alonso Ruiz Miguel, y otros; Colección estructuras y procesos. Serie Derecho; Editorial Trotta, S. A., 1995, Madrid, España; pág. 523.

3.2.2 Función de Explicación

Consiste que la motivación de las providencias judiciales presupone una explicación de las razones que llevan a la decisión al juzgador, es decir, éste debe demostrar por medio del discurso judicial que su decisión tiene su origen en la ley, la prueba y los principios del pensamiento racional. Lo anterior lo respaldamos en la cita literal que sigue:

“...más que hablar de “convencimiento” debería decirse “explicación”, pues, en efecto para el acusado, demás partes en el proceso y para el público en general, la motivación de la sentencia constituye una explicación de la decisión adoptada; mediante la motivación se trata de explicar que no haya arbitrariedad en la decisión, sino razones legales que conducen a la resolución que se adopta. Por el contrario, el “convencimiento” del acusado parece traslucir una cierta filosofía correccionalista que no compartimos”⁵⁶

3.2.3 Función de control de la Actividad judicial

La función de control de la Actividad judicial, a diferencia del control de la arbitrariedad, es un control de tipo político al poder de decisión del juzgador, pues, el acto de exponer a la opinión pública las razones de su resolución tiene inmanente la debilitación del ejercicio autoritario del poder. En este sentido viene lo que sigue:

“El jurista español Ernesto Pedraz Penalva sostiene el mismo criterio de don Andrés Bello. El nos explica que con relación a la motivación de las resoluciones judiciales, una de sus funciones “radica en garantizar el control del modo en que el Órgano Jurisdiccional ejerce su poder, en un más amplio

⁵⁶ López Borja de Quiroga, Jacobo. Magistrado, y otros; ob. cit. ; pág. 99

principio de controlabilidad que tipifica la moderna noción de Estado de Derecho. En este sentido, Tarffo alude a la función política de la obligación de motivar como tramite del control difuso sobre el ejercicio del poder judicial. Para dicho autor, no cabe además duda de que el deber constitucional de motivación es expresión del principio de la participación popular en la Administración de Justicia, poseyendo naturaleza de garantía estrechamente conexas con los principios de independencia y sujeción del juez a la ley y con la garantía de defensa”⁵⁷

3.3 DEFINICIÓN DEL CONCEPTO: “MOTIVACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES”

La estructura de la definición del concepto “*Motivación de las providencias judiciales*”, que proponemos en el presente trabajo, se apoya en los principios metódicos para la construcción lógica de las definiciones de conceptos y categorías. En el anterior sentido, la definición de nuestro concepto refleja las características específicas determinadas tanto por la práctica judicial como por el pensamiento jurídico salvadoreño. Sin embargo, la selección de las fuentes de información se hizo atendiendo al criterio que las opiniones consultadas representaran las influencias de la *Teoría del garantismo penal*, pues, ésta ha logrado, por ahora, el mejor desarrollo del concepto *Motivación*. Para la elaboración de nuestra definición se aplicó la siguiente teoría lógica, que en síntesis dice:

“DEFINICIÓN: (del latín “definitio”, derivado de “definire”, marcar los límites [“fines”], delimitar, determinar, precisar). 1.- Exacta *determinación* lógica con que se registran los caracteres esenciales y diferenciales de un objeto o significado de un concepto -su contenido y límites. 2.-...Mediante las definiciones reales, los objetos se delimitan por sus características específicas

⁵⁷ Pino Salazar, Federico Edmundo; ob. cit., pág. 76.

(propiedades y relaciones)...se fijan los resultados de una prolongada investigación científica, se simplifican las complejas descripciones que se encuentran en la ciencia, etc...”⁵⁸

A nuestra definición salvadoreñisada anteponeamos, por una parte, un conjunto de definiciones de diversas corrientes jurídicas, vigentes en otras realidades extrañas a nuestra práctica judicial y pensamiento jurídico, a excepción de una definición de la Sala de lo Constitucional de nuestro país. Por otra parte, anteponeamos las fuentes de información de nuestro concepto, las cuales son las opiniones de tres abogados litigantes y dos jueces salvadoreños, con experiencia en lo penal, entrevistados (as) con el objetivo de caracterizar su concepción de la Motivación de las Providencias judiciales. Por último, se presenta la lectura de una muestra de 50 estudiantes encuestados de cuarto, quinto año y egresados de la carrera de ciencias jurídicas de la Universidad de El Salvador, quienes desde su nivel ocupan un lugar en el pensamiento jurídico salvadoreño.

3.3.1 Definiciones de la Motivación de las Providencias judiciales según diversas corrientes jurídicas contemporáneas

Por su carácter práctico, las funciones de la Motivación inciden en su definición dando lugar a la existencia de distintas corrientes jurídicas que se identifican con una o varias de sus propiedades, siguiendo este criterio se clasifican estas corrientes bajo la división siguiente: 1) corriente descripcionista; 2) corriente justificacionista; y 3) corriente cognoscitivista. Esta clasificación se apoya en el postulado siguiente:

⁵⁸ Rossental, M.M. y Iudin P. F.; Diccionario Filosófico, Ediciones Tecolut, 1º edición, 1971, impreso en Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador.

“...cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la <<individualización del *inter* lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión>>; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo. Del anterior difiere 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 ha 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...”⁵⁹

3.3.1.1 Corriente describicionista

Esta corriente identifica la motivación de las providencias con el acto de descripción que resulta de exponer las razones y argumentos en los que se baso el juzgador para tomar su decisión; veamos a continuación dos ejemplos de esta clase de concepciones.

-Ignacio Sierra Gil de la Cuesta:

“Motivación de la Sentencia desde el punto de vista amplio es la obligación de todo Tribunal de Justicia de exponer sus razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan”⁶⁰

-Clemente A. Díaz:

⁵⁹ Ibañez, Perfecto Andrés; ob. cit. pág 88

⁶⁰ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio Dr.; MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES, Revista de Derecho Constitucional, Nº 2, Julio-Septiembre 1992, publicaciones de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia; San Salvador, El Salvador; pág. 17.

“...es indispensable conocer en qué consiste motivar, razonar o fundamentar una resolución judicial. De acuerdo a Clemente A. Díaz, estriba en: “La exposición coherente y razonada, de las causas que inducen al Juez a calificar jurídicamente una situación fáctica o legal que considera acreditada en el proceso. El Juez presenta un razonamiento que ajusta uno o varios supuestos de hecho a los presupuestos jurídicos establecidos por la Ley, para extraer de esta subsunción una conclusión de carácter jurisdiccional exponiendo mediante declaraciones de conocimiento una argumentación sometida a las reglas de razonamiento, que le ha conducido o que le conducirá al juicio-mandato, esto es, a la declaración de voluntad que es la finalidad propia de la sentencia”⁶¹

3.3.1.2 Corriente justificacionista

Esta corriente jurídica considera que la Motivación de las providencias judiciales es la justificación que hace el Juez o Tribunal de la decisión tomada, es decir, que éste debe determinar cuáles son las razones que tiene para fallar en uno u otro sentido. Veamos un ejemplo de la doctrina argentina, colombiana y española, y uno de nuestra propia Sala de lo Constitucional.

-Raúl Washington Abalos:

“Motivar es el deber de consignar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que la motivación contiene...La motivación es el conjunto armónico de razonamientos emitidos por el juzgador al momento de resolver, que demuestran el camino lógico seguido por aquél”⁶²

-Yesid Reyes Alvarado:

⁶¹ Pino Salazar, Federico Edmundo; ob. cit. pág. 73.

⁶² Washington Abalos, Raúl; ob.cit. pág. 309.

“Cuando en derecho probatorio se acogió el sistema del libre convencimiento en la valoración de las pruebas, y además se ordenó a los jueces de derecho motivar las sentencias por ellos proferidas, luego la prueba indiciaria a su máxima evolución...Relata así esta última frase GIANTURCO: “la verdadera transformación de la prueba de indicios, en el derecho moderno, se dio cuando la libre valoración de las pruebas por parte del juez a los fines de la demostración de la verdad real, se asocio a la obligación del juez de darle a su juicio una justificación plena, a través de la motivación de la sentencia”⁶³

-Jacobó López Borja de Quiroga:

“La convicción debe tener su origen en las pruebas de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma función que el Juzgador comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción. Si el Juez debe motivar una sentencia basándose en criterios objetivos deducidos racionalmente de las pruebas practicadas, dicha motivación servirá de control para evitar que se dicten sentencias condenatorias basadas únicamente en incertidumbres subjetivas del Juez, pero carentes de todo sustento objetivo”⁶⁴

-Sala de lo Constitucional de nuestra República:

“La Motivación persigue que el Juez dé explicaciones de las razones que lo mueven objetivamente a resolver en determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas. En virtud de ello, es que el incumplimiento a la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en juicio...”⁶⁵

⁶³ Reyes Alvarado, Yesid, ob. cit. pág. 5.

⁶⁴ López Borja de Quiroga, Jacobo; ob. cit.; pág. 104

⁶⁵ Amparo 20-2000, de fecha 23 de febrero de 2000; ob. cit.

3.3.1.3 Corriente cognoscitivista

El enfoque de la Teoría del garantismo penal acerca de la motivación de las providencias judiciales la califica como una actividad de naturaleza cognoscitiva, es decir, saber no poder; vemos su contenido básico:

“... el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación cómo las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la <<validez>> de las sentencias resulta condicionada por la <<verdad>>, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el <<poder tan inhumano>> puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el <<saber>>, también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, 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”⁶⁶

3.3.2 Definiciones de la Motivación de las providencias judiciales según la práctica judicial y pensamiento jurídico salvadoreño

A continuación, se presentan los resultados de las entrevistas a tres abogados litigantes y dos jueces, con experiencia en lo penal, quienes a su vez expresan las influencias de la *Teoría del garantismo penal* en la concepción salvadoreña de la Motivación de las Providencias judiciales, así como también,

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi; ob. cit.; pág. 623.

se hace la lectura de la Encuesta de opinión de 50 estudiantes de ciencias jurídicas de la Universidad de El Salvador.

3.3.2.1 Entrevistas a cinco profesionales salvadoreños (as) del derecho

Las opiniones que se presentan de cada uno de los entrevistados (as) son sus respuestas a la pregunta siguiente: ¿para usted, qué es la Motivación de las providencias judiciales? (ver anexo 3 –cédula entrevista, pregunta 5-)

-Licenciado José Reinerio Carranza Lovo. (Abogado litigante penalista)

“La Motivación de las providencias judiciales es analizar la situación jurídica tanto de los hechos como de la prueba, para llegar a una conclusión definitiva, por medio de un razonamiento que aplica un silogismo, que se integra así: una premisa mayor, una premisa menor, y una conclusión.

Lo anterior se traduce de la forma siguiente: primero, se determina el hecho, luego, su significado en el ordenamiento jurídico. Tomemos el siguiente ejemplo: la Vida es un bien jurídico reconocido en la Constitución de nuestra República, el cual es protegido por la ley secundaria en el art. 129 del Código Penal, que a su tenor dice: *“El que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años”*. El anterior enunciado constituye, en el caso concreto, la premisa mayor; luego, de conformidad al Código Procesal Penal, el fiscal presenta un requerimiento o una acusación, señalando como autor o participe de éste hecho a un imputado, lo cual constituye la premisa menor; en este momento, se procede a la aplicación de las diversas teorías jurídicas de la teoría general y especial del delito, así como también de la teoría de la prueba, realizándose un examen de los actos de investigación. Veamos esto último, con un ejemplo: en la etapa inicial y de instrucción podrían encontrarse

entrevistas de testigos captos, entrevistas de víctimas u ofendidos; reconocimiento en rueda de reos, entre otros. Si todos estos actos de investigación se analizan correctamente, con las teorías jurídicas referidas, llevan al juzgador a una conclusión de la existencia o no del delito y a la convicción de la probabilidad o no de la autoría o participación del imputado, en consecuencia el Juez de Paz debe decretar la instrucción formal u otra resolución procedente; y en el caso del Juez de instrucción, decretar la apertura a juicio o también la resolución procedente de conformidad a la ley; todo este proceso de razonamiento implica la Motivación”

El anterior planteamiento dice en esencia: *“la motivación es un proceso de razonamiento deductivo realizado por el juzgador para determinar la existencia o inexistencia de unos hechos, tipificados como delito, por medio de la apreciación de la prueba, que implica determinar la autoría o participación del imputado, concluyendo en una decisión señalada por la ley”*

-Licenciada Maritza Beatriz Chávez Servano (Abogada litigante penalista)

“La Motivación de las providencias judiciales es el proceso cognoscitivo por medio del cual el juzgador determina el por qué de la decisión tomada, a través de la expresión de los motivos de hecho y de derecho en que se basa su resolución”

La anterior profesional es de la opinión que sigue: *“La Motivación es un proceso cognoscitivo para determinar el por qué de la decisión tomada, que debe basarse en los motivos de hecho y de derecho”*

-Licenciado Oscar Orlando Alférez Salguero (Abogado litigante penalista)

“La Motivación es la invocación y exposición de las razones de la persona del Juez, en la que hace descansar y justificar la decisión tomada, por ejemplo, la motivación de la detención provisional debe tener razones coherentes con

los extremos que la doctrina jurídica respectiva reconoce como requisitos de procedencia para su aplicación o para la procedencia de una medida sustitutiva; por ejemplo, si el Juez considera que el imputado puede darse a la fuga u obstaculizar la justicia y por tanto, decreta la detención provisional, para justificar su decisión debe razonar que no se ha comprobado debidamente la existencia de arraigos -laborales, domiciliarios y familiares-.”

La idea central de la anterior concepción es la siguiente: *“La motivación de las providencias judiciales es la exposición de las razones en las cuales justifica el juzgador la decisión tomada”*

-Licenciado Sidney Blanco (Juez quinto de instrucción de San Salvador)

“La Motivación de las providencias es el razonamiento judicial, tanto de los aspectos de hechos como de derecho, que permite divulgar la línea de interpretación del juez sobre esos hechos y el derecho, en el caso concreto. Es dar una explicación razonable sobre los argumentos de las partes, y de esta manera, responder a sus planteamientos. Para que la Motivación sea suficiente debe comprender la totalidad de las peticiones realizadas durante el proceso por los litigantes.”

El Juez quinto de instrucción tiene el criterio judicial siguiente: *“La Motivación es dar a conocer la línea de interpretación de los motivos de hecho y de derecho, por medio de una explicación razonable de los argumentos y peticiones de las partes, todo lo cual es resuelto en la decisión tomada”*

-Licenciada Mirna Antonieta Perla Jiménez (Magistrada de la Sala de lo Civil y Jueza propietaria del Juzgado primero de menores de Santa Tecla)

En mi experiencia de más de nueve años como juzgadora en los procesos penales para menores, la manera cómo la Motivación de las providencias se ha

entendido tiene distintos momentos; recordemos que los Juzgados de menores fueron en 1995 los pioneros en la aplicación de los principios del moderno proceso penal, los cuales negaban el proceso de corte inquisitivo que aún se encontraba vigente a través del Código Procesal Penal de 1974; en este contexto desarrollar la actividad judicial con la oralidad, contradicción, publicidad, etc; y en materia probatoria, valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no tenía precedente en la práctica judicial salvadoreña.

Superada la anterior etapa de transición y definida la estructura de este sistema penal especial la experiencia judicial adquirida permitió que la actividad motivadora de los jueces y juezas alcanzara cierta calidad, que se aproxima a una concepción moderna en esta materia. Ejemplo de lo último apuntado es el tema de la finalidad del proceso penal juvenil. Por medio de éste tema pude comprender que no podría sostenerse el criterio clásico con el cual se nos había formado, sino, que la intuición basada en la gran cantidad de casos resueltos tenía una lectura diferente, que nos advertía de la imposibilidad de conocer por medio de un juicio penal la verdad real o material. Con la serie de capacitaciones, integraciones de otras disciplinas del saber, compartimientos de experiencias, y otros estudios realizados, comprendí que la finalidad del proceso penal juvenil es la verdad probable, considerando que es Luigi Ferrajoli el expositor que ha logrado el mejor tratamiento técnico a esta temática a través de su obra: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. De lo último, resultó en la práctica que aprendimos a formar la convicción de acuerdo a las reglas de la sana crítica, aplicadas tanto en la valoración de la prueba como en los argumentos expuestos directamente por las partes durante el debate de cada audiencia.

En definitiva, para mí la motivación de las providencias es el razonamiento judicial de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tanto de la prueba como de

los argumentos expuestos directamente por las partes en los debates de cada audiencia, lo cual formará la convicción que permite aplicar con certeza práctica una decisión que se encuentra en la ley.

3.3.2.2 Lectura de la Encuesta realizada a 50 estudiantes de derecho de la Universidad de El Salvador

De la lectura de la Encuesta a 50 estudiantes de cuarto, quinto año y egresados de ciencias jurídicas de la Universidad de El Salvador (ver Tabla 1.1 del Anexo 1), se ha obtenido una muestra de cómo conciben la Motivación de las providencias judiciales los estudiantes que actualmente están en su proceso de formación académica, lo cual los hace ocupar cierto nivel de representatividad del pensamiento jurídico salvadoreño. Veamos sus resultados:

-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)

-De conformidad a la pregunta dos, el 98% de los encuestados opina que sí es importante que los jueces de instrucción fundamenten sus providencias; el 2% opina que no es importante. En cuanto a la asociación de esa importancia el 14.29% opina que es debido al principio de legalidad; el 26.53% a la actividad impugnativa, el 6.12% a la publicidad de la motivación, el 8.16% al

derecho de defensa, el 6.12% a la seguridad jurídica, el 8.16% es un deber del juzgador motivar sus resoluciones, el 14.29% para no violar las garantías constitucionales, el 2.04% por principio de legalidad y derecho de defensa; el 4.08% por revestir de racionalidad la decisión, el 2.04% por seguridad jurídica y derecho de defensa, y el 8.16% se abstuvo de responder. (ver Tabla 1.1 y 1.3 del Anexo 1)

-En cuanto a la pregunta tres, el 88% percibe que no otorgan los jueces de instrucción suficiente importancia a la Fundamentación de sus providencias; y sólo el 8% percibe que sí le otorgan la suficiente importancia; y el 4% se abstuvo de opinar. (ver Tabla 1.1 del Anexo 1)

-En relación a la pregunta cuatro, sólo el 10% opina que los jueces de instrucción sí tienen una amplia cultura de motivación; pero la mayoría que es el 90% opina que los jueces de instrucción no tienen una amplia cultura de la fundamentación de sus providencias, lo cual se lo atribuyen, de conformidad a la pregunta cinco, a los factores siguientes: el 16% a la falta de interés de los jugadores, el 6% a la falta de labor de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la judicatura, el 18% por acomodamiento del juzgador, el 20% por presiones externas que atentan contra la independencia judicial; el 14% por falta de capacitaciones del CNJ y por falta de interés del juzgador; el 6% por falta de capacitación judicial, el desinterés y el acomodamiento, el 6% por carga de trabajo judicial; el 2% por el desinterés de las partes; el 4% por ignorancia e incapacidad; el 2% por ideología política; y el 6% se abstuvo. Esto se confirma en coherencia con la opinión de la pregunta siete, que el 86% considera que los jueces de instrucción no reciben suficiente capacitación para fundamentar sus providencias; y el 14% afirma que si reciben suficiente capacitación. (ver Tabla 1.1 y Tabla 1.4, respectivamente, del Anexo 1)

-La nueve y última pregunta, mide el grado de importancia que la comunidad estudiantil otorga a favor de esta institución, pues, el 66% opina que si debería tener rango constitucional la fundamentación de las providencias judiciales; y el 34% opina que no. (ver Tabla 1.1. del Anexo 1)

A nuestro parecer, la concepción de la motivación de las providencias judiciales existente en la opinión estudiantil de la carrera de ciencias jurídicas de la Universidad de El Salvador se caracteriza por la importancia que este sector da a esta institución, pues, el 98% opina que la motivación es importante, incluso el 66% de los encuestados considera que ésta debería tener rango constitucional; lo interesante de las respuestas es la intuición de los estudiantes de asociar la importancia de la motivación con los principios y derechos siguientes: *principio de legalidad, actividad impugnativa, publicidad, derecho de defensa, seguridad jurídica, deber del juzgador de motivar sus resoluciones, respeto de las garantías constitucionales y racionalidad de la decisión*. La pregunta uno pretendió medir la ubicación que hacen los estudiantes del tema motivación dentro de su formación académica, acertando en su mayoría que esta institución es de naturaleza procesal. En cuanto al resto de resultados, debe tenerse en cuenta que las respuestas miden la percepción estudiantil y no una opinión técnica acreditada, por tanto, somos del criterio que esos resultados tienen valides en otro campo de investigación como por ejemplo, la sociología jurídica.

3.3.3 Contenido lógico de la definición del concepto: “Motivación de las providencias judiciales” en la realidad jurídica salvadoreña

Del conjunto de características comunes inducidas de las entrevistas a los profesionales salvadoreños (ñas), relacionadas anteriormente, y de los resultados de la Encuesta de opinión estudiantil, se estructura a continuación una definición del concepto *Motivación de las providencias judiciales*, que

pretende constituir la expresión teórica del significado real que, por ahora, tiene este concepto en la práctica judicial y pensamiento jurídico salvadoreño.

Como toda actividad práctica, la actividad motivadora del juzgador contiene las propiedades comunes siguientes: a) sujeto; b) objeto; c) medio; d) fin; y e) resultado. En las condiciones de la práctica judicial salvadoreña, las referidas propiedades revisten el significado siguiente: a) *Juzgador*; b) *convicción*; c) *valoración de la prueba y argumentos de las partes*; d) *existencia o inexistencia de un hecho punible y forma de la autoría o participación del imputado*; y e) *decisión conforme a la Ley*. Del conjunto de las anteriores propiedades relacionadas entre sí surge la expresión teórica de la concepción de la motivación encontrada en la práctica judicial y pensamiento jurídico de nuestro país, la cual enunciamos de la manera siguiente: la Motivación de las providencias judiciales es:

“El proceso cognoscitivo del juzgador que tiende a obtener un grado de conocimiento en su convicción acerca de la existencia o inexistencia de un hecho punible y la forma de autoría o participación del imputado, con base a la valoración de la prueba y a la percepción directa de los argumentos de las partes (acusación-defensa), teniendo como resultado una decisión previamente señalada por la ley”

3.3.3.1 Sucinta explicación de la anterior definición

Si partimos del principio que la función de la voluntad es querer o desear y la función de la razón es conocer, y tenemos que la naturaleza de la actividad motivadora del juez es un saber, entonces, dicha actividad es un *proceso cognoscitivo*, que tiene como objeto la convicción judicial de la existencia del hecho punible y la autoría o participación del imputado, lo cual está determinado por la información inducida tanto de la apreciación de la prueba

como de la percepción directa de los argumentos de las partes, siendo producidas estas dos fuentes de información por la contradicción del binomio acusación-defensa, teniendo este proceso como resultado final una decisión previamente señala por la ley, es decir, que la decisión del juzgador debe ser en el marco de posibilidades permitido por la Ley como ejemplos: los Arts. 256, 320 y 356 Pr. Pn. (1998) establecen que el juzgador resolverá dentro de las situaciones ahí enumeradas.

Definido el concepto de *Motivación de las providencias judiciales* se pasará posteriormente a su aplicación práctica en el Capítulo IV, que trata de *la Motivación del Auto de detención provisional*.

A continuación, se desarrollan dos elementos constitutivos de nuestra definición, los cuales son: la valoración de la prueba y los grados de conocimiento de la Convicción judicial. Teniendo en cuenta que la convicción del juzgador depende de su aproximación a la verdad como finalidad del proceso penal se contrasta la visión de la verdad real o material con la visión de la verdad probable, pues, en su escogitación encontramos la clave para determina la metodología de la formación de la convicción judicial, además, este contraste nos permitirá introducir claramente los lineamientos generales de la *teoría del garantismo penal*.

3.4 SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es la operación mental que hace el juez para determinar la existencia o inexistencia de los hechos, los cuales son reconstruidos por los elementos probatorios incorporados legalmente al proceso. Históricamente se han experimentado varios sistemas de valoración de la prueba, aquí trataremos los siguientes: Prueba legal o tasada, Íntima convicción y Sana crítica o Libre apreciación.

3.4.1 Sistema de la Prueba legal o tasada

Consiste que el valor de los medios probatorios es fijado por la ley, mediante reglas vinculantes a la convicción del juez, quien debe limitarse a declarar si legalmente se considera que existen o no existen los hechos. En relación a esto, se hace la cita literal siguiente:

“En el sistema de la *prueba legal* es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia convencional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez *debe darse* por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que *no puede darse* por convencido (aunque íntimamente lo esté).”⁶⁷

3.4.2 Sistema de la Íntima Convicción

En este sistema el juzgador forma su convicción de manera subjetiva, que no esta obligado a exteriorizar, pudiendo reservarlo en su intimidad; miremos reflejado esto en lo que sigue:

“En el sistema de la *íntima convicción*, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su *leal saber y entender*. A esta debe agregársele otra característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales”⁶⁸

⁶⁷ Cafferata Nores, José I., *La Prueba en el Proceso Penal*, 1ª Edición, 1986, reimpresión inalterada, 1988, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, pág. 40.

⁶⁸ *Ibidem*; pág. 41.

3.4.3 Sistema de la Libre Apreciación o Sana Crítica

Este sistema se caracteriza por la formación de la convicción judicial a través de los principios epistemológicos para lo cual obliga la ley al Juzgador ha exteriorizar éste procedimiento racional a través de la Motivación de sus decisiones. En este sentido viene la lectura que sigue:

“El sistema de la *libre convicción o sana crítica racional*,..., establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llega sea el fruto racional de las pruebas en que se las apoye.

...el juez...encuentra un límite infranqueable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica*, de la *psicología*, y de la *experiencia común*.

La otra característica de este sistema es la necesidad de *motivar* las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces, de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que se llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.

Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la *descripción* del elemento probatorio (v.gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su

valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.”⁶⁹

El anterior sistema de valoración de la prueba es el que se aplica en el Código Procesal Penal (1998) de nuestra República, en virtud de los Arts. 15 y 162, último inciso, que a su tenor dicen:

Art. 15, inc. segundo y séptimo:

“... No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el juez aplicando las reglas de la sana crítica...”

..., si el vicio de la prueba consiste en no haber sido incorporada al proceso con las formalidades prescritas por este Código, la misma podrá ser valorada por el juez como indicio, aplicando las reglas de la sana crítica.”

Art. 162, ult. Inciso.

“Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”

3.5 Convicción judicial y sus grados de conocimiento

3.5.1 Convicción judicial

La Convicción judicial tiene como principio esencial que su formación depende de los elementos de prueba apreciados (juzgados) por el juez, de

⁶⁹ Ibidem; págs. 42 y 43

aquí la importancia decisiva para la motivación de las providencias judiciales el tipo de sistema de valoración de prueba reglamentado legalmente, leamos lo que sigue:

“Ya se dijo que el proceso penal tiende a descubrir la verdad sobre la hipótesis delictiva que constituye su objeto, para lo cual no hay otro camino científico ni legal que no sea el de la prueba.

En virtud de ella el juez va formando su convicción acerca del acontecimiento sometido a su investigación. La prueba va *impactando* en su conciencia, *generando distintos estados de convicción* cuya proyección en el proceso tendrá diferentes alcances...”⁷⁰

3.5.2 Grados de conocimiento de la Convicción judicial

Como se dice arriba, la Convicción judicial se forma con la valoración de la prueba, y va alcanzando distintos niveles de verdad, éstos se enuncian a continuación.

3.5.2.1 Probabilidad

La característica de este estado de convicción judicial es la presencia de elementos positivos y elementos negativos de la existencia e inexistencia de los hechos, respectivamente; si los primeros son más fuertes, entonces, se dice que existe la probabilidad; si los segundos son más fuertes, entonces, se dice que existe una probabilidad negativa o improbabilidad. Por esta concurrencia de elementos positivos y negativos es que los lógicos afirman que la Probabilidad es un estado intermedio entre la Certeza y la Duda. Veamos el texto siguiente:

⁷⁰ Ibidem; págs. 5 y 6

“Habrá probabilidad, en cambio, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezcan, pero los *elementos positivos sean superiores en fuerza a los negativos*; es decir, que aquellos sean preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento. Cuando los elementos negativos sean superiores a los positivos (desde el mismo punto de vista), se dice que hay *improbabilidad* (o probabilidad negativa).” ⁷¹

3.5.2.2 Certeza

Siempre orientándose por el criterio del alcance de la verdad, la Certeza es el convencimiento de estar en posesión de ésta. En este sentido si la convicción tiende a la existencia de los hechos hay una certeza positiva, y si tiende a la no existencia de los hechos hay una certeza negativa. Leamos lo que sigue:

“Sin embargo la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme, se dice que hay *certeza*, la cual se puede definir como *la firme convicción de estar en posesión de la verdad*.”

La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe). Pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos tratando de alcanzar esa certeza” ⁷²

⁷¹ Ibidem; pág. 7.

⁷² Ibidem, pág. 6

3.5.2.3 Duda

La Duda se presenta al encontrarse el juzgador ante la oscilación que lo atrae hacia la existencia de los hechos pero no es suficientemente fuerte y hace una variación pendular hacia su contrario, la inexistencia de los hechos. Esta afirmación se documenta en el texto siguiente:

“Entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar la duda en sentido estricto, como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del *equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla*, siendo todos ellos igualmente atendibles.

O más que equilibrio, quizá sea una *oscilación*, porque el intelecto es llevado hacia el sí y luego hacia el no, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos, sin que ninguno de los dos polos, ni el positivo ni el negativo, lo atraigan suficientemente, como para hacerlo salir de esta indecisión pendular”

73

3.5.3 Calidad de Verdad como finalidad del proceso penal moderno. Visiones de la teoría jurídica tradicional y teoría del garantismo penal

3.5.3.1 Visión de la teoría jurídica tradicional

Dentro del conjunto de teorías jurídicas denominaremos tradicional a aquellas que conciben la *verdad real o material* como objetivo del proceso

⁷³ Ibidem; pág. 7.

penal moderno. En este sentido citamos dos posiciones representativas que sostienen el anterior punto de vista, la primera tiene como referente al tratadista argentino José I. Cafferata Nores, quien ha influenciado el criterio de varios operadores del Sistema Penal salvadoreño, y por tanto, su doctrina se encuentra arraigada en el pensamiento jurídico de nuestro país, leamos qué nos dice:

“La verdad que se persigue en el proceso penal es, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, la históricamente ocurrida, denominada verdad material o, mejor, *verdad real*. Conviene, entonces, buscar un concepto de verdad.

Partiendo de las definiciones clásicas, cabe decir que la verdad es *la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad.*”⁷⁴

La segunda posición representativa tiene como referente la Comisión redactora del actual Código Procesal Penal de 1998 de nuestra República, incorporando esta visión dentro del sistema penal salvadoreño, la cual en síntesis dijo:

“La sencillez, contradicción, celeridad, inmediación, oralidad, valoración probatoria de acuerdo a la sana crítica, son los principios rectores y cualidades

que debe tener el proceso penal en la actualidad, es por ello que se hace necesario modificar integralmente el proceso penal salvadoreño, incorporando un sistema moderno oral y público cuyos principios fundamentales serán:

...ch) Principios de la verdad real o material: el juez o tribunal debe llegar al fondo del asunto, desentrañando la verdad histórica real de lo sucedido, y para tal efecto, debe desarrollar una labor de amplia investigación para poder

⁷⁴ Ibidem, pág. 6

obtener la verdad material del hecho puesto bajo su conocimiento, dejando de ser dentro de este sistema la confesión, la reina de las pruebas.”⁷⁵

Ahora bien, la dificultad no es afirmar que la *verdad real o material* constituye la finalidad del proceso penal, sino, que la dificultad estriba en comprender cómo y por qué.

-examinemos el cómo.

La *verdad real o material* es el resultado principal del razonamiento deductivo, el cual tiene como mecanismo el *silogismo* cuya estructura se divide así: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. Los silogismos a su vez se dividen en: categóricos, hipotéticos y disyuntivos. La teoría jurídica tradicional considera que en el derecho operan las reglas propias del silogismo hipotético, fundamentado en el principio de razón suficiente. Leamos esto a continuación:

“... Así, el T.S.J. Cba. (Sala Penal, “Bustos”, 6/9/77) dijo: “Si la prueba no permitió desvirtuar la defensa material del imputado confesante y en todo caso fundó una duda razonable sobre una circunstancia de valor decisivo que éste invocó, debió aplicarse el principio *in dubio pro reo* con las consecuencias que

marca el art. 410, 3º Párrafo, del C.P.P. idem, C.S.J.N., 287-212; 281-69. Aunque se podría pensar, quizá, que la aplicación de este principio puede ser *indirectamente* verificada por el control de motivación de la sentencia, pues la necesidad de certeza sobre las conclusiones fácticas a que llegue el tribunal de juicio, proporciona un contenido particular al principio lógico llamado “de razón suficiente”. Es que la observancia de éste en una resolución jurisdiccional

⁷⁵ Sánchez Cerna, Homero Armando Dr., y otros, ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL (Texto para consulta nacional); Comisión redactora del Código Procesal Penal, Ministerio de Justicia; Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica; mayo de 1993, págs. 6 y 7.

“estará sometida a diversos requisitos, según sea el grado de conocimiento requerido por el ordenamiento legal respectivo, para arribar a las conclusiones de hecho en que el fallo se asienta. Así, el respeto al aludido principio lógico no estará sometido a las mismas exigencias cuando la ley se satisfaga con un mero juicio de probabilidad hacer de los extremos fácticos de la imputación delictiva (como ocurre, por ejemplo, en relación al auto de procesamiento), que cuando se requiere certeza acerca de la existencia de aquéllos (como sucede respecto de la sentencia condenatoria). Esta última hipótesis exigirá que la prueba en que se basen las conclusiones, a que se arriba en la sentencia, sólo puede dar fundamento a esas conclusiones, y *no a otras*; o, expresado de otro modo, que ellas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento” (mi voto en T.S.J. Cba., “Flores”, sent. 40, del 27/12/84). Si esto último no ocurre, la motivación violará al principio lógico de razón suficiente y podrá determinar la nulidad de la sentencia, si se refiere a elementos probatorios de valor decisivo (art. 417, inc. 3).” ⁷⁶

- Ahora, veamos el por qué.

La *verdad real o material* no es el único resultado del razonamiento deductivo, solo su resultado principal; el otro producto lógico al que podemos arribar por esta vía es la *verdad formal*. La primera, en el caso del derecho, surge de la aplicación de reglas del silogismo hipotético, fundado en el principio de razón suficiente, reflejando de forma ideal una realidad materialmente existente. La segunda, *verdad formal*, surge del seguimiento lógicamente correcto de la operación deductiva, pero por la inconsistencia en alguna de las premisas del silogismo se llega a un resultado lógicamente verdadero de un objeto sin existencia en la realidad. De esto último, nace la necesidad que el proceso penal busque la verdad real o material, debido que la verdad formal *podría* orientar la convicción judicial a la culpabilidad, con base a un objeto

⁷⁶ Cafferata Nores, José I.; ob. cit.; en cita a pie págs. 12 y 13.

lógicamente correcto, pero sin existencia real, lesionando la presunción de inocencia.

3.5.3.2 Visión de la teoría del garantismo penal

A diferencia de la teoría jurídica tradicional, que considera el razonamiento del juzgador exclusivamente una operación mental deductiva, la *teoría del garantismo penal* considera que la lógica judicial es la combinación entre la *inferencia inductiva* para la reconstrucción de los hechos por medio de la prueba, y la *inferencia deductiva* para subsumir dichos hechos en el derecho, teniendo como consecuencia lógica concebir como finalidad del proceso penal moderno la *VERDAD PROBABLE*, por consiguiente, propone abandonar la verdad real o material como principio metódico de la investigación jurídico-penal.⁷⁷

⁷⁷ Reflexionemos pausadamente el siguiente texto transcrito, en el mismo encontraremos todos los postulados de la *teoría del garantismo penal*, que se refieren al problema de la verdad como finalidad del proceso penal moderno, expuesto por el tratadista español Dr. Perfecto Andrés Ibáñez, veamos su contenido:

“En efecto, el proceso, en la experiencia histórica ha encontrado la justificación racional de su existencia en la condición de medio idóneo para alcanzar la *verdad*. Hoy diríamos *un cierto tipo de verdad*, porque es precisamente –cuando menos en teoría- en la diferencia específica que implica la *relativización* del concepto verdad, donde radica el principal criterio de discernimiento de lo que podría llamarse un proceso penal moderno.

...descartando el supuesto de que sea posible aspirar a alguna categoría de verdad absoluta, como ya preconstituida fuera del proceso y que pudiera alumbrarse en éste, y descartando hoy también el ideal ilustrado de una mecánica aplicación de la Ley según el modelo silogístico, no cabe duda que la verdad procesal es una verdad necesariamente relativa. Una verdad probable.

En este sentido los autores la han asimilado a la verdad histórica, buscando con frecuencia un cierto parangón entre la actividad del juez y la del historiador.

...Sin embargo, la actividad del juez suele diferenciarse de la del historiador en que versa sobre 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

No es posible detenernos a analizar todas las consecuencias lógicas de esta propuesta, y sus repercusiones prácticas en el proceso penal moderno, sin embargo, es inevitable referirnos a lo esencial de esas consecuencias y repercusiones. Lo anterior lo enumeramos a continuación:

-En primer lugar, acompañando la propuesta de verdad probable esta teoría postula que el proceso penal moderno debe responder a dos valores, los cuales son: verdad y libertad; teniéndose que cualquiera de los dos valores no

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 como objeto la averiguación de la *verdad*.

Y ello siempre que a las consideraciones antes expuestas se añada otra ya puesto 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 proposiciones relativas a actos humanos ya acontecidos, articulados en forma de hipótesis por la acusación.

...En consecuencia, en el juicio se trata de poner en circulación para que sea debatida, una afirmación o conjunto de afirmaciones de naturaleza descriptiva, referida a una situación de hechos que se pretende efectivamente producida de una cierta manera y de apoyar cierta propuesta con determinados datos probatorios, con el fin de llegar a una conclusión.

La mecánica de este modo de operar es la propia de la inferencia inductiva, que, como se sabe, produce solo conocimiento probable. De ahí el abandono del viejo criterio de la prueba legal. Porque en materia de inducción no hay reglas que permitan asegurar la certeza de una conclusión.

Es decir, algo diferente de lo que ocurre en el caso del razonamiento deductivo, donde si las premisas son verdaderas y la inferencia correcta, por aplicación de una ley general, se llega a una conclusión también verdadera; porque toda la información o el contenido de la conclusión estaba ya contenido, al menos de forma implícita, en las premisas.

En cambio, en el razonamiento inductivo, la conclusión aporta información que no se hallaba en las premisas. Lleva el conocimiento más allá de lo que se sabía previamente, pero en ese salto hacia delante hay un riesgo. De ahí la importancia del rigor en la inferencia y de que exista clara conciencia de la calidad de verdad (verdad probable) que es posible obtener por este medio. En el caso de la inferencia judicial, a las reglas que deben presidirla en tanto que inferencia inductiva se yuxtaponen las que regulan el procedimiento probatorio desde el punto de vista procesal. Estas se orientan esencialmente a preservar el momento del juicio de influencias externas, con objeto que sea lo actuado en él la auténtica fuente del conocimiento judicial en lo relativo a la cuestión de hecho” -Ibáñez, Perfecto Andrés; ob. cit. págs. 60-62 y 67-

pueden sacrificarse uno en aras de otro. Veamos lo que nos dice en este sentido:

“...El juicio penal -como por lo demás toda actividad judicial-, ha escrito Ferrajoli, es un “saber-poder-”, es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). En esa trama cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa. En el modelo ideal de la jurisdicción, tal como lo concibió MONTESQUIEU, el poder es “nulo”: en la práctica sucede a menudo que sea nulo el “saber”.

...El proceso penal, en cuanto instrumento complejo, que implica ejercicio de “poder” que se concreta a un tipo de actividad orientada a un “saber” sobre determinados acontecimientos de la experiencia, resulte simultáneamente funcional a dos valores: libertad y verdad.”⁷⁸

-La segunda consecuencia lógica, y su repercusión práctica en el proceso penal, es la formación de la convicción judicial tanto por la percepción de los hechos reconstrucción por la prueba, como por la percepción directa de los argumentos de las partes planteados en el libre debate de acusación-defensa. Pero además, las partes desempeñan un papel activo de incidencia en la valoración de los elementos de prueba a través del mecanismo del interrogatorio, pues, éste pretende incidir en la formación de la convicción judicial. Examinemos a continuación estos postulados de la teoría del garantismo penal:

“... La acusación recuerda Carrara, presenta su propuesta –de dar como acontecidos de cierta manera ciertos hechos- “en forma de teorema, (y) aunque para el reo lo sea, siempre será un problema para los demás”. Precisamente en

⁷⁸ Ibidem, págs. 60 y 61.

eso consiste el papel de la defensa: la problematización de lo que se presenta como tesis, pero constituye sólo una hipótesis de trabajo.

...Naturalmente, la búsqueda de la verdad que tiene lugar en el proceso no es una búsqueda cooperativa, porque es evidente que el imputado (en el caso de ser efectivamente culpable) carecerá del mínimo interés de contribuir al éxito de semejante empresa. Pero el modelo funciona objetivamente, al margen y por encima de la intención de las partes, en la medida en que pueden interrogar y debatir con libertad, y el tribunal forma su convicción en la percepción directa de los argumentos.”⁷⁹

-La tercera consecuencia y repercusión es en la *Motivación de la convicción judicial*. Si el juzgador concibe como finalidad del proceso penal la búsqueda de la *verdad probable*, éste formara su convicción hasta el momento del debate, porque la metodología le exige tomar en cuenta los resultados de las intervenciones de las partes, por medio de los argumentos y el interrogatorio. Distinto a lo que acontece en el intelecto del juzgador que concibe la *verdad real o material*, pues, esta metodología parte del supuesto de reflejar la realidad que existió en el pasado, por tanto, en la practica existe el riesgo que el juzgador a través del estudio preliminar del expediente judicial realice una valoración superficial de la prueba con lo que podría adelantar su criterio, creyendo haber alcanzado esa verdad, y por tanto, entrar contaminado al examen del debate de la defensa y acusación con el prejuicio de una decisión anticipada.

A manera de recapitulación, la crítica de la *teoría del garantismo penal*, en esencia, señala que el razonamiento judicial no es un proceso cognoscitivo fundamentado en la lógica deductiva del silogismo aristotélico, con el cual se busca la certeza de una verdad real o material, sino, que la lógica judicial

⁷⁹ Ibidem, págs. 63 y 65.

combina la inferencia inductiva con la deductiva bajo las reglas lógicas siguientes: dos silogismos teóricos y un silogismo práctico. En relación a esto, leamos lo siguiente:

“La representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo, que tiene en la conocidísima formulación de Beccaria, su expresión más acabada, aunque siga formando parte del bagaje cultural de no pocos profesionales del derecho, ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva del modo de operar judicial en la elaboración de la sentencia.

Sin embargo, creo que en ningún caso se había hecho con el rigor con que Ferrajoli a llevado a término la, seguramente, más acabada tarea de crítica y propuesta de un modelo alternativo de comprensión de la tarea jurisdiccional.

A su juicio, ninguna de las dos operaciones de las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: ni la inducción representada por la prueba de los hechos, ni la deducción en que consiste la calificación jurídica de los mismos tienen la forma de las *proposiciones normativas*, sino de *proposiciones asertivas*, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

Frente a lo sostenido por Beccaria, Ferrajoli ve en el *modus operandi* del juez 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 a 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 a 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 debe ser condenado a tal pena.

Así resulta que el lugar del silogismo de Beccaria ha sido ocupado por dos silogismo de carácter teórico y un silogismo práctico o deóntico”⁸⁰

⁸⁰ Ibidem, pág. 104 y 105.

CAPITULO IV

DE LA MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

El contenido lógico de la definición del concepto *Motivación de las providencias judiciales*, construido en el capítulo anterior, es el principio metódico del análisis del presente capítulo. Pero téngase en cuenta que dicha definición es de carácter general, lo que significa que cada elemento constitutivo del referido concepto es aplicado aquí en su sentido específico a la providencia judicial analizada. Así por ejemplo, la prueba indiciaria es la clase específica de prueba que valora el juzgador para alcanzar el grado de conocimiento de probabilidad, el cual es el estado de convicción exigido por la ley para la procedencia de la detención provisional.

En cuanto al método de exposición del tema **3**, titulado: *Motivación del auto de detención provisional*, se sigue el orden lógico de los requisitos enumerados en los artículos 292, 293 y 294 inc. 2º del Código Procesal Penal (1998), sin la intención de hacer un comentario de estas disposiciones, sino, con el propósito de reflejar cómo el o la juzgador de lo penal salvadoreño, fundamenta cada uno de los requisitos para motivar el auto de detención provisional. La base fáctica del contenido del referido tema esta constituida por el estudio de ochenta y ocho expedientes judiciales de los Juzgados primero y quinto de instrucción de San Salvador, distribuidos en diez tipos de delitos.

El último tema de este Capítulo es una síntesis de la propuesta de Luigi Ferrajoli, titulado: “un proceso penal sin prisión provisional”, que señala críticamente esta medida por carecer de validez epistemológica y jurídica.

4.1 NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL.

4.1.1 Naturaleza jurídica de la detención provisional

La naturaleza jurídica de la detención provisional es de dos clases, las cuales son: intraprocesal y extraprocesal; la primera se refiere a su naturaleza de medida cautelar personal, que por afectar la libertad ambulatoria, y por tanto, provocar los mismos efectos prácticos que la pena de prisión, se convierte en la medida más gravosa utilizada en el proceso penal. En relación a su naturaleza extraprocesal se asocian fines ajenos al aseguramiento de la eficacia del proceso penal, que se encaminan a aliviar el impacto negativo que tiene la comisión del delito en la sociedad en general.

Pasemos a los planteamientos teóricos de la doctrina española, advirtiendo de pasada que la detención provisional que regula el derecho procesal penal salvadoreño, equivale en aquella doctrina a la figura de la Prisión provisional, en cambio la detención provisional en el derecho procesal penal español es la detención por el termino de inquirir en el nuestro; luego de estas aclaraciones necesarias veamos qué nos dicen algunos teóricos españoles en la siguiente lectura:

“El cuestionamiento de la prisión provisional (en adelante pp) se ha convertido ya en un lugar común de cualquier análisis crítico de la regulación del proceso penal... En efecto, a pesar de que el adjetivo *provisional* pretende aligerar la carga represiva e inquisitiva que contiene el sustantivo *prisión*, es difícil que con un mero vocablo se lenifique la grave contradicción que supone el hecho de que una persona esté en prisión sin haber sido juzgada. A fin de cuentas, el imputado que se halla privado de libertad lo está debido a la existencia de meros indicios y no de auténticas pruebas, pues su caso no ha

sido sometido todavía a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar con todas las garantías su derecho de defensa y obtenido una resolución definitiva.

En ese contexto se hace sumamente difícil justificar una medida que, si bien se le adorna con los calificativos de *cautelar* y *provisional*, constituye realmente, eufemismos aparte, una auténtica pena de efectos irreversibles, toda vez que la privación de libertad que conlleva ya no resultaría solventable en la hipótesis de que el inculpado fuera absuelto... En efecto, su naturaleza de medida cautelar personal es indiscutible a tenor del propio concepto de la institución, definida como la privación de libertad de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho punible dirigida a asegurar en última instancia la efectividad de la eventual sentencia condenatoria con que puede finalizar el proceso penal.

...Ha de admitirse, pues, que junto a los fines específicos de su naturaleza cautelar (evitar la fuga del imputado, asegurar el éxito de la instrucción e impedir la ocultación de futuros medios de prueba), cumple otros de naturaleza extraprocesal (impedir la reiteración delictiva y aliviar el desasosiego derivado de la alarma social que generan las presuntas conductas delictivas).”⁸¹

4.1.2 Características de la detención provisional

El contenido teórico de estas características debe trascender a la práctica judicial, por lo que, su estudio es condición necesaria para la racionalización de la procedencia de esta medida en este sentido, el juzgador que acuerde su

⁸¹ Barriero, Alberto Jorge. Magistrado; LA PRISION PROVISIONAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL; contenido en: Ibáñez, Perfecto Andrés. Magistrado. Director, y Otros; Detención y Prisión Provisional; Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial; Cuadernos de Derecho Judicial; 1º Edición, 1996, Madrid, España; págs 50 y 52.

utilización debe tener presente en su examen, además de los indicios que acrediten alguno de sus requisitos, estas características para proceder a la aplicación y mantenimiento de la detención provisional.

Atendiendo a criterios formales y materiales, las referidas características se enumeran de la manera siguiente: Legalidad, Jurisdiccionalidad, Instrumentalidad, Excepcionalidad, Subsidiaridad, Proporcionalidad, Provisionalidad, Temporalidad y la regla *rebus sic stantibus*. Veamos a continuación sus definiciones:

“En lo que se refiere a los *caracteres de la prisión provisional*, la doctrina a enumerado, siguiendo criterios formales y materiales, los siguientes:

Legalidad. 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 tanto las condiciones de aplicación como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos...

Jurisdiccionalidad. En el sentido que los órganos de la administración no pueden adoptar una medida cautelar de esa índole, que corresponde por tanto, exclusivamente, a los órganos del Poder Judicial.

Instrumentalidad. En cuanto que la pp no constituye un fin en sí mismo, sino que está preordenada a un proceso y, en concreto, ha asegurar la presencia del imputado en las diferentes fases procesales en que resulte imprescindible y en la ejecución de sentencia en el supuesto de que fuera condenatoria.

Excepcionalidad. Así lo afirman los arts. 1.1º y 17.1º de la CE, en los que se proclama la libertad de las personas como regla general y la pp como excepción... Si bien esta condición de excepcionalidad ha quebrado en cierto modo con la implantación de los criterios de la “alarma social” y de la “frecuencia delictiva”.

Subsidiariedad. 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 pp, dada la gravosidad que entraña esta última... Entre ellas: el arresto domiciliario, la orden de no abandonar un lugar determinado, la orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades, la prohibición de comparecer en ciertos lugares relacionados con el delito, la obligación de residir en un lugar determinado, la retirada del pasaporte y otra documentación personal, etc.

Proporcionalidad. 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 el resultado del proceso en que se aplica. En este sentido se ha hablado del principio de proporcionalidad como punto de apoyo y pilar fundamental en la regulación de la pp en todo Estado de derecho.

Provisionalidad. En cuanto que la pp sólo debe mantenerse durante el tiempo en que permanezcan las circunstancias que cumplimenten los requisitos legales para su imposición.

Temporalidad. A diferencia de la anterior, y aunque también se trate de una característica relativa a la perdurabilidad de la medida, aquí se incide en que la pp 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.

El TC, por su parte, ha destacado en reiteradas ocasiones como principios que deben marcar las pautas para la aplicación de la pp los de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad”⁸²

José María Asencio Mellado, además de las anteriores, incluye dentro de las características la *regla rebus sic stantibus*, que atendiendo a su contenido, consiste que la vigencia de la detención provisional dependerá de la invariabilidad de los motivos que dieron lugar a su procedencia; y atendiendo a su operatividad, esta regla responde al libre criterio del Juez, quien por medio de una valoración de los requisitos de la detención provisional decidirá si levanta la medida o la mantiene. Leamos esto en la obra conocidísima en nuestro medio, del referido teórico español:

“De todos es conocida la vigencia y la operatividad de la regla *rebus sic stantibus* en el proceso penal y, en concreto, en materia de prisión provisional.

De acuerdo con este carácter, diferente por otra parte de los de provisionalidad y temporalidad, 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.

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.

⁸² *Ibidem*; págs. 54 y 55

... a) *Contenido*. La regla *rebus sic stantibus* hace referencia a la dependencia de la vigencia de la prisión preventiva en un proceso determinado de la subsistencia o invariabilidad de las razones o motivos que constituyeron la base de su adopción.

En su virtud, si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa correlativamente, la medida cautelar ha de sufrir los efectos derivados de tal modificación y, consecuentemente, debe ser levantada o acomodada a la nueva situación.

... b) *Operatividad*. 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 LECrim., podrá mantener o levantar la prisión si considera que los motivos han variado o si por el contrario permanecen inalterables.”⁸³

4.1.3 Requisitos que motivan la detención provisional

De conformidad a su naturaleza intraprocesal y extraprocesal, la detención provisional tiene tres tipos de requisitos, los cuales son: imprescindibles, generales y ajenos al carácter cautelar.

4.1.3.1 Requisitos imprescindibles

Los requisitos imprescindibles, sin los cuales no puede acordarse la detención provisional, son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*; el primero constituye el peligro de fuga, el segundo, consiste en un “juicio provisional de

⁸³ Asencio Mellado, José María; ob. cit. págs. 45, 47-49

imputación” de la autoría o participación del imputado, que tiene la finalidad de determinar si este tiene la probabilidad de ser condenado en sentencia definitiva. Leamos esto a continuación:

“La naturaleza cautelar de la pp impone que se acuerde sólo cuando concurren los dos requisitos exigidos para que opere una medida de esa índole: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Con respecto del primero se configura como un peligro de daño jurídico concreto derivado de la tardanza en la tramitación de un procedimiento... Pues bien, en el proceso penal esa dilación en el tiempo puede derivar en la frustración del proceso debido a la fuga del imputado, de ahí la relevancia de una medida cautelar de carácter personal como la pp.

Y en lo que concierne al *fumus boni iuris*, significa “apariencia o señal de buen derecho”. Con ello se hace referencia en el proceso penal 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 pretende enjuiciar, de tal modo que, dada la relevancia de las medidas cautelares a adoptar contra la persona encausada, no se restrinja cautelarmente sus derechos sin unas probabilidades claras de que, en su momento, puede resultar condenado.

La Ley Procesal Penal, en sus arts. 503 y 504, que regulan los requisitos imprescindibles para acordar la pp exige que concurren ciertos supuestos fácticos y jurídicos encuadrables en los conceptos indicados. Y así, hace referencia a la gravedad del delito, las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado como supuestos insertables en el *periculum in mora*; y requiere también la existencia de “motivos bastantes” para creer como

responsable del hecho delictivo al acusado, como presupuesto claramente subsumible en el *fumus boni iuris*.”⁸⁴

4.1.3.2 Requisitos generales

Los requisitos generales son supuestos jurídicos de la ley, que habilitan al juzgador para acordar la aplicación de la detención provisional, siendo estos: que el hecho punible atribuido sea un delito y no una falta, que el delito tenga pena de prisión, y que el límite máximo sea superior a tres años, veamos esto:

“...En el art. 503 de la LECrim se establecen como requisitos generales para la aplicación de la prisión provisional los tres siguientes: la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito (no es suficiente con una mera falta); que tenga asignada una pena de prisión mayor o superior (en la actualidad ha de ser, en virtud de la Disposición Transitoria Undécima del nuevo Código Penal, una pena de tres o más años de prisión); y, por último, la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del delito al imputado.

Pues bien, así como los presupuestos primero y tercero han de concurrir necesariamente, el segundo –gravedad del delito- pudiera no darse, de forma que el legislador permite acordar la pp atendiendo a estos criterios alternativos que actúan como excepciones: antecedentes del imputado, circunstancias del hecho, la alarma social o, por último, la frecuencia con la que se cometan hechos análogos.

El empleo de la formula disyuntiva (“o”) da pie para que la sola concurrencia de uno de tales supuestos autorice a dictar la pp...”⁸⁵

⁸⁴ Barriero, Alberto Jorge. Magistrado; ob. cit.; pág. 56.

⁸⁵ Ibidem, págs. 70 y 71.

4.1.3.3 Requisitos ajenos al carácter cautelar

Los requisitos ajenos al carácter cautelar de la detención provisional tendrían su justificación como criterios motivadores de la procedencia de esta medida sólo si son aplicados alternativamente y de manera excepcional, después del examen de los requisitos imprescindibles y generales arriba desarrollados. En relación a lo anterior, se implanta lo siguiente:

... A) La alarma social

La alarma social es uno de estos requisitos, concebido como la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas.

...B) Frecuencia de comisión de hechos delictivos análogos

... Se trata de un concepto esencialmente ligado al de alarma social, dado que si se considera como criterio suficiente para fundamentar la pp es debido a la inseguridad y desasosiego que esas clases de conductas reiteradas generen en la ciudadanía.

...C) Peligro de reiteración del hecho delictivo.

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 inculpado, se especula acerca de cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato. De ahí que haya sido subsumido tanto en las “circunstancias del hecho” como en los “antecedentes” del imputado, si bien en el Derecho español no se encuentra recogido de forma expresa.

Se encausa, pues, en este caso la pp hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, asimilándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el acusado haya aparentemente delinuido, si no también en la evitación de que cometa nuevos delitos en tanto no llegue la fecha del juicio.”

86

4.1.3.4 Críticas a los requisitos que motivan la detención provisional

Dentro del cuestionamiento a la detención provisional la doctrina progresista critica los conceptos vagos e indeterminados utilizados como motivos para fundamentar su procedencia, que algunos ni siquiera cuentan con el mínimo parámetro para definirlos, en esta dirección se ha hablado de “legalidad arbitraria”, y en el peor de los casos se ubica el origen de uno de estos conceptos dentro del derecho penal de autor, propio de los regimenes nacional-socialistas. A continuación, presentamos en esencia las opiniones críticas de la doctrina progresista:

“... La regulación legal de la prisión preventiva en nuestro país se halla lejos de la perfección en tesis de construcciones democráticas y de adecuación a los postulados constitucionales. Lo primero que salta a la vista es la excesiva subjetividad que impregnan sus criterios, vagos e indeterminados en su mayoría, como así el amplio arbitrarismo judicial que propugna. De un lado, en efecto, se remite a conceptos y expresiones tales como “circunstancias del hecho”, “alarma social”, y “frecuencia con que se cometan hechos análogos” (art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)... cuya indefinición choca frontalmente con la necesaria fijeza de los hechos que han de servir de base para limitar, siquiera sea 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

⁸⁶ Ibidem, págs. 67-69.

“considere el juez necesaria la prisión provisional”, “podrá, según su criterio dejarla sin efecto”, “podrán éstos (juez o tribunal) acordar”, tiñen de subjetivismo las decisiones judiciales y permiten, con el aditivo de aquellos presupuestos indeterminados, decisiones dispares en materia tan altamente sensible como es la privación de libertad del individuo.

... III. Encajado el evento delictivo en cualquier tipo de pena (ver art. 503.2), la Ley atiende a una de las circunstancias siguientes:

- a) los *antecedentes del imputado*; circunstancias que obviamente se refieren a la conducta “anterior” del sujeto y que remite a concepciones más cercanas a las medidas de seguridad; si discutida es –en doctrina– la agravante de reincidencia como “plus” de penalidad, se hace comprensible el inicial rechazo de ese supuesto para los no prevencionistas;
- b) *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;
- c) *frecuencia con que se cometen los hechos análogos*; como se decía, especificada en el segundo párrafo del art. 504 en su ubicación de “en el territorio en el que el juez o tribunal ejerce su jurisdicción”; lo que, en ningún caso, queda abarcado tampoco por el dolor del autor y que, en definitiva se vislumbra como un brindis a la colectividad;
- d) *las circunstancias del hecho*; quizás el concepto más vago e indefinido del precepto legal, en la medida en que se presenta el factor de arbitrarismo judicial, sobre todo si se revela como excluyente de los otros presupuestos normativos antes mencionados, esto es, gravedad

del delito, conducta anterior del sujeto, alarma y frecuencialidad del hecho, con lo que queda sin concreto contenido.”⁸⁷

4.2 LA PRUEBA INDICIARIA COMO FUNDAMENTO DE LOS REQUISITOS IMPRESCINDIBLES QUE MOTIVAN EL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

El Juez de Paz salvadoreño al decretar la detención provisional durante la Audiencia Inicial da formación a su convicción con los elementos de juicio que le brinda la prueba indiciaria, la cual es contenida en las diligencias iniciales de investigación que acompañan el requerimiento fiscal, por tanto, los requisitos de *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*, imprescindibles para acordar la detención provisional, son fundamentados en un estado de convicción de *probabilidad*, que determina tanto la existencia o inexistencia de un delito como la autoría o participación del imputado, Art. 292, N° 1), Pr. Pn., 1998; así también, “las circunstancias del hecho” del N° 2) del mismo artículo, para tener acreditado el peligro de fuga; en cuanto al resto de los motivos que fundamentan la detención provisional, éstos se derivan de supuestos jurídicos expresamente regulados por la ley, tales como la gravedad del delito, antecedentes del imputado, gozar de otra medida sustitutiva, no acudir a la cita judicial, etc., que autorizan al Juez para considerar la posible fuga del imputado.

4.2.1 La prueba indiciaria según la teoría jurídica tradicional

Según la teoría jurídica tradicional de la prueba indiciaria el indicio posee una estructura, una clasificación y unas reglas lógicas para su valoración;

⁸⁷Andreu, Guillermo Vidal. Magistrado; DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA. (Comunicación); contenido en: Ibáñez, Perfecto Andrés. Magistrado. Director, y otros; Detención y Prisión Provisional; ob. cit., págs. 403-406.

tomemos como referente el planteamiento del colombiano Yesid Reyes Alvarado, contenido en su libro “LA PRUEBA INDICIARIA”; el cual expone unas posiciones críticas a la abundante doctrina de prueba indiciaria que comenta esta obra, y es un planteamiento que tanto la practica judicial como el pensamiento jurídico salvadoreño está familiarizado. La referida obra procura recoger las posiciones doctrinarias más importantes en relación a la teoría de la prueba indiciaria, para luego pasar de la crítica del conjunto de esas doctrinas a una manera particular de concebir cada componente planteado, iniciemos por la definición de indicio que tiene como punto de partida este esfuerzo, que dice:

“De acuerdo con todo lo hasta aquí anotado, entendemos que el indicio ES UN JUICIO LÓGICO CRÍTICO POR MEDIO DEL CUAL, APLICANDO UNA REGLA DE EXPERIENCIA A UN HECHO CONOCIDO, PODEMOS INFERIR OTRO HASTA ENTONCES DESCONOCIDO”⁸⁸

Ahora bien, hay que decir de pasada que lo esencial de esta definición se remonta hasta la edad antigua en lo dicho por *Cicerón*, por tanto, en este sentido no aporta ninguna originalidad, veamos esto:

“...La noción general de prueba como <<hecho supuestamente verdadero y que se presume debe servir de motivo de fiabilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho>> es de Jeremy Bentham (*Tratado de las pruebas*, cit., lib. I, cap. IV, p. 21). Francesco Maria Pagano la hace remontar a Cicerón: <<El indicio o argumento viene definido por Cicerón como *conclusión de algo desconocido desde algo conocido*...En las cuestiones de hecho, el indicio es *un hecho conocido que demuestra lo desconocido*>> (*La lógica del probabili*, cit., III, P.7).”⁸⁹

⁸⁸ Reyes Alvarado, Yesid; ob. cit. pág. 13

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi; ob. cit.; cita a pie 23, págs. 181 y 182.

Volviendo al planteamiento del Dr. Yesid Reyes Alvarado, su propuesta de cómo esta estructurado el indicio la presenta en cuatro elementos, los cuales son: 1) Regla de experiencia; 2) hecho indicador; 3) deducción lógica; y 4) hecho indicado. En nuestra opinión el tercer elemento mencionado constituye la debilidad de esta posición, pues, considera el razonamiento judicial exclusivamente deductivo aristotélico, que como se dijo en el anterior Capítulo III, del presente trabajo de graduación ⁹⁰, al utilizarse como medio de razonamiento el silogismo, en todos sus tipos tiende a la verdad real o material, verifiquemos esto en lo siguiente:

“Acogemos en este punto el criterio expuesto por RODRIGUEZ y FRAMARINO, dadas las siguientes consideraciones. Recordando la definición que atrás ofrecíamos, podemos percatarnos de que en ella surgen claramente cuatro elementos distintivos, a saber: un hecho indicador o conocido, un hecho desconocido, una inferencia y un puente entre ellos que sería una regla de experiencia a partir de la cual se elabora la operación lógica; decíamos igualmente que el razonamiento es un concepto general dentro del cual tendría que desarrollarse la estructura lógica del indicio pero mediante la precisión de una figura más completa...el silogismo es una enunciación conformada por cuatro elementos, a saber: dos proposiciones conocidas y una conclusión de allí extraída, por medio de una inferencia.

ARISTOTELES fue quien más trabajo con los silogismos y les dio desarrollo; ésta es la definición que él nos presenta: “El silogismo es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de éstas mismas proposiciones”

⁹⁰ Capítulo III, tema **5.3.1**. Visión de la teoría jurídica tradicional; págs. 91-95.

...para poder comparar el silogismo con el indicio es menester precisar si éste es una deducción, una inducción o una combinación de ellas”⁹¹

De conformidad a la estructura del indicio, la regla de experiencia es el punto de partida del razonamiento lógico de la prueba indiciaria, la cual es el resultado de una inducción que servirá como premisa mayor a un silogismo deductivo, veamos la manera cómo expone esto la teoría que venimos comentando:

“LA REGLA DE EXPERIENCIA...que sirva de punto de partida...se trata de un proceso **inductivo** pues de lo particular (examen de casos aislados) se llega a lo general (regla de experiencia extraída de la casuística)..

...Para concluir, el indicio está conformado por una conjunción lógica inductiva-deductiva, porque si bien es cierto la operación mental que se conoce como indicio es un puro razonamiento deductivo, ésta no puede hacerse sin tenerse una regla de experiencia que necesariamente surge de una inducción.

De otro lado, el silogismo deductivo, como su nombre lo indica, se reduce a una deducción (de lo general a lo particular) pero también a partir de una premisa general que debió surgir de un proceso inductivo.

Al comparar ésta última clase de silogismo con el indicio, tenemos..., pues, manifiesta la identidad existente entre los silogismos deductivos y los indicios, lo cual nos mueve a sostener que la estructura lógica de éste medio probatorio es justamente esa: UN SILOGISMO DEDUCTIVO.”⁹²

Nos parece que la propuesta del Dr. Yesid Reyes Alvarado acerca de la definición, estructura y valoración del indicio, vuelve a su validez epistemológica al separarse del criterio del silogismo aristotélico que él le atribuye, pues, como se ha dicho sobradamente el razonamiento judicial en

⁹¹ Reyes Alvarado, Yesid; ob. cit., págs. 27 y 28.

⁹² Ibidem, págs. 28 y 29.

materia probatoria es inductivo, por otra parte, el método de exposición de su planteamiento, carismáticamente didáctico, tiene la cualidad de servir de introducción al estudio de la prueba indiciaria, además su obra recoge buena cantidad de opiniones doctrinarias que tratan este tema, para luego darnos su propia posición. Sin embargo, por las conclusiones prácticas, deducidas con la inferencia del silogismo aristotélico, esta obra contrasta con el método de análisis de este esfuerzo, que ocupa de referente la propuesta de la búsqueda de la verdad probable, por tanto, no podemos basarnos en sus aportes. En el anterior sentido, volvemos a las directrices de la *teoría del garantismo penal*, en la cual hemos hecho descansar la consistencia lógica de todos los capítulos de nuestro trabajo.

4.2.2 La prueba indiciaria según la teoría del garantismo penal

Luigi Ferrajoli concibe el razonamiento judicial de la valoración de la prueba e indicios como una operación de inferencia inductiva, que tiene como objeto, para el caso de la prueba, un hecho probatorio producido en el presente, tal como acontece en el desfile de la prueba de la Vista pública en el actual proceso penal salvadoreño, y para el caso del indicio, un hecho probado en el pasado del cual se logra inferir el delito o bien, otro hecho, que contribuya a su descubrimiento, leamos la idea de este pensador:

“A los fines de nuestro análisis es oportuno ante todo distinguir los hechos o *datos probatorios* según sean experimentados directa o indirectamente, esto es, según permitan más o menos indirectamente la inducción del hecho-delito. Apartándome del lenguaje corriente, propongo llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro

hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio.”⁹³

Valorando el conjunto de indicios en el ejemplo del homicidio, Ferrajoli demuestra cómo se articulan las distintas abstracciones y determinaciones inferidas inductivamente para llegar a diferentes clases de conclusiones⁹⁴

En la teoría del garantismo penal la distinción entre Prueba e Indicio es esencial para conocer tanto el tipo como la naturaleza de la probabilidad que alcanza cada uno de ellos; así tenemos, que el indicio puede dar lugar a una

⁹³ Ferrajoli, Luigi, ob. cit.; pág. 130.

⁹⁴ “¿Qué es lo que prueba, por ejemplo, el hecho de que Ticio testifique que ha visto salir a Cayo blandiendo un cuchillo ensangrentado de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una cuchillada en el corazón? Es *prueba*, más o menos probable según la sinceridad que acreditemos a Ticio, del hecho de que éste ha visto a Cayo salir con un cuchillo en la mano de la casa de Sempronio poco antes de que éste fuese encontrado muerto con una herida en el corazón. Este segundo hecho, sin embargo, es sólo un *indicio*, más o menos probable a su vez según la fiabilidad que atribuyamos a la vista de Ticio, del hecho de que Cayo ha salido realmente de la casa de Sempronio en las sospechosas circunstancias referidas por Ticio. Y este tercer hecho es de nuevo solamente un *indicio*, a su vez más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, del hecho de que Cayo ha asesinado culpablemente a Sempronio. Tenemos, pues, en esta breve historia no una sino tres inferencias inductivas: la que del testimonio de Ticio induce como verosímil que él ha visto realmente la escena descrita por él; la que de tal indicio induce como verosímil que Cayo ha tenido efectivamente el comportamiento sospechoso referido por Ticio; la que de este indicio más directo induce como verosímil la conclusión de que Sempronio ha sido asesinado por Cayo. Si además no hemos escuchado el testimonio de Ticio de viva voz sino que disponemos sólo del acta en la que ha sido transcrito, también el testimonio resulta degradado a indicio o, si se quiere, a *prueba indiciaria*, y a las tres inferencias debemos añadir una cuarta: la que va del acta al hecho, del cual el acta es solamente *prueba*, de que en el pasado verosímelmente Ticio ha declarado cuanto ha sido transcrito sin que sus deposiciones hayan sido malentendidas, distorsionadas o constreñidas.

Ninguna de las conclusiones de estas sucesivas inferencias o argumentos inductivos es indubitablemente verdadera. Sólo se puede decir que cada una de ellas es más o menos razonable, plausible o probablemente verdadera... Distinto es el caso en el que son necesarias varias inferencias porque concurren varias pruebas o varios indicios independientes entre sí: varias pruebas de un mismo indicio o varios indicios distintos. En estos casos varias pruebas y/o varios indicios concordantes se refuerzan entre ellos aumentando su probabilidad, mientras que varias pruebas y/o varios indicios discordantes se debilitan recíprocamente reduciendo incluso cada uno la probabilidad del otro...- Ferrajoli, Luigi, ob. cit., págs. 130 y 131-

serie de inferencias que nos acerquen o alejen de una probabilidad positiva o negativa de la existencia del hecho. En cuanto a la naturaleza de la probabilidad, en la prueba se examina la credibilidad de su fuente o medio en términos de sinceridad, espontaneidad, desinterés, y la confiabilidad de la prueba documental y otros medios producidos en el curso del proceso; en cambio la naturaleza de la probabilidad sustraída del Indicio se dirige a su relevancia o gravedad objetiva, para recrear explicaciones razonables de las conclusiones a las que podría llegar el conjunto del material probatorio a disposición; miremos el contenido de este postulado:

“Nuestra distinción entre pruebas e indicios, que en la imprecisa terminología corriente podríamos expresar a grandes rasgo con la distinción entre <<medios de prueba>> y <<contenidos probatorios>>, es esencial para plantear correctamente la cuestión del tipo de probabilidad que permite,... como en el caso aquí ejemplificado del acta testifical, probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades))) de probabilidades...

En segundo lugar, nuestra distinción permite elucidar la distinta naturaleza de la probabilidad de las pruebas y de la probabilidad de los indicios. La probabilidad o *fuera inductiva* de las pruebas afecta a la *fiabilidad o crédito subjetivo* de la fuente o del medio de prueba: la sinceridad, la espontaneidad, el desinterés y, más en general, la confiabilidad de los testimonios, las confesiones, los careos y los reconocimientos de personas; el carácter no apócrifos de los documentos; la solidez de las pericias; el rigor de las inspecciones y reconstituciones judiciales de hechos; la autenticidad y no falsificación de las huellas y piezas de convicción. La probabilidad o fuerza inductiva de los indicios afecta en cambio a su *relevancia o gravedad objetiva*, es decir, a su idoneidad para generar explicaciones plausibles o verosímiles de todo el material probatorio en conjunto. Puede haber pruebas fiables de indicios tenues o tal vez irrelevantes y pruebas increíbles o escasamente creíbles de indicios graves y relevantes. En el primer caso el indicio es cierto pero débil, en

el segundo es incierto aunque fuerte y tal vez decisivo. Un dato probatorio, en consecuencia, puede ser refutado bien impugnando la relevancia de los indicios inducidos de él, bien desacreditando la fiabilidad de las pruebas de las que ha sido inducido. Y tanto más fiable subjetivamente cuanto más cercano es a la experiencia probatoria inicial (aunque lejano de la conclusión explicativa final) y tanto más relevante objetivamente cuanto más cercano está de la conclusión final (aunque lejano de la experiencia inicial).”⁹⁵

4.2.3 Clasificación y lugar de procedencia de los indicios

Una información que complementa cualquier teoría de la prueba indiciaria, por su carácter práctico, es la que se refiere a la clasificación de los indicios producidos bajo la forma de sustancias y objetos relacionados con el delito, así como el lugar de origen de sus hallazgos; veamos esta información en la cita literal siguiente:

“... Los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y consecuentes, según se hayan producido con anterioridad, al mismo tiempo o con posterioridad a la comisión del hecho. Se clasifican, también, en orgánicos e inorgánicos o materiales. Los orgánicos pueden ser: humanos (cadáver, pelos, sangre, semen, huellas...), animales (restos o rastros de animales) y otros (alimentos, ceras, grasa, etc....). Los inorgánicos se subclasifican en: naturales (polvo, oxido, cenizas, manchas de origen inorgánico...) y artificiales (tintas, armas, cristales, restos de incendios o de explosiones, papeles, monedas...).

Los indicios pueden proceder:

- Del lugar de los hechos (barro, tierra... que quedan adheridos al calzado del autor...)
- De la víctima (sangre de la víctima impregnando las ropas del asesino...)

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., págs. 132 y 133.

- Del autor y de sus ambientes (semen del violador en el canal vaginal de la violada..., serrín procedente de la fábrica de maderas en la que trabaja el autor y que éste deja en el lugar de los hechos al desprenderse de su calzado)”⁹⁶

4.3 MOTIVACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL

Este tema es el corazón del presente trabajo, y la información en que se basa, además de las teorías jurídicas expuestas, tiene como fuente empírica el estudio de ochenta y ocho expedientes judiciales de los juzgados primero y quinto de instrucción de San Salvador, divididos en diez tipos de delitos (ver Tabla 2.1 del Anexo 2). En cuanto al método de exposición, éste sigue el orden de los requisitos de procedencia de la detención provisional de conformidad a los Arts. 292, 293 y 294 inc. 2º Pr. Pn., 1998.

4.3.1 Definición del concepto: “Motivación del Auto de detención provisional”

En coherencia con el principio acusatorio, corresponde al fiscal o al acusador –delitos de acción privada- presentar como variable esencial de su hipótesis criminal la calificación jurídica de los hechos -ord. 2º del Art. 247 Pr. Pn-; la cual es la *relación circunstanciada de los hechos* expuesta en el requerimiento (acusación, en delitos de acción privada). Esa atribución del delito debe ser el punto de partida del razonamiento judicial, que en caso de aceptar la referida calificación jurídica deberá el juzgador realizar un juicio de tipicidad del hecho, en virtud del inc. 1º del Art. 1 del Código Penal; en otras

⁹⁶ Gómez López, Luis Miguel; Técnicas en la Investigación del Delito; Ciencias Penales. Monografías. Parte IV; contenido en: Larauri Pijoan, Elena, y otros; CIENCIAS PENALES. Monografías; 1º edición, 2001; Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador; págs. 306 y 307.

palabras, para decirlo en términos de lógica judicial, el juez efectuara la operación deductiva de subsumir los hechos en el derecho.

Después de la referida operación de subsunción puede el juez pasar a considerar la petición de aplicar la detención provisional, con base a la valoración de la prueba indiciaria para fundamentar el requisito general y algunos componentes de los requisitos imprescindibles; basándose también en el cumplimiento de los supuestos jurídicos determinados en la ley, para fundamentar el resto de componentes de los requisitos imprescindibles y, por último, en la aplicación de su criterio judicial para fundamentar los requisitos ajenos a ésta medida cautelar, todos los cuales están contenidos en los Art. 292, 293 y 294 inc. 2º Pr. Pn. de 1998. Por consiguiente, en el presente trabajo partiremos de la siguiente definición del concepto *Motivación del Auto de detención provisional*:

“Es el proceso cognoscitivo del juzgador que tiende a obtener el estado de convicción de probabilidad sobre la concurrencia de los requisitos de los Arts. 292, 293 y 294 inc. 2º del Código Procesal Penal, con base a la valoración de la prueba indiciaria para fundamentar el requisito general y algunos componentes de los requisitos imprescindibles, así como también con base al cumplimiento jurídico del resto de componentes de los requisitos imprescindibles y, al criterio judicial aplicado en los requisitos ajenos al carácter cautelar de la medida, teniendo como resultado decretar la detención provisional”

Esta definición puede reforzarse en la siguiente doctrina de nuestra Sala de lo constitucional:

“Es por eso que un Juez para adoptar una medida cautelar de tipo personal debe como requisito sine qua non, valorar el peligro de evasión, la

gravedad del delito, la duración de la pena a imponer y otros factores no menos importantes, sin olvidar en ningún momento que la detención provisional debe ser debidamente motivada, para no incurrir a posteriori, en una detención ilegal y/o arbitraria”⁹⁷

4.3.2 Marco jurídico internacional de la detención provisional

En relación al conjunto de disposiciones del derecho internacional público, que sirven de fundamento jurídico a la detención provisional, consideramos que no es necesario hacer el mínimo comentario de las mismas, pues, esta normativa, desde el punto de vista técnico, se encuentra desarrollada en los artículos que se refieren a esta medida cautelar en nuestro Pr. Pn., 1998, en este sentido, sólo mencionaremos las referencias que por termino medio se utilizan en la práctica judicial salvadoreña.

-Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹⁸

Art. 9, Art. 10, Art.11.1.2.

-Pacto de derechos civiles y políticos.⁹⁹

Artículo 7, Artículo 9.1.2.3.4.5, Artículo 10.1.2 lit. a) B) ; Artículo 14.1.2.3.lit. a), b), c), d), e), f). 7, y Artículo 15.1.2

⁹⁷ Sentencia de Habeas Corpus del 20/IV/1999. Ref. 57-99

⁹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos; Adoptada y Proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 23 de marzo de 1976; Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo N° 27, del 23-XI-1979; Publicado en el Diario Oficial N° 218, del 23-XI-1979.

-Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:¹⁰⁰
Artículo XVIII, Artículo XXV.- Artículo XXVI.

-Convención Americana sobre Derechos Humanos:¹⁰¹
Artículos 7 y 9.

4.3.3 Fundamentos de los requisitos que motivan la detención provisional contenidos en los Arts. 292 y 293 del Código Procesal Penal de 1998

Estos fundamentos son uno de los elementos constitutivos de la forma y contenido del Auto de detención provisional, exigidos por el numeral 3 del Art. 296 Pr. Pn.(1998); por consiguiente, en el estudio de los expedientes judiciales realizado se tuvo en cuenta tanto los casos que dicha medida es decretada por los Jueces de Paz como aquellos que el Juez de Instrucción realiza la motivación de su ratificación.

A continuación, serán expuestos los fundamentos de todos los requisitos que motivan la detención provisional contenidos en los Arts. 292 y 293 del Código Procesal Penal de 1998. La metodología consistirá en insertar algunos ejemplos de argumentos utilizados por los juzgadores para fundamentar estos requisitos, los cuales serán complementados con las teorías jurídicas expuestas tanto de la motivación de las providencias judiciales como de la doctrina de la detención provisional, con el propósito de reflejar el fenómeno de la motivación del auto de detención provisional expresado en nuestra practica judicial salvadoreña; en los casos de ciertos requisitos, por no haberse

¹⁰⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁰¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, Suscrita en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor el 18 de julio de 1978; Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo N° 5, del 15-VI-1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113, de fecha 19-VI—1978.

encontrado en los 88 expedientes judiciales estudiados ningún argumento, se recurre exclusivamente a los planteamientos de la doctrina jurídica antes mencionada.

En relación al inc. 1º del Art. 294 Pr. Pn., no es objeto del presente trabajo de investigación, pues, de lo que se trata allí es de la procedencia de las medidas sustitutivas a la detención provisional, por lo tanto, aquí no estudiaremos los arraigos domiciliario, laboral y familiar del imputado, ni ninguna otra condición que acredite la falta de peligro de fuga. En relación al inc. 2º del Art. 294 Pr. Pn.(1998), por tratarse su contenido de una prohibición, convertida por la práctica judicial salvadoreña en regla general, en virtud de la declaratoria que no existe contradicción a la Constitución, nos limitamos a transcribir el fallo de la Sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad de dicha disposición, el cual literalmente dice:

“Por tanto

Con base en las razones expuestas en los considerandos anteriores, disposiciones constitucionales y de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase que en el inciso 2º del artículo 294 del Código Procesal Penal, no existe la contradicción señalada por los jueces requirentes, respecto del art. 12 Cn., pues en las siguientes categorías de delitos: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; y (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contra la libertad sexual, los contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que

presenten una mayor dañosidad al bien jurídico protegido –art. 18 C. Pn.–; se concluye que el Legislativo ha realizado una ponderación entre bienes jurídicos: libertad personal y presunción o principio de inocencia, por un lado, y eficacia de la justicia penal, por otro, que se enmarca dentro de su potestad de ser el primer llamado a hacer ponderaciones entre bienes jurídico-constitucionales.

2. Declárase que la mencionada disposición no contraviene el art. 3 Cn. pues, debido a las especiales características que tienen los delitos mencionados en el punto anterior de este fallo, se advierte que el legislador ha considerado la fuerte incidencia que tiene el periculum in mora, expresado en el riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o "alarma social", en la detención provisional como medida cautelar del proceso penal.

3. Declárase que la mencionada disposición tampoco contraviene el art. 144 inc. 2º Cn., de manera refleja por la contraposición con los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues en cuanto dicha regla únicamente se aplica respecto de los delitos que constituyen los más graves atentados a los bienes jurídicos de la persona humana o de la colectividad, o respecto de delitos vinculados al crimen organizado, en los cuales las posibilidades del Estado para su persecución y sanción se vuelven más problemáticas, es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos, y por tanto, la detención no se convierte en la regla general.”¹⁰²

¹⁰² Número de expediente: 28-2006AC; Fecha de resolución: 12/04/2007; Nombre de sentencia: IS002806.07; Hora de resolución: 12:00; Normativa impugnada: Código Procesal Penal, artículo 294, inciso 2º; Descriptor: Actividad legislativa, publicada en el Diario Oficial Nº 71, Tomo 375, del 20 de abril 2007.

4.3.3.1 Requisitos de la detención provisional del Art. 292 Pr. Pn. (1998)

El Art. 292 Pr. Pn. (1998), contiene las tres variantes de requisitos de la detención provisional, que son: a) requisito general, corresponde a “que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito”-numeral 1)-; b) requisitos imprescindibles referidos al *Fumus boni iuris*, expresado en “sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o participe”,-numeral 1) del Art. 292- y, al *Periculum In mora*, objetivado en las formas: “que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años”, “las circunstancias del hecho” y “si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar”, -numeral 2 del Art. 292-; por último, se establecen en el numeral 2), componentes de los requisitos ajenos al carácter cautelar de la medida, que se concretan en las formulas “alarma social” y “frecuencia con la que se cometan hechos análogos”.

4.3.3.1.1 Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito

Como se dijo antes, en la comprobación de la existencia del delito se verifica una operación deductiva que tiene como premisa mayor la *relación circunstanciada de los hechos*, y como premisa menor el enunciado del delito, contenido en la norma jurídica penal, es la operación de subsumir los hechos en el derecho. En la detención provisional, la comprobación de la existencia del delito es fundamentada en la apreciación de la prueba indiciaria aportada en las diligencias iniciales de investigación; dicha apreciación orientara el juicio de tipicidad del hecho, que la teoría del delito denomina tipo objetivo.

Los argumentos encontrados en los expedientes judiciales estudiados, sobre la comprobación de la existencia del delito, hacen referencia a los

indicios de las diligencias iniciales de investigación, con los cuales se tiene establecido este requisito general, examinemos los siguientes ejemplos:

-Juzgador primero de paz de San Salvador.

“...que la investigación inicial ha generado suficientes datos probatorios que establecen estos parámetros procesales...En este sentido se cuenta con: actas, entrevistas testificales de los agentes captores, que corroboran el contenido de las actas, entrevista de la víctima...Con la anterior información probatoria se establece la hipótesis de cargo contenida en el requerimiento fiscal, con la que se tiene por establecida la existencia del delito...”¹⁰³

En este mismo sentido, el juzgador décimo tercero de Paz de San Salvador utiliza el siguiente argumento:

“...Por lo tanto, para este tribunal se determina el hecho constitutivo del delito de Robo Agravado en grado de tentativa, primeramente con el acta de captura y Remisión y el secuestro practicado a los imputados al momento de sus capturas; así mismo, con las entrevistas de las víctimas...Por lo que este tribunal considera que se dan los dos extremos procesales exigidos por el Art. 292 Pr. Pn., como lo es la existencia del hecho tipificado como delito...”¹⁰⁴

Algunos ejemplos de argumentos aplicados por la juzgadora interina del Juzgado quinto de instrucción de San Salvador, son los siguientes:

¹⁰³ *Nº de expediente:* 13-07; *tipología:* Robo Agravado; *Instancia:* Juzgado Primero de Instrucción, San Salvador, *remitente:* Juzgado primero de Paz, San Salvador. (ver tabla 2.2, anexo 2)

¹⁰⁴ *Nº de expediente:* 124-07; *tipología:* Robo Agravado tentado; *Instancia:* Juzgado Primero de Instrucción, San Salvador; *remitente:* Juzgado décimo tercero de Paz.(ver tabla 2.2, anexo 2)

-“...por compartir el criterio del juez remitente... cuenta con los indicios suficientes para comprobar la existencia de un hecho tipificado como delito...”

-“...tomando en cuenta que existen suficientes indicios que permiten inferir la existencia del delito de hurto....”

-“... a criterio de la Suscrita los elementos con los que se cuenta son lógicos y coherentes de los cuales se colige que en esta etapa procesal penal se ha comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito...”

-“...considerando todos los elementos recabados en las diligencias realizadas tenemos como resultado la probabilidad positiva...de la existencia del injusto penal...”¹⁰⁵

4.3.3.1.2 Sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe (*Fumus boni iuris*)

El *Fumus boni iuris* se encuadra en los requisitos imprescindibles de procedencia de la detención provisional, y se refiere únicamente a la autoría o participación del imputado, estos conceptos, comúnmente confundidos en la práctica judicial salvadoreña como sinónimos, debido al empleo de la fórmula disyuntiva (“o”) que da entender que los dos términos es un mismo concepto, son definidos dentro de la teoría del delito, por la *teoría del dominio de los hechos*, la cual en esencia plantea que la calidad de imputado puede ser como autor o partícipe, estando acondicionado al dominio o control que aquél a tenido en la ejecución de los hechos, Art. 8 Pr. Pn., 1998. Así tenemos, que la autoría comprende las siguientes modalidades: autor directo, autor mediato y coautor, inc. 2º del Art. 32 y Art. 33 del Código Penal; y la participación comprende las modalidades: instigador y cómplice, Arts. 35 y 36 del Código Penal.

¹⁰⁵ Ver tabla 2.3 Anexo 2.

El *fumus boni iuris* es un *juicio provisional de imputación*, que atribuye la responsabilidad de la comisión del delito al imputado, considerado autor o partícipe. De esta manera, el referido juicio provisional de imputación tiene inmanente el tipo subjetivo que reviste la culpabilidad, en forma de dolo o culpa, inc. 1º del Art. 4 del Código Penal. En seguida, se implantan algunos ejemplos de argumentos utilizados en la práctica judicial salvadoreña que sirven de fundamentos a la motivación de este requisito.

-Juzgador primero de Paz de San Salvador:

“...Con la anterior información probatoria se establece la hipótesis de cargo contenida en el requerimiento fiscal, que en su conjunto, guardan una relación lógica y coherente,... con la que se tiene por establecida... la probable participación del incoado en el suceso...”¹⁰⁶

-Juzgadora interina del juzgado quinto de Instrucción de San Salvador:

“... a criterio de la Suscrita los elementos con los que se cuenta son lógicos y coherentes de los cuales se colige...una probable participación del imputado, el mismo se establece con las actas de las entrevistas de los testigos y víctima...”¹⁰⁷

-Juzgador décimo cuarto de Paz de San Salvador:

“...considerando todos los elementos recabados en las diligencias realizadas tenemos como resultado la probabilidad positiva respecto a la participación de los encartados en el ilícito que se les atribuye...”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ver tabla 2.2 Anexo 2.

¹⁰⁷ *Nº Expediente*: 12- 2007; *tipología*: Robo Agravado; *origen*: Juzgado quinto de Instrucción, San Salvador; *remite*: Juzgado décimo segundo de Paz –ver tabla 2.3, Anexo 2.

¹⁰⁸ Ver tabla 2.3, Anexo 2.

4.3.3.1.3 Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años (*Periculum in mora*)

El criterio de la gravedad del delito es un componente del requisito imprescindible del *Periculum in mora* o *Apariencia de buen derecho*, el cual se refiere al peligro de fuga del imputado, el Art. 18 del C Pn., establece que son delitos graves los sancionados con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años; su motivación como criterio para aplicar la detención provisional se limita al cumplimiento de esta condición jurídica, bastando que la calificación jurídica de los hechos comprenda los delitos graves sancionados con pena de prisión.

Por otra parte, en correspondencia a las características de proporcionalidad y temporalidad, establecidas en el Art. 6 Pr. Pn., 1998, la detención provisional no deberá exceder de doce meses para los delitos menos graves, ni veinticuatro para los graves. En los delitos de acción privada que procediera decretar la detención provisional tiene reglas especiales, de conformidad al inciso 3º del mismo artículo, que se refieren: a) si no se logra la conciliación conforme al Art. 402 Pr. Pn.; b) cuando el imputado pueda obstaculizar la investigación o evadir la comparecencia en el juicio; c) por reincidencia o habitualidad.

En los casos de acción pública y de previa instancia particular, este requisito habilita al Juzgador para considerar que el imputado podría darse a la fuga motivado por los años de prisión de la pena, debido a la gravedad del delito. Pasaremos a insertar algunos ejemplos de estos fundamentos, encontrados en la práctica judicial de nuestro país.

Jueza interina del Juzgado quinto de instrucción de San Salvador:

-“...considera necesaria y legalmente procedente la misma porque dicho tipo penal tiene una pena en abstracto de dos a cinco años de prisión...”

-“...y que por ser un delito grave cuya pena a imponer daría lugar a sustraerse del mismo...”¹⁰⁹

-Juzgador primero de Paz de San Salvador:

“...es procedente decretar la detención provisional al imputado pues el delito que se le atribuye tiene una pena en abstracto que supera los tres años de prisión, por cuanto es un injusto grave al tenor del artículo 18 del Código Penal, en relación al artículo 294 inc. 2º del Código Procesal Penal...”

“... el delito que se le atribuye tiene una pena en abstracto que supera los tres años de prisión, por cuanto es un injusto grave al tenor del artículo 18 del Código Penal; motivo por el cual procede la detención provisional del justiciable...”¹¹⁰

Juzgador quinto de Paz de San Salvador:

- “... es necesaria... por ser un delito grave...”¹¹¹

4.3.3.1.4 Las circunstancias del hecho (*Periculum in mora*)

En la doctrina española, por *circunstancias del hecho* se entiende la violencia en la ejecución del hecho y los factores que expresen la personalidad del inculpado que denoten su peligrosidad, aunque en esta parte procuramos reflejar exclusivamente este requisito dentro de la práctica judicial salvadoreña,

¹⁰⁹ Ver tabla 2.3, Anexo 2

¹¹⁰ Ver tabla 2.2, Anexo 2.

¹¹¹ Ver tabla 2.3, Anexo 2

no podemos dejar de buscar una orientación teórica para entender este concepto, que por su ambigüedad y fórmula abierta, da pábulo a diversas interpretaciones, por esta razón hacemos la siguiente cita textual:

“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 inculpaado que haga pensar en su peligrosidad y, por tanto, en la probabilidad de que reincida en el delito.

...No resulta fácil, desde luego, formular una interpretación precisa del sintagma “circunstancias del hecho”, dada su indeterminación y ambigüedad. De ahí su difícil deslinde de otros criterios aplicables a la pp, como los antecedentes del imputado, la alarma social y la gravedad del 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 necesidad de la pp atendiendo a sus fines propiamente procesales”

112

Siguiendo el criterio del Tribunal constitucional español, nuestra Sala de lo constitucional tiene posición acerca del *Periculum in mora*, el cual se encuentra inmanente en los Arts. 292 y 293 Pr. Pn., 1998, veamos el siguiente comentario:

“...Ya se señaló que en el vigente Código Procesal Penal no se regula de modo expreso este presupuesto de la detención provisional, o mejor dicho, no se consagran circunstancias que lo determinan. Esta omisión legislativa no significa, como repetidamente lo ha dicho la Sala de lo Constitucional, que el presupuesto no exista, sino que corresponde al juzgador, en una labor integrativa desde la Constitución y los convenios internacionales, señalar qué

¹¹² Barreiro, Alberto Jorge. Magistrado; Ob. cit., págs. 60 y 61.

factores –sea objetivos, sea subjetivos- ha tomado en cuenta como constitutivos de tal presupuesto.

Por otro lado, y como se detallará adelante, la Sala también a señalado que no corresponde a ella “determinar la configuración legal de la detención provisional”; sin embargo, en contradicción con la anterior exposición, en la que aparece claro que corresponde al legislador precisar las situaciones justificativas de la necesidad de la detención provisional, existen numerosas resoluciones en las que la misma Sala afirma que tal presupuesto está constituido por la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias, el peligro de fuga y la afectación u obstaculización de prueba.

En el Pr.Pn. (98) sí aparece contemplado este presupuesto, como se deduce de la lectura tanto del Art. 285, cuando dice que las medidas cautelares durarán el tiempo imprescindible “para cubrir la necesidad de su aplicación”; como del Art. 297, que señala que la privación de libertad cesará, entre otros casos, cuando “nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida”; y también se hace mención del mismo de modo tangencial en el Art. 292 N° 2, cuando se señala que, no obstante se trate de delito cuya pena sea inferior a tres años, el juez puede decretar la medida si “considere el juez necesaria la detención provisional”.

Los Arts. 292 y 293 Pr.Pn. (1998) señalan una serie de situaciones frente a cuya concurrencia se autoriza decretar la detención provisional, las que –en un intento de sistematización- pueden clasificarse atendiendo a tres nociones:

(a) por peligro de fuga, bajo el cual pueden comprenderse los supuestos que la ley refiere como circunstancias del hecho (Art. 292 N° 2) y la incomparecencia sin motivo legítimo (Art. 293 N° 1);

(b) por obstaculización de la investigación, expresamente contemplado en el Art. 293 N° 2; y

(c) por seguridad ciudadana, que comprende los supuestos de alarma social (Art. 292 N° 2), frecuencia de hechos punibles análogos (Art. 292 N° 2) y la sospecha de reiteración delictiva (Art. 292 N° 2 y 293 N°3).”¹¹³

Presentamos un ejemplo de argumento que fundamenta este requisito, usado en la actualidad por la práctica judicial salvadoreña:

-Juzgador décimo tercero de paz de San Salvador:

“... dada la existencia de la relación marital con una de las victimas se infiere que al estar en libertad puede influir para que se comporte de manera desleal o reticente al proceso”¹¹⁴

4.3.3.1.5 La alarma social que la comisión del delito haya producido

Este requisito es señalado por la doctrina progresista como un criterio que cumple una función retribucionista propia de las penas o de las medidas de seguridad, pues, no se refiere al aseguramiento de la tramitación del proceso y

la ejecución de la eventual condena, o evitar la ocultación de pruebas, sino que se orienta a brindar una sensación de seguridad a la colectividad que reprocha la realización del delito. Entre nuestros juzgadores, el criterio para su aplicación ha sido fundamentado en el nivel de violencia utilizada por el o los imputados y

¹¹³ Anaya Barraza, Salvador Enrique y otros; La Detención Provisional y el Proceso de Hábeas Corpus. Selección de Ensayos Doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal; 2ª Edición, 1998; UTE/UPARSJ; San Salvador, El Salvador; págs. 109-111.

¹¹⁴ Ver tabla 2.6, Anexo 2.

la forma o saña con la que ha sido ejecutado. Implantamos en seguida el siguiente postulado:

“La regulación legal de la pp en nuestro ordenamiento acoge algunos supuestos motivadores de la detención provisional que adulteran y distorsionan su verdadera naturaleza procesal, pues en modo alguno tienen como fin asegurar la tramitación del proceso y la ejecución de la eventual condena, o evitar la ejecución de pruebas, sino que viene a cumplimentar funciones claramente atribuibles a las propias penas o a las medidas de seguridad.

La alarma social es... concebido como la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas.

Es palmario que estamos ante una función retribucionista de la medida cautelar y también de prevención general. De esta forma la pp cumple una función sedativa y apacigua el ansia vindicativa que toda acción delictiva de cierta entidad genera en el ciudadano. Al mismo tiempo actúa como intimidación general, pues, al transmitir la sensación y los efectos de una condena inmediata...intimida a los posibles delincuentes, que habrían de desmotivarse ante la rápida y expedita reacción del Estado ante el delito.”¹¹⁵

Veamos algunos ejemplos de fundamentos de este requisito ajeno a la naturaleza cautelar de la detención provisional, aplicados por la práctica judicial salvadoreña:

-Juzgadora interina del Juzgado quinto de instrucción de San Salvador:

“...la Suscrita considera necesaria y legalmente procedente la misma por...la alarma social e inseguridad ciudadana que genera en la población ante

¹¹⁵ Barreiro, Alberto Jorge. Magistrado; Ob. cit.; pág. 67

la comisión de dichas conductas delictivas las cuales atentan contra el patrimonio...”

“...la alarma social que delitos de esta naturaleza generan dentro de la sociedad...”

-Juzgador quinto de paz de San Salvador:

“... por la naturaleza y trascendencia social del delito...”¹¹⁶

4.3.3.1.6 Frecuencia con la que se cometan hechos análogos

Interpretado por la doctrina como un concepto ligado a la Alarma social, y por lo tanto, componente de los requisitos ajenos a la naturaleza cautelar de la detención provisional; fundamentado en ideas retribucionistas y de prevención general, que tiene la finalidad de generar en la ciudadanía seguridad y tranquilidad ante las conductas delictivas, veamos esta idea en el siguiente texto:

“Se trata de un concepto esencialmente ligado al de alarma social, dado que si se considera como criterio suficiente para fundamentar la pp es debido a la inseguridad y desasosiego que esa clase de conductas reiteradas generan en la ciudadanía.

De nuevo estamos ante un criterio defensista, centrado en ideas retribucionistas y de prevención general, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto”¹¹⁷

¹¹⁶ En ambos casos; ver tabla 2.3, Anexo 2.

¹¹⁷ Barreiro, Alberto Jorge. Magistrado; Ob. cit.; pág. 68.

En nuestra práctica judicial, los argumentos que se utilizan como fundamentos de este requisito procuran hacer una inducción de la realidad social de nuestro país, presentamos dos ejemplos de esta clase de requisito.

Juzgadora interina del juzgado quinto de instrucción de San Salvador:

-“...considera la Suscrita que es necesaria y legalmente procedente la misma por la frecuencia con que hechos análogos son cometidos en nuestra sociedad,..”

-“...y la frecuencia con que este tipo de ilícitos ocurren en nuestro país...”

118

4.3.3.1.7 Si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar (*Periculum in mora*)

Es el caso de los imputados que han sido “beneficiados” con alguna medida sustitutiva a la detención provisional, las cuales están enumeradas expresamente en el Art. 295 Pr. Pn., que generalmente son sutilmente propuestas por el mismo fiscal en su requerimiento al pedir la detención provisional, pero en caso el imputado acredite arraigos domiciliario, familiar y laboral, que contribuya a evitar el peligro de fuga, aquél no se opone a la aplicación de estas medidas sustitutivas. Sin embargo, si el imputado es procesado por otro delito y se encuentra vinculado con esta clase de medidas a dicho proceso el juez en la nueva causa podrá decretar la detención provisional fundamentado en esta circunstancia, bastando con el informe de secretaría de su mismo juzgado o del Juzgado competente que aplique dicha medida sustitutiva, en este sentido, el presente requisito está comprendido en el *Periculum in mora*, pues, por el procesamiento simultáneo del imputado en causas distintas es probable que este tenga la intención de darse a la fuga.

¹¹⁸ Ambos, ver tabla 2.3. Anexo 2.

4.3.3.2 Requisitos de la detención provisional del Art. 293 Pr. Pn. (1998)

En el Art. 293 Pr. Pn. (1998), se incluyen otros componentes del *Periculum in mora*, en la referencia del numeral 1) de dicho artículo, que dice: “Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario”; en el numeral 2) que trata “Cuando se considere que el imputado puede obstaculizar un acto concreto de investigación” y, en el numeral 4) que dice: “Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional”.

Incluye este Artículo también un componente de los requisitos ajenos a la naturaleza cautelar de la detención, bajo la forma del numeral 3) que dice: “Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles”.

4.3.3.2.1 Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario (Periculum in mora)

Se trata de una incomparecencia injustificada que configure el peligro de fuga, descartándose esta situación si el imputado se ampara al caso fortuito o fuerza mayor. Su fundamentación puede basarse en el informe del citador o notificador de haber entregado la comunicación al imputado y con vistas de autos, donde corra agregada la esquila de dicha comunicación. Examinemos los siguientes ejemplos extraídos de la práctica judicial salvadoreña.

-Juzgadora interina del juzgado quinto de instrucción de San Salvador:

“... con la finalidad de garantizar la comparecencia del imputado a la audiencia preliminar y a los actos posteriores...”

“...la realización efectiva del juicio, la comparecencia del indiciado y garantizar el cumplimiento de la pena y que tales supuestos no se vayan a ver frustrados por una eventual fuga por parte del imputado de presentarse al Juzgado respectivo cuando así sea requerido” ¹¹⁹

-Juzgador quinto de paz de San Salvador:

“...es necesaria la detención provisional para garantizar la no evasión de la investigación...por la incomparecencia del indiciado...”

“...es procedente decretar la detención provisional porque podría existir la evasión de la justicia por parte del encartado y la no concurrencia a las diligencias en que fuere necesaria su presencia...” ¹²⁰

-Juzgadora del décimo cuarto de Paz de San Salvador:

“...con la medida impuesta a criterio de esta Juzgadora se asegura la comparecencia del imputado no sólo a la siguiente etapa procesal de instrucción sino también a un eventual juicio...” ¹²¹

-Juzgador primero de paz de San Salvador:

“... difícilmente se someterá voluntariamente al proceso, frustrando con ello sus fines, ya que nuestro sistema procesal penal no soporta el juzgamiento de personas rebeldes...” ¹²²

¹¹⁹ Ver tabla 2.3, Anexo 2.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem

¹²² Ver tabla 2.2, Anexo 2.

-Juzgadora interina del Juzgado quinto de instrucción de San Salvador.

“... El peligro de fuga: el cual ha sido justificado por la incomparecencia del imputado al proceso, esta evasión hace consecuentemente imposible la ejecución de la presumible pena a imponer...por lo que es necesario para garantizar los actos del proceso y evitar que el indiciado evada la responsabilidad decretar la detención provisional...”¹²³

4.3.3.2.2 Cuando se considere que el imputado puede obstaculizar un acto concreto de investigación (*Periculum in mora*)

Encuadrado siempre en el *Periculum in mora*; ha sido practicado por los operadores del sistema penal entendiendo que el imputado al manifestar cierta capacidad e interés de obstaculizar la investigación por sus condiciones económicas, pertenencia al crimen organizado, ubicación de testigos, etc., incidiría negativamente en la averiguación de la verdad procesal y, por tanto, evadiría la justicia al lograr frustrar la sanción penal que le correspondería si fuera condenado. Ejemplos de este tipo de requisito en la práctica judicial salvadoreña, son los siguientes:

-Juzgador quinto de paz de San Salvador:

“...para evitar que se quiera influir negativamente en las investigaciones es dable aplicar la medida de la detención provisional...”

¹²³ Ver tabla 2.4, Anexo 2.

-Juzgadora interina quinto de instrucción de San Salvador:

“... para garantizar el no entorpecimiento de la investigación debe procederse a decretar la detención provisional de los imputados presentes...así como los imputados ausentes...”¹²⁴

4.3.3.2.3 Cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que aquél continuará cometiendo hechos punibles

Es una especulación de la posible conducta futura del imputado, que se fundamenta en el criterio judicial del juzgador, al considerar que el imputado por su comportamiento en las audiencias, en el momento de su captura y su intimación, éste presente una conducta que permita interpretarse como una voluntad de continuar delinquiriendo; pero este requisito no puede por sí sólo servir de fundamento a la detención provisional es necesario que conjuntamente concorra el requisito de la comprobación del delito, exigido de esa manera por el último inciso del Artículo 293 Pr. Pn.,1998. La doctrina incorpora este motivo dentro de los requisitos ajenos al carácter cautelar de la medida; leamos el siguiente planteamiento:

“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 pronóstico en el que, partiendo de la conducta delictiva que se le imputa en el proceso y de las circunstancias del inculcado, se especula acerca de cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato...”

Se encausa, pues, en este caso la pp hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad, asimilándose a ambas al no fundamentarse sólo en el hecho de que el encausado haya aparentemente delinquirido, sino también en

¹²⁴ Ver tabla 2.3, Anexo 2

la evitación de que cometa nuevos delitos en tanto no llegue la fecha del juicio.”

125

4.3.3.2.4 Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional

Este requisito no es incluido por la doctrina que venimos aplicando, sin embargo, por sus características lo ubicaremos en el requisito imprescindible del *Periculum in mora*; a continuación insertamos un argumento de la Sala de lo constitucional usado en Sentencia definitiva de proceso de Habeas corpus:

“... El efecto de incumplir una condición impuesta en las medidas sustitutivas de la detención provisional, no puede generar al imputado un beneficio, sino que se vuelve a la restricción inicial pedida de detención.”¹²⁶

4.4 PROPUESTA DE LUIGI FERRAJOLI: “UN PROCESO SIN PRISIÓN PROVISIONAL”

La visión integral del garantismo penal ha realizado una exposición sistemática del orden jurídico, insistiendo en el papel que deben desempeñar las garantías constitucionales en la estructuración del moderno proceso penal, pero principalmente en la observancia incondicional que en la práctica deben tener los operadores del sistema penal a las garantías básicas del debido proceso, destacando en el enjuiciamiento del imputado la presunción de inocencia en su doble dimensión: como regla probatoria, en cuanto que a éste no le corresponde probar su inocencia, y como regla de tratamiento,

¹²⁵ Barreiro, Alberto Jorge. Magistrado; Ob. cit.; pág. 69

¹²⁶ Sentencia de Habeas Corpus del 25 de abril de 2000, Ref. 89-2000.

significando que debería ser tratado como inocente mientras no se declare su culpabilidad.¹²⁷

Ferrajoli, mira en el discurso judicial utilizado en la argumentación fáctica de la motivación de la detención provisional la demostración palpable de la degradación del actual proceso penal, por su desviación del modelo constitucional, conformando las bases reales del catalogo de necesidades – requisitos- con las que se buscan justificar la procedencia de esta medida.¹²⁸

Luego de demostrar la inconsistencia lógica de los argumentos y sus deficiencias técnicas-jurídicas, aplicados en la motivación del auto de detención provisional, Ferrajoli demuestra solidamente que esta medida no es más que

¹²⁷ “Tal como se le concibe actualmente, el principio de presunción de inocencia tiene una doble dimensión. De un lado, es regla probatoria o regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado. No obstante la diversa matriz cultural originaria de cada una de estas dimensiones, hoy aparece estrechamente ínterimplicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En efecto, si el imputado debe ser tratado *como si* fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia. Es por lo que FERRAJOLI ha conceptualizado la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de *libertad* y de *verdad*. - Ibáñez, Perfecto Andrés. Magistrado. Director; y Otros; Presunción de Inocencia y prisión sin condena; contenido en: Detención y prisión provisional; ob. cit, pág. 20-

¹²⁸ “Luigi FERRAJOLI es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación, y del análisis de la forma en que *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. El catálogo de distintas *necesidades* sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento –lamentable pero- procesalmente legítimo (al fin, por *imprescindible*), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.- Ibáñez, Perfecto Andrés, Presunción de Inocencia y prisión sin condena; contenido en: Detención y prisión provisional; ob. cit., pág. 31-

una pena anticipada, y que el peligro de fuga, fundamento de su función de medida cautelar, no reside tanto en la evasión de la justicia que presuntamente el imputado podría proponerse como en la certeza de su segura aplicación, es decir, que en la práctica el imputado puede darse a la fuga porque sabe que quedara detenido provisionalmente. Por todas estas razones Luigi Ferrajoli considera que el uso de esta medida cautelar es ilegítima causando la violación del resto de garantías procesales y penales, por tanto, propone un proceso sin detención provisional, examinemos cuidadosamente esta innovadora propuesta:

“Una vez claro que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, FERRAJOLI, con apoyo en datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función “cautelar final” de aquella –el *peligro de fuga*- está no tanto en el miedo a la pena misma –hipotética y lejana en el tiempo- como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere *racionalidad* instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos tiempos procesales. De aquí una conclusión en la materia: “Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes –y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva- del sistema penal considerado en sus perfiles reales.

Esto es lo que hace afirmar al autor de *Derecho y razón* 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”. Convencimiento que lo lleva a razonar la innovadora propuesta de “un proceso sin prisión provisional.” ¹²⁹

¹²⁹ Ibáñez, Perfecto Andrés, Presunción de Inocencia y prisión sin condena; contenido en: *Detención y prisión provisional*; ob. cit; pág. 32.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

5.1.1 En el Capítulo II se llegan a las siguientes conclusiones:

- La Motivación de las providencias judiciales en el proceso jurisdiccional griego se caracterizaba por su contenido político debido a la participación de la colectividad en la escogitación de la decisión más justa, entre aquellas pronunciadas por los ancianos cabezas de clanes, lo que significa un ejercicio del poder popular.
- Con el surgimiento de las *Doce Tablas*, el derecho romano desarrollo procedimientos técnicos avanzados de interpretación y aplicación del derecho legislado, los cuales fueron desarrollados plenamente por la jurisprudencia, constituyendo la Motivación de las providencias judiciales una exigencia de carácter racional.
- La experiencia histórico-jurídica del medioevo demuestra que el paso al sistema penal mixto de nuestro días es el resultado de una larga y penosa evolución, transitando por la irracionalidad de los juicios de Dios u ordalías hasta el cruel e inoperante proceso penal inquisitivo, que durante la alta edad media acondiciono la Motivación de las providencias judiciales con la prueba legal o tasada, resultando algunas resoluciones fundamentadas bajo la convicción judicial lesionada por la incongruencia de motivos de derecho carentes de motivos de hecho, o bien, teniendo aquélla motivos de hecho cabía la posibilidad que la ley suprimía los motivos de derecho.

- La obligación jurídica de Motivar las providencias judiciales en el periodo del dominio de las monarquías absolutas tenía la finalidad de extender el control político del autócrata a la actividad judicial; sin embargo, como resultado de la exposición pública de las razones del fallo el juzgador se encontraba bajo la presión de conferir mayor racionalidad a su decisión, constituyendo un principio de control de la arbitrariedad.
- El Código de Instrucción Criminal de 1808 de Napoleón Bonaparte es la primera sistematización del proceso penal, basada en los principios modernos de contradicción, oralidad, acusación, publicidad, etc.; sin embargo, es el derecho germánico en 1847 y 1856 el que introdujo el moderno sistema de la libre apreciación de la prueba, que permitió el desarrollo de la concepción contemporánea de la motivación de las providencias judiciales.
- La Comisión española de Codificación de 1856-1869, que sentó las bases de Ley orgánica de los Tribunales y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, realizó el aporte decisivo en la Motivación de las providencias judiciales al introducir el esquema de la fundamentación que separa los motivos de hecho y de derecho, para facilitar la actividad impugnativa, especialmente de la casación, lo cual mantiene su vigencia en el Art. 130 del Código Procesal Penal de 1998, de nuestra República, sin embargo, este esquema también contribuyó para que la Motivación desempeñara una función cognoscitiva, en el sentido que al encontrarse en dicho orden, primero los motivos de hecho, permite que en la determinación de la existencia o no existencia de éstos se pase luego a su significación jurídica a través de los motivos de derecho.
- En la evolución del derecho procesal penal salvadoreño se han ensayado los modelos principales de procesos encontrados en la historia jurídica

universal, iniciando con el Código de Instrucción Criminal de 1857, el cual era orientado con los valores inquisitivos, y regulaba como figura equivalente a la actual detención provisional el Arresto provisional en su Art. 151; luego en el Código Procesal Penal de 1974, regulo un proceso penal inquisitivo modificado con la pretensión de salvar este modelo, que introduce la concepción moderna de la motivación del auto de detención provisional en sus Arts. 247, 248 y 489. Pero es hasta el 15 de abril de 1998 con el Código Procesal Penal de 1998, que se ensaya un proceso penal moderno mixto, orientando la práctica judicial salvadoreña a una aplicación de la doctrina contemporánea de la Motivación de las providencias judiciales, permitiendo un mayor nivel de tratamiento técnico, que para el caso de la motivación del Auto de detención provisional se regula en sus Arts. 292, 293, 294 inc. 2º y 296, en relación a los Art. 15, 162 ult. Inc. y 130.

- Toda la experiencia histórica de la Motivación de las providencias judiciales demuestra que su concepción y práctica están condicionadas al tipo de modelo de proceso judicial al cual sirva de elemento en su estructura.

5.1.2. En el Capítulo III se tienen las siguientes conclusiones:

- La Motivación de las providencias judiciales tiene dos fuentes principales: la fuente positiva, que regula expresamente el Art. 130 del Código Procesal Penal de 1998, y la fuente cognoscitiva, que es el proceso informado por los principios epistemológicos seguido por el juzgador para revestir su decisión de racionalidad, y que se encuentra jurídicamente establecida a través de los Art. 15 y 162 Inc. ultimo del Pr. Pn, 1998, que tratan de la sana crítica.
- En la práctica judicial salvadoreña la Motivación de las providencias desempeñan distintas funciones, siendo la principal el control de la arbitrariedad por medio de los recursos.

- La Motivación de las providencias es considerada, por termino medio, en la práctica judicial salvadoreña como un proceso cognoscitivo del juzgador, por medio del cual éste tiende a obtener un estado de convicción sobre la existencia o no de los hechos, y sobre la autoría o participación del imputado; basándose en la apreciación de la prueba legalmente introducida en el proceso y, en la percepción directa de los argumentos de las partes, que son el resultado de la contradicción entre la acusación y la defensa, y tiene como finalidad una decisión previamente señalada en la ley.
- La libre apreciación de la prueba o sana crítica es el único sistema que permite un tratamiento científico de la Motivación de las providencias judiciales, pues, se apoya en los principios que orientan el correcto pensamiento racional, por tanto, utiliza los distintos métodos del razonamiento, en combinación con las normas de la psicología para interpretar ciertos aspectos de la conducta que tienen trascendencia jurídica.
- La convicción judicial se fundamenta esencialmente en la apreciación de la prueba introducida legalmente al proceso, y va alcanzando distintos grados de conocimiento de la verdad procesal, los cuales se distribuyen de conformidad a las diversas fases del procedimiento; de esta manera se tiene que en la etapa inicial y de instrucción el estado de convicción exigido es la probabilidad, pero en la etapa de juicio domina el estado de certeza.
- El principio para evaluar objetivamente el criterio judicial aplicado en la Motivación de las providencias judiciales consiste en determinar si el juzgador considera como finalidad del proceso penal la *Verdad real o material* o bien, la *Verdad probable*, pues, en esta disyuntiva se encuentra el fundamento metodológico de la formación de su convicción.

- La *teoría del garantismo penal* es la doctrina jurídica contemporánea que ha logrado el mejor tratamiento técnico de la Motivación de las providencias judiciales; basada en la consideración que el proceso penal moderno debe responder a dos valores: verdad y libertad, los cuales no pueden sacrificarse uno en aras de otro, porque forman una unidad dialéctica, por tanto, el proceso no se reduce a pura investigación pues está condicionado al respeto de las garantías que evitan la condena de un inocente, y aseguran la aplicación de la sanción al culpable.

5.1.3 Las conclusiones del Capítulo IV son las que siguen:

- La naturaleza jurídica de la detención provisional tiene dos dimensiones, una de carácter intraprocesal referida a su calidad de medida cautelar personal, que se orienta a asegurar principalmente la eficacia de una posible sentencia condenatoria; y otra de carácter extraprocesal que cumple fines preventivos, propios de las penas y medidas de seguridad.
- Las características de la detención provisional definen su aplicación práctica como medida cautelar, y se encuentran revestidas de las garantías básicas del debido proceso, constituyendo parámetros de control para la utilización de esta medida cautelar en el caso concreto. Su regulación jurídica tiene un tratamiento disperso, encontrándose en el inc. 2º del Art. 6 Pr. Pn. (1998), las características de *Proporcionalidad y Temporalidad*; en el num. 2 del Art. 297 Pr. Pn. (1998), la *Provisionalidad y Regla rebus sic stantibus*; en el inc. 2º del Art. 291 Pr. Pn. (1998), la *Jurisdiccionalidad*; en los Arts. 292, 293 y 294 inc. 2º Pr. Pn. (1998), la *Legalidad*; en el inc. 1º del Art. 294, Pr. Pn., 1998, la *Subsidiariedad*; y en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, la *Excepcionalidad*.

- Los requisitos de procedencia de la detención provisional tienen tres variantes, las cuales son: imprescindibles, generales y ajenos a su carácter cautelar. Sin la concurrencia de los primeros, *Fumus boni iuris* y *Periculum in mora*, es imposible la aplicación de la medida; entre los segundos y terceros existe una complementariedad.
- En la práctica judicial salvadoreña se considera que la Motivación del Auto de detención provisional es un proceso cognoscitivo del juzgador, el cual tiende a obtener el estado de convicción de probabilidad acerca de la concurrencia de los requisitos de los Arts. 292, 293 y 294 inc. 2º del Código Procesal Penal de 1998, con base a la valoración de la prueba indiciaria para fundamentar el *Fumus boni iuris*, y algunos componentes del *Periculum in mora*, y la comprobación de la existencia del delito; además el juzgador se fundamenta en el cumplimiento de supuestos jurídicos que configuran el peligro de fuga, y, en su propio criterio para motivar los requisitos ajenos al carácter cautelar de esta medida.
- La detención provisional es la regla general en los casos de los delitos enumerados en el inciso 2º del Art. 294 del Código Procesal Penal de 1998, en virtud de haber sido declarado en sentencia definitiva del proceso de inconstitucionalidad de dicha disposición, que no existe violaciones a la Constitución.
- Actualmente se perfilan dos clases de corrientes jurídicas de la detención provisional, la corriente defensista, que hace apología de su aplicación y mantenimiento, y la corriente progresista, que es crítica a su uso como regla general, por sus efectos prácticos de pena anticipada que la caracteriza, y por lo irreparable del daño a la libertad ante la eventual absolución del imputado.

- La *Teoría del garantismo penal* contiene la crítica mejor lograda en la actualidad a las inconsistencias lógicas y deficiencias técnicas-jurídicas de los argumentos utilizados para la aplicación de la detención provisional, considerando que el peligro de fuga, fundamento esencial de esta medida, es provocado más por el uso habitual de su aplicación, que por la disposición del imputado a evadir la justicia, además, considera que esta medida cautelar se ha convertido en uno de los ejes del proceso penal, y que constituye la principal violación al principio de inocencia y al resto de garantías constitucionales, por lo que, hace la propuesta innovadora de un proceso sin prisión provisional.

5.2 RECOMENDACIONES:

5.2.1 A los Jueces y Juezas se les recomienda:

Adherirse a los postulados del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la VIII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, los días 21 y 22 de junio de 2006, que desarrolla la concepción de la legitimación del Poder Judicial a través de la Función Jurisdiccional ejercida por jueces y juezas orientados hacia la excelencia judicial, que incluye en su Capítulo III, titulado: “Motivación”, de los artículos 18 al 27, la Motivación de las Resoluciones Judiciales como un deber jurídico y como un valor ético.

5.2.2 A los jueces y juezas competentes en lo penal se les recomienda:

Promover su formación continuada como una exigencia de conocimiento y de capacitación permanente, que tenga como visión el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la

Administración de Justicia a través de programas que comprendan los temas de: Valoración de la prueba en el proceso penal, Motivación de las providencias judiciales, lógica judicial, y todos los temas básicos que favorezcan el mejor cumplimiento de sus funciones judiciales.

5.2.3 A los agentes del pensamiento jurídico salvadoreño se les recomienda:

Fomentar la investigación jurídica que contribuya a construir expresiones teóricas de nuestra propia realidad jurídica salvadoreña, y en materia de detención provisional, que se orienten por los postulados de la corriente jurídica progresista, la cual señala esta medida como la más gravosa a la libertad e inocencia; pero quienes decidan ir más allá pueden reflexionar las provocaciones en este terreno de Luigi Ferrajoli, contenidas en su obra cumbre: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, páginas 551 a 561.

5.2.4 A las instituciones de derechos humanos, Organizaciones no Gubernamentales, sindicatos, organizaciones comunitarias campesinas, gremios de abogados (as), Asociaciones de jueces y juezas, y de empleados, Universidades, personalidades jurídicas notables, y a la sociedad civil en general, se les recomienda:

Impulsar una campaña para la Constitucionalización de la Motivación de las providencias judiciales.

5.2.5 A los docentes de la Facultad de jurisprudencia y ciencias sociales de la Universidad de El Salvador se les recomienda:

Estimular a sus alumnos a la libre investigación como actividad esencial de su formación humana y técnica, que les permita el nivel de conciencia científica de su proceso de enseñanza-aprendizaje. En particular, se les

recomienda indicar el camino a sus alumnos en la importancia de la Motivación de las providencias judiciales.

5.2.6 A los estudiantes de ciencias jurídicas se recomienda:

Investigar. Tener como uno de los objetivos estratégicos en sus vidas cultivarse con enfoque integral, pues, sí es posible llegar hacia la libertad por la cultura, tal como reza el lema de la Universidad de El Salvador. Practicar la ética profesional de la dignidad humana, que sirva de contrapeso robusto a la mediocridad reinante en nuestros días, y específicamente, criticar este trabajo de graduación superando sus vacíos, inconsistencias y puntos de vista que de alguna manera obstaculicen el desarrollo ascendente de su objeto de estudio.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ASAMBLEA LEGISLATIVA, Recopilación de Leyes, Tomo III, junio 1956-enero 1960, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador.

ALBINO TINETTI, JOSÉ y otros; Manual de Derecho Constitucional, Tomo I y II, 2ª edición, 1996, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, Ministerio de Justicia, El Salvador.

ANAYA BARRAZA, SALVADOR ENRIQUE, y otros; Selección de Ensayos doctrinarios nuevo Código Procesal Penal; Comisión Coordinadora del Sector de Justicia; publicación de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia - UTE.-, 2ª edición, 1998, San Salvador, El Salvador.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA; La Prisión Provisional; prólogo de Vicente Gimeno Sendra, 1ª edición, 1987, Monografías Civitas, Editorial Civitas, S.A, Alicante, España.

CAFFERATA NORES, JOSÉ I.; La Prueba en el Proceso Penal, 1ª Edición, 1986, reimpresión inalterada, 1988, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina.

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal; 1º edición, 1999, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador.

FERRAJOLI, LUIGI; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal; prologo de Norberto Bobbio; 1ª edición, 1989; traducción al castellano por Perfecto Andrés

Ibáñez, Alonso Ruiz Miguel, y otros; Colección estructuras y procesos. Serie Derecho; Editorial Trotta, S. A., 1995, Madrid, España.

IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, y Otros; Detención y Prisión Provisional; Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial; Cuadernos de Derecho Judicial; 1ª Edición, 1996, Madrid, España.

IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS; Guía de Trabajo para los textos de Apoyo del curso: “Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”; Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, Escuela de Capacitación judicial, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, Consejo Nacional de la Judicatura; 1ª edición, 2003, San Salvador, El Salvador.

LARRAURI PIJOAN, ELENA, y otros; Ciencias Penales. Monografías; Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, 1ª edición, 2001, San Salvador, El Salvador.

LINDO HUGO, ¡Justicia Señor Gobernador!. Novela; Colección Trigueros de León, Volumen No. 7; 1ª edición, 1960, Decimocuarta reimposición, 2006, Dirección de Publicaciones e Impresos, CONCULTURA, San Salvador, El Salvador.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, JACOBO, y otros; Escuela judicial, Consejo General del Poder judicial, 1ª edición, 1992, Editorial DOXA, Madrid, España.

METZGER KNUT; Manual. La Investigación Jurídica y sus Fundamentos Científicos; 1ª edición, 1987, Colección Docencia Nº 44, Editorial Universitaria, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, Honduras.

MUÑOZ CAMPOS, ROBERTO; La Investigación científica. Paso a Paso. Problema, Hipótesis, Tema, Objetivos..., cuarta edición, 2004, San Salvador, El Salvador.

PETIT EUGÉNE; Tratado elemental de Derecho Romano, traducción de la 9º edición francesa y aumentado con copiosas notas por D. José Fernández Gonzáles, edición especial de Editorial Jurídica Salvadoreña, 2º edición, 2004, San Salvador, El Salvador.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, JESÚS; La Detención Preventiva y Derechos Humanos en Derecho Comparado; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie B, Estudios Comparativos, b) estudios especiales. Nº 19, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, 1981, México, D. F.

REYES ALVARADO, YESID; La Prueba Indiciaria, 1ª Edición, 1984, Ediciones Librería del Profesional, Colombia.

SÁNCHEZ CERNA, HOMERO ARMANDO Dr., y otros; Anteproyecto del Código Procesal Penal (Texto para consulta nacional); Comisión Redactora del Código Procesal Penal, Dirección General de Asistencia Técnico Jurídica, Ministerio de Justicia; 1ª edición, 1993, San Salvador, El Salvador.

TOMAYO Y SALMORAN, ROLANDO; El Derecho y la Ciencia del Derecho. Introducción a la ciencia jurídica; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios doctrinales núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México; 1ª edición, 1984, México, D. F.

VESCOVI, ENRIQUE; Teoría General del Proceso, 1ª Edición, 1984; Editorial Temis, S.A.; Bogotá, Colombia.

WASHINGTON ÁBALOS, RAÚL; Derecho Procesal Penal. Sujetos Procesales, Actos Procesales, Teoría de la Prueba, Medios de Prueba; Tomo II; Ediciones Jurídicas Cuyo.

ARTÍCULOS DE REVISTAS ESPECIALIZADAS

Asencio Mellado, José María Dr.; LA REFORMA DEL PROCESO PENAL ESPAÑOL; Memoria “Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal”, Ministerio de Justicia, octubre, 1991, San Salvador, El Salvador.

Cortez Alvarenga, Alba Evelyn de; RESULTADOS DE UNA ENCUESTA SOBRE LA SEVERIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD; Revista de Ciencias Jurídicas, Derecho Penal. Derecho Constitucional; Año 1, N° 1, 1991; Centro de Investigación y Capacitación del Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador.

Pedraz Penalva, Ernesto; MOTIVACIÓN Y CONTROL DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES; Revista de Ciencias Jurídicas. Derecho Constitucional, Derecho Penal, Educación Jurídica; Año I, No. 4, noviembre 1992; Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial; San Salvador, El Salvador.

Pino Salazar, Federico Edmundo; LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROYECTO DE LA LEY PROCESAL DE FAMILIA; Revista del Ministerio de Justicia, 4º Época-Nº 2, 1994, Ediciones Último Decenio, Centro de información Jurídica, San Salvador, El Salvador.

Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio Dr; MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES; Revista de Derecho Constitucional, N° 4, Julio-Septiembre 1992,

publicaciones de la Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador.

Williams Jaime Dr.; REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN CHILE; Memoria “Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal”; Ministerio de Justicia; República de El Salvador; octubre de 1991; San Salvador, El Salvador.

INTERNET

www.jurisprudencia.gob.sv

www.fgr.gob.sv/sitio/dinamicos/boletinver.asp?id=3632

<http://www.monografias.com/trabajos39/detencion-judicial/detencion-judicial.shtml>

<http://www.jurisprudencia.gob.sv/Doctrina.htm>

<http://www.jurisprudencia.gob.sv>, Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia; Improcedencia de Amparo; ref. 20-2000; de fecha 23 de febrero de 2000.

[www bibliojuridica.com](http://www.bibliojuridica.com) (Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México).

DICCIONARIOS

OSSORIO, MANUEL; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; prólogo del Dr. Guillermo Cabanellas, 1ª Edición, Editorial Heliastas S.R.L., Buenos Aires, Argentina, sin año.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA; Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001, impresión: Matu Cromo, S.A., impreso en España, segunda tirada, corregida, noviembre de 2004, Editorial Espasa Calpe S.A.

ROSSENTAL, M.M. y IUDIN P. F.; Diccionario Filosófico, Ediciones Tecolut, 1ª edición, 1971, impreso en Editorial Universitaria, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador.

INFORMES , DOCUMENTOS Y/ O SENTENCIAS

Sentencia definitiva de Habeas Corpus Ref. 57-99 del 20/IV/1999.;

Sentencia definitiva de Hábeas Corpus Ref. 347-2000, del 26/II/2001;

Sentencia definitiva de Hábeas Corpus Ref. 334-2000 Ac 380-2000 de 11/IX/2001;

Sentencia definitiva de Habeas Corpus Ref. 50-2006, de 6/X/2006;

88 Autos de Detención provisional decretados en los Juzgados primero y quinto de instrucción de San Salvador, en 10 clases de delitos, por causas recibidas durante el periodo de enero-julio 2007.

ENTREVISTAS y ENCUESTAS

Entrevistas a tres abogados (as) penalistas salvadoreños;

Entrevista a dos Jueces de lo penal salvadoreños (as);

Encuesta de opinión a 50 estudiantes de Ciencias Jurídicas de cuarto, quinto año, y egresados de la Universidad de El Salvador.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR; Decreto Constituyente, Sin número, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983; incluye sus reformas.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1998; Decreto Legislativo No 904, de fecha 4 de diciembre de 1996; Publicado en el Diario Oficial No 11, Tomo 334, de fecha 20 de enero de 1997; inicio de vigencia en virtud de su art. 455 el 20 de abril de 1998; incluye todas sus reformas.

CODIGO PENAL; 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; inicio de vigencia en virtud de su art. 409 el 20 de abril de 1998; incluye todas sus reformas.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS; Adoptada y Proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS; Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su

Resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966; entrada en vigor el 23 de marzo de 1976; Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo N° 27, del 23-XI-1979; Publicado en el Diario Oficial N° 218, del 23-XI-1979.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE; Aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia, 1948.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS “PACTO DE SAN JOSÉ”, Suscrita en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor el 18 de julio de 1978; Ratificada por El Salvador por Decreto Legislativo N° 5, del 15-VI-1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113, de fecha 19-VI-1978.

CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DEL SALVADOR; redactado en virtud de Comisión del Supremo Gobierno por los señores: Dr. 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 de 1890; incluye reformas de 1886 y 1904.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1974; Decreto legislativo del 11 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial N° 208, Tomo 241, de fecha 9 de noviembre de 1973.

ANEXOS

ANEXO 1

RESULTADOS DE LA ENCUESTA DE OPINIÓN

-Población encuestada: 50 estudiantes de cuarto, quinto año y egresados de la Carrera de Licenciatura en Ciencias jurídicas de la Universidad de El Salvador.

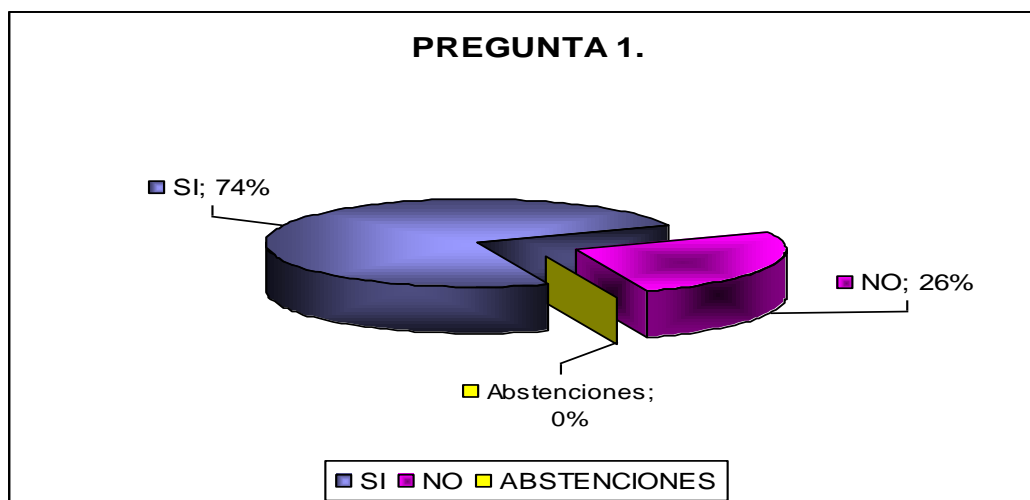
Tabla 1.1

preguntas/respuestas	SI	%	NO	%	Abs.	%
1. Ha recibido usted alguna cátedra relacionada a la fundamentación de las sentencias	37	74%	13	26%	-	-
2. Considera usted que es importante que los jueces de instrucción fundamenten sus providencias. En caso que su respuesta sea SI diga por qué	49	98%	1	2%	-	-
3. Considera usted que los Jueces de instrucción otorgan la suficiente importancia a la Fundamentación de sus providencias	4	8%	44	88%	2	4%
4. Considera usted que los Jueces de Instrucción tienen una amplia cultura jurídica de Fundamentación de sus providencias	5	10%	45	90%	-	-
5. Cuáles son los factores, que según usted, que perjudican al desarrollo de una amplia cultura jurídica de la Fundamentación, entre los jueces de instrucción	-	-	-	-	-	-
6. Considera usted que la detención provisional ratificada o decretada al imputado por los Jueces de Instrucción, se ha convertido en la regla general	43	86%	6	12%	1	2%

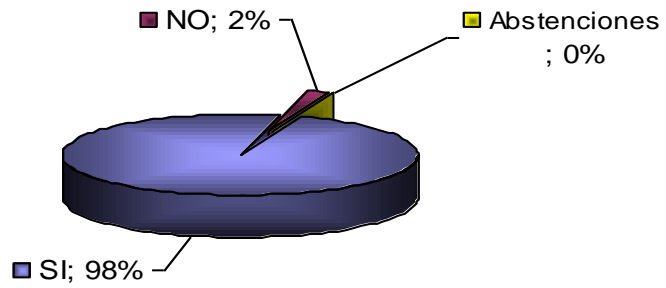
7. Cree usted que los Jueces de Instrucción reciben suficiente capacitación para fundamentar sus providencias	7	14%	43	86%	-	-
8. ¿Cree usted que los Jueces de Instrucción al recibir un expediente que contiene la medida cautelar de la detención provisional hacen un examen correcto de los motivos de hecho y derecho en los que se basó el Juez de Paz, para ratificar o revocar dicha medida?	8	16%	42	84%	-	-
9. ¿Considera usted que la Fundamentación de las providencias judiciales debería estar contenido expresamente en un artículo de la Constitución?	33	66%	17	34%	-	-

Nota: las preguntas 1, 2 y 5 son abiertas, por lo cual se reflejarán sus resultados en las tablas 1.2, 1.3 y 1.4 respectivamente.

Gráficos de los porcentajes de cada pregunta

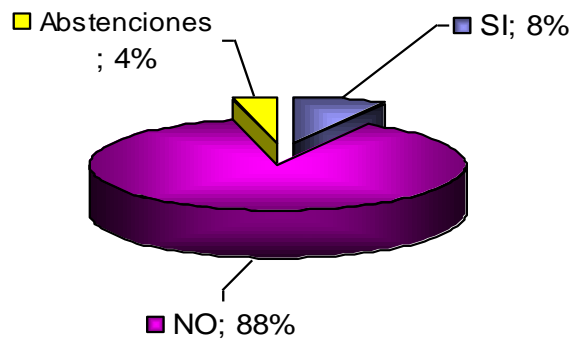


PREGUNTA 2.



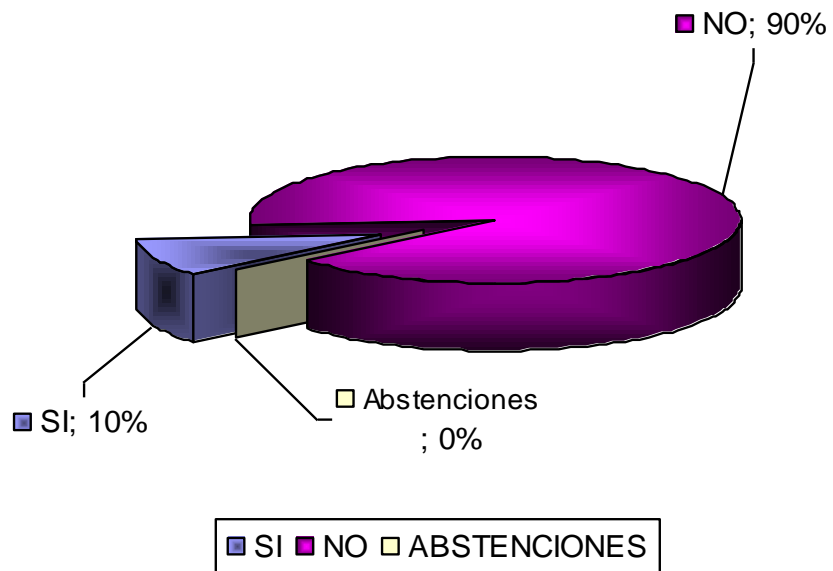
■ SI ■ NO ■ ABSTENCIONES

PREGUNTA 3

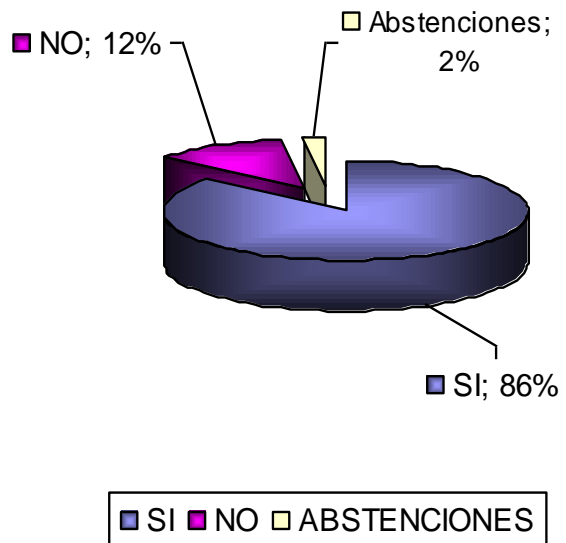


■ SI ■ NO ■ ABSTENCIONES

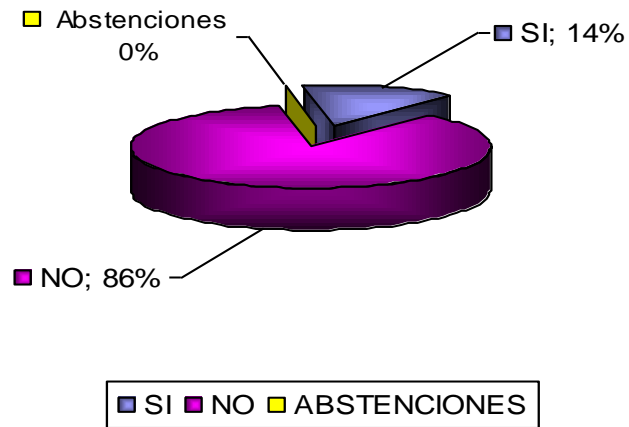
PREGUNTA 4.



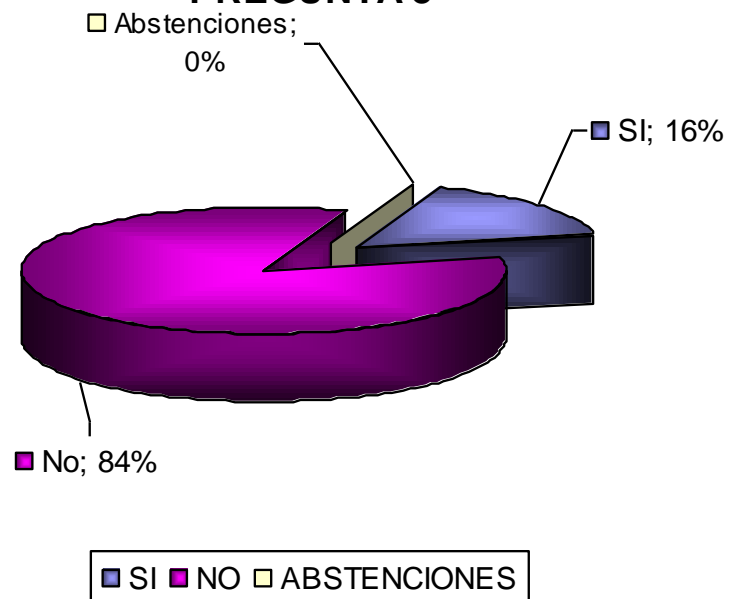
PREGUNTA 6.



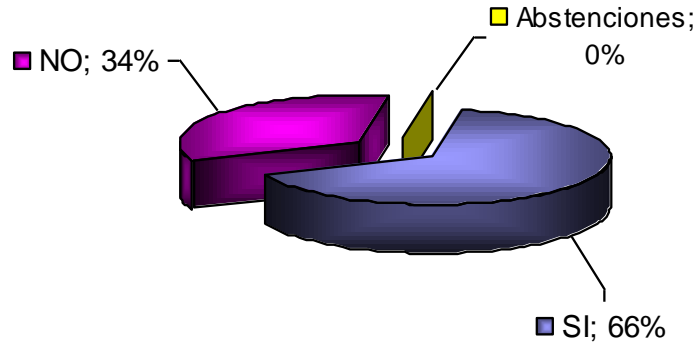
PREGUNTA 7.



PREGUNTA 8



PREGUNTA 9.



■ SI ■ NO ■ ABSTENCIONES

TABLA 1.2

PREGUNTA 1. Del 74% de los estudiantes que respondieron afirmativamente en cuanto a la cátedra de derecho procesal, estas fueron sus respuestas:

CÁTEDRAS	%
Derecho Procesal Civil	27.03
Derecho Procesal Penal	27.03
Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal	13.51
Teoría General del Proceso	13.51
D. Procesal Civil, D. Procesal Penal y Teoría General del Pr.	2.70
Abstenciones	13.71

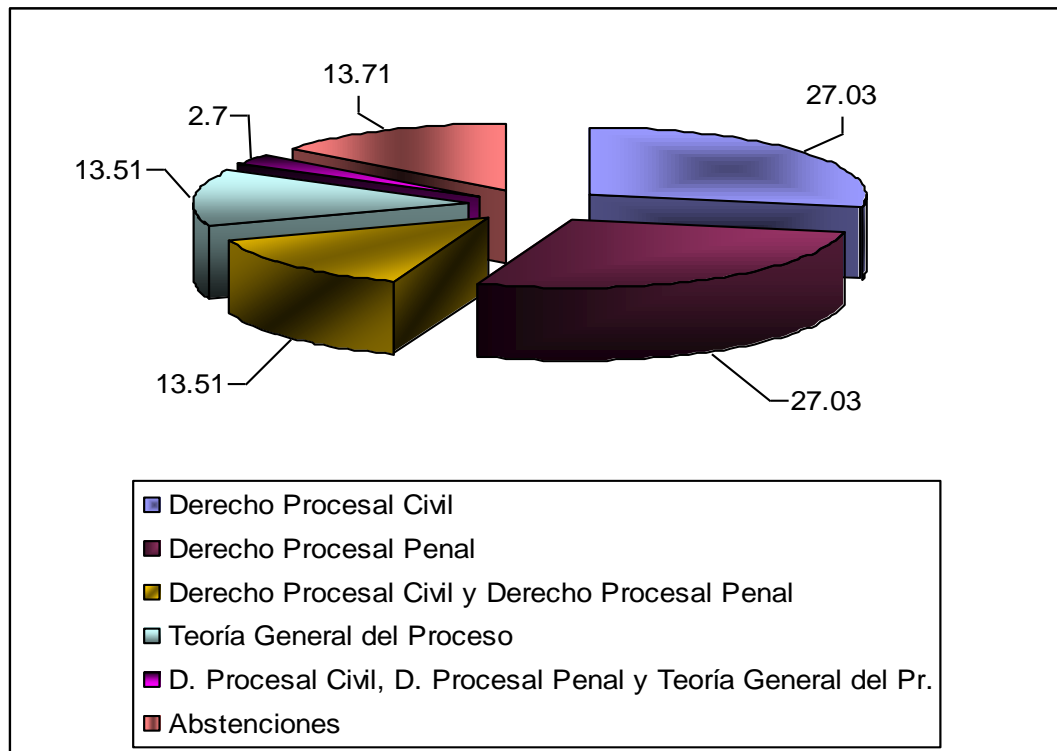


TABLA 1.3

PREGUNTA 2. Percepción de los estudiantes del contenido de la importancia que los jueces de instrucción le otorgan a la Motivación de sus providencias

Importancia / resultado	%
por el principio de legalidad	14.29%
por la actividad impugnativa	26.53%
por la publicidad de la motivación	6.12%
por el derecho de defensa	8.16%
por la seguridad jurídica	6.12%
por el deber de motivar las resoluciones	8.16%
por las garantías constitucionales	14.29%
por el principio de legalidad y derecho de defensa	2.04%
por revestir de racionalidad la decisión	4.08%
por seguridad jurídica y derecho de defensa	2.04%
Abstenciones	8.16%

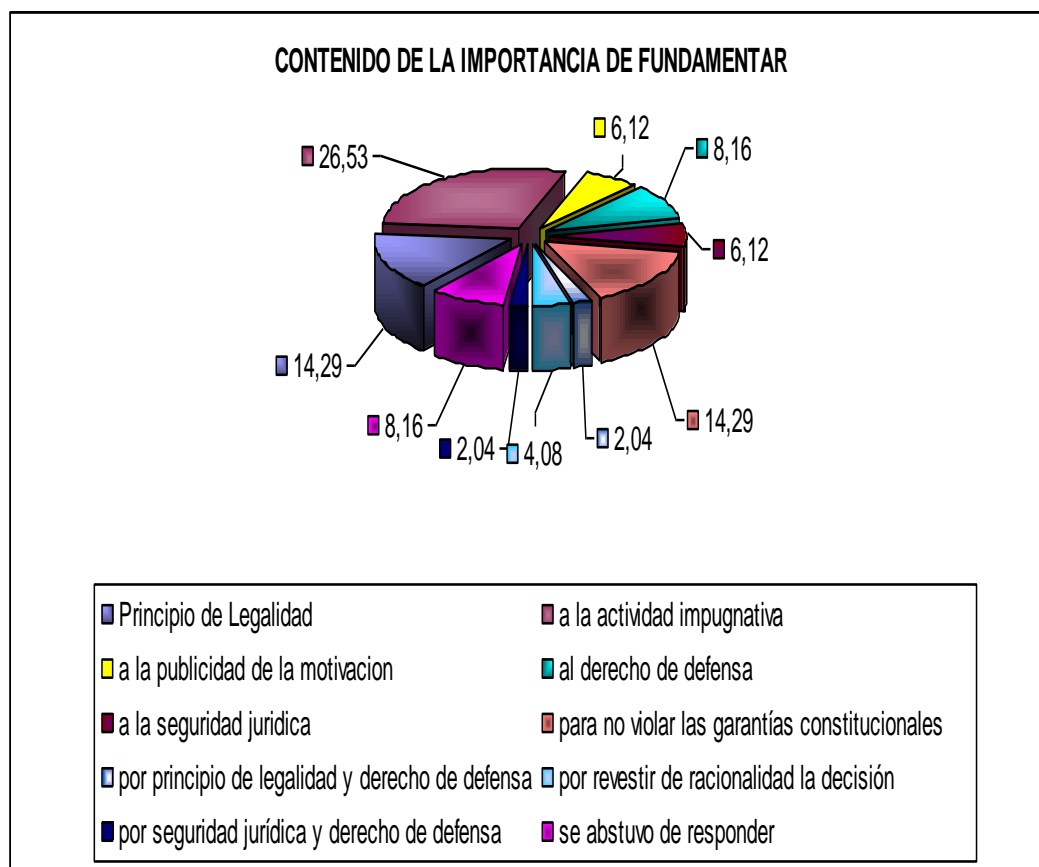
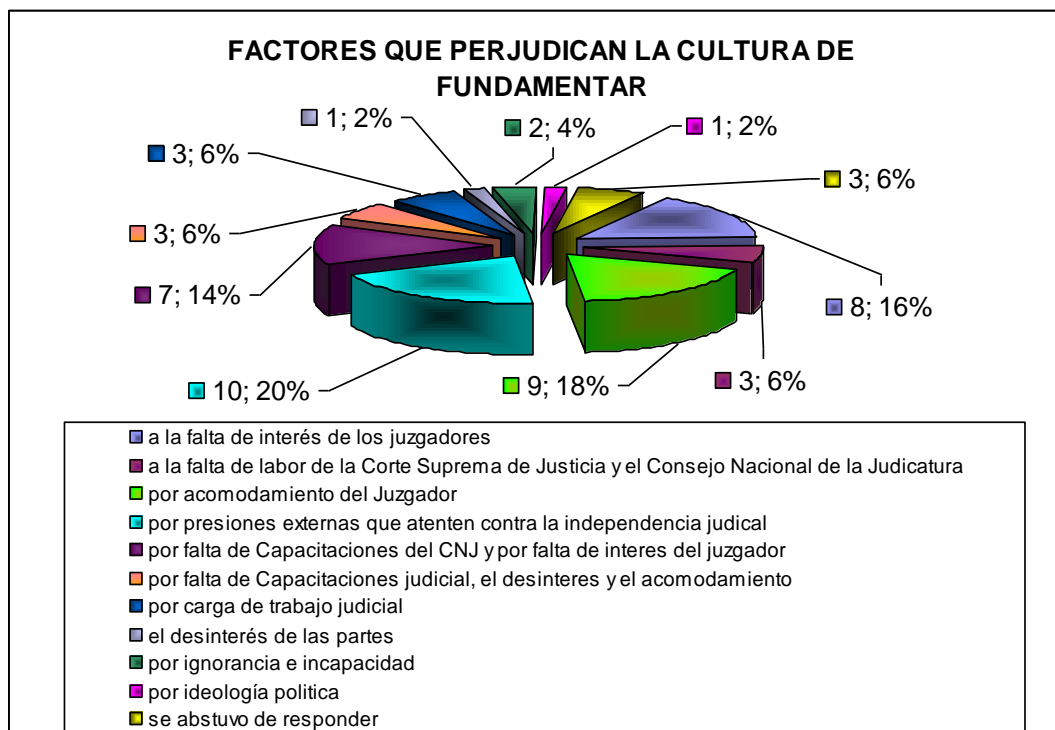


TABLA 1.4

PREGUNTA 5. ¿Cuáles son los factores que perjudican al desarrollo de una amplia cultura de la fundamentación entre los jueces de instrucción?

FACTORES	Nº DE ALUMNOS	%
a la falta de interés de los jugadores	8	16
a la falta de labor de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la judicatura	3	6
por acomodamiento del juzgador	9	18
por presiones externas que atentan contra la independencia judicial	10	20
por falta de capacitaciones del CNJ y por falta de interés del juzgador	7	14
por falta de capacitación judicial, el desinterés y el acomodamiento	3	6
por carga de trabajo judicial	3	6
el desinterés de las partes	1	2
por ignorancia e incapacidad	2	4
por ideología política	1	2
se abstuvo	3	6



ANEXO 2
RESULTADOS DEL ESTUDIO DE LOS EXPEDIENTES JUDICIALES

Tabla 2.1
Cuadro general de los expedientes judiciales estudiados

-Juzgados primero y quinto de instrucción, San Salvador					
-Total de expedientes judiciales estudiados: 88					
- Entrada de los expedientes judiciales estudiados al juzgado correspondiente: enero-julio 2007					
- La investigación de campo comprende el periodo siguiente: del 13 de marzo al 12 de junio de 2008					
Cantidad de Expedientes	total de expedientes %	Juzgado 1º de instrucción / Nº expedientes	Juzgado 5º de instrucción / Nº expedientes	Tipología	Requisito que motiva la medida.
1	1.14%		80	Homicidio Simple	- vincular al indiciado al proceso
1	1.14%	54		Homicidio Agravado	- falta de arraigos
1	1.14%	68		Homicidio Agravado tentado	
2	2.27%		58, 94.	Homicidio Simple tentado	-periculum in mora - fumus boni iuris
1	1.14%		109.	Homicidio Agravado y Agrupaciones Ilícitas	- se encuentra comprobada la existencia del delito - suficientes indicios de una posible autoría o participación de los encausados
5	5.68%	41, 51,57.	137, 142.	Robo	- no acreditación de arraigos

11	12.50%	8, 17, 50, 58, 68.	2, 27, 29, 45, 54, 136.	Robo Agravado tentado	<ul style="list-style-type: none"> - no acreditación de arraigos - la gravedad del delito - frecuencia con que estos tipos de ilícitos ocurren - aseguramiento de la efectividad del proceso - evitar la probable fuga - evasión de la justicia - entorpecimiento de la investigación
4	4.55%	14.	19, 84, 117.	Robo tentado	<ul style="list-style-type: none"> - realización efectiva del juicio - comparecencia del indiciado - garantizar el cumplimiento de la pena - fuga por parte del imputado
22	25%	3, 10, 12, 22, 29, 32, 37, 42, 66, 106.	12, 43, 53, 82, 96, 98, 125, 127, 129, 139, 144.	Robo Agravado	<ul style="list-style-type: none"> - fumus boni iuris - existencia del delito - la probable participación del imputado - frecuencia con que este tipo de ilícitos ocurre - vincular al sindicado con el proceso - principios de excepcionalidad e instrumentalidad
1	1.14%		133.	<ul style="list-style-type: none"> - Robo Agrado. tentado - Porta Arma de fuego - Agrupa Ilícitas 	

1	1.14%		24.	-Robo Agrado -Uso Documen- falsos	- no acreditación de arraigos - garantizar los fines del proceso
2	2.27%	64.	141.	-Robo Agrado -Agrupa Ilícitas	-Gravedad del delito -Art. 294 Pr. Pn.
1	1.14%		3.	Hurto	- frecuencia con que hechos análogos son cometidos en nuestra sociedad - alarma social - existencia del delito - gravedad del delito - garantizar la comparecencia del imputado
3	3.41%	24.	73, 145.	Hurto tentado	-Arraigos
4	4.55%	15, 105.	26, 62.	Hurto Agravado	- naturaleza del hecho - daño que ocasiona a la sociedad - la no confiabilidad del imputado de presentarse al juzgado respectivo cuando sea requerido - arraigos
9	10.23%	9,44, 63, 10, 105.	54, 60, 90, 111.	Hurto Agravado tentado	- existencia del delito - alarma social - fumus boni iuris
1	1.14%		17.	Hurto agravado y homicidio agravado	- existencia del delito - probable participación del imputado - gravedad del delito

4	4.55%	13.	4, 64, 143.	Agresión Sexual en menor o Incapaz	- Fumus boni iuris - Obstaculización de la investigación - Peligro de fuga - Indicios suficientes que hacen procedente la continuación del proceso
5	5.68%	70,78.	15, 74, 85.	Extorsión	- no existen arraigos acreditados
1	1.14%	20.		Lesiones	- por haber sido provocadas en el seno familiar
1	1.14%	30.		Lesiones Agravadas	Sustitúyase la detención provisional por medidas sustitutivas
2	2.27%	76.	119.	Lesiones graves	
5	5.68%	39,91,103.	97, 102.	Trafico Ilícito de droga	gravedad del delito; instrumentos internacionales; fumus boni iuris; periculum in mora

Tabla 2.2
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO

- Origen: Juzgado Primero de Instrucción de San Salvador
- Remitente: Juzgados 1º, 4º, 12º, 13º, 15º de Paz de San Salvador

Cantidad	Nº de Expedientes	Requisito motivado	Argumento judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
30	1,3,8,9,10,1 3,14,15,17,2 2,24,29,32,3 7,41,42,44,5 0,51,57,58,6 3,66,70,78,8 4,104,105,1 06,124	Existencia del Delito (numeral 1)	<p>- "con base a los datos probatorios contenidos en las actas, entrevistas de testigos, se tiene por comprobada la existencia del delito" (Juzgado 1º de Paz)</p> <p>- "Que la investigación inicial ha generado suficientes datos probatorios que establecen estos parámetros procesales ...En este sentido se cuenta con: actas, entrevistas testificales de los agentes captores, que corroboran el contenido de las actas, entrevista de la víctima...Con la anterior información probatoria se establece la hipótesis de cargo contenida en el requerimiento fiscal, con la que se tiene por establecida la existencia del delito" (Juzgado 1º de Paz)</p> <p>"...Por lo tanto, para este tribunal se determina el hecho constitutivo del delito de Robo Agravado en grado de tentativa, primeramente con el acta de captura y Remisión y el secuestro practicado a los imputados al momento de sus capturas; así mismo, con las entrevistas de las víctimas...Por lo que este tribunal considera que se dan los dos extremos procesales exigidos por el Art. 292 Pr. Pn., como lo es la existencia del hecho tipificado como delito..."(Juzgado</p>

			13° de Paz, San Salvador)
28	1,3,8,9,10,1 4,15,17,22,2 4,29,32,37,4 1,42,44,50,5 1,57,58,63,6 6,70,78,84,1 04 105,106	Autoría o participación (numeral 1)	-“...Con la anterior información probatoria se establece la hipótesis de cargo contenida en el requerimiento fiscal, a que en su conjunto, guardan una relación lógica y coherente,... con la que se tiene por establecida... la probable participación del incoado en el suceso...” (Juzgado 1° de Paz)
28	1,3,8,9,10,1 4,15,17,22,2 4,29,32,37,4 1,42,44,50,5 1,57,58,63,6 6,70,78,84,1 04105,1061 5, 74, 85	Gravedad del delito	-“...es procedente decretar la detención provisional al imputado pues el delito que se le atribuye tiene una pena en abstracto que supera los tres años de prisión, por cuanto es un injusto grave al tenor del artículo 18 del Código Penal, en relación al artículo 294 inc. 2° del Código Procesal Penal...” (Juzgado 1° de Paz) “... el delito que se le atribuye tiene una pena en abstracto que supera los tres años de prisión, por cuanto es un injusto grave al tenor del artículo 18 del Código Penal; motivo por el cual procede la detención provisional del justiciable...” (Juzgado 1° de Paz)
		Circunstancias del hecho (numeral 2)	
		Alarma Social (numeral 2)	
		Frecuencia de hechos análogos (numeral 2)	

		Gozar de otra medida (numeral 2)	
		Art. 293 Pr.Pn	
28	1,3,8,9,10,14,15,17,22,24,29,32,37,41,42,44,50,51,57,58,63,66,70,78,84,104 105,106	Incomparecencia del imputado (numeral 1)	"... difícilmente se someterá voluntariamente al proceso, frustrando con ello sus fines, ya que nuestro sistema procesal no soporta el juzgamiento de personas rebeldes..." (Juzgado 1° de Paz)
		Obstaculización de la investigación (numeral 2)	
		Continuar cometiendo otros delitos (numeral 3)	
		Incumplimiento de condiciones de medidas sustitutivas (numeral 4)	

Tabla 2.3
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS RELATIVOS AL PATRIMONIO

- Origen: Juzgado quinto de instrucción de San Salvador
- Remitentes: Juzgados 5º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º de Paz, San Salvador

Canti dad	Nº de Expedientes	Requisito motivado	Argumento judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
33	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, 145	Existencia del Delito.	<p>-“... tomando en cuenta que existen suficientes indicios que permiten inferir la existencia del delito de hurto...” (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>- “...por compartir el criterio del juez remitente... cuenta con los indicios suficientes para comprobar la existencia de un hecho tipificado como delito... (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>-“... a criterio de la suscrita los elementos con los que se cuenta son lógicos y coherentes de los cuales se colige que en esta etapa procesal penal la existencia de un hecho tipificado como delito ...” (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>-“...considerando todos los elementos recabados en las diligencias realizadas tenemos como resultado la probabilidad positiva... la existencia del injusto penal...” (Juzgado 14 de Paz)</p>
33	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,	Autoría o participación (numeral 1)	<p>“... a criterio de la suscrita los elementos con los que se cuenta son lógicos y coherentes de los cuales se colige... una probable participación del imputado en el mismo se establecen con la</p>

	137,139,141, 142,144, 145		entrevista...” (Juzgado 5° de Instrucción) -“...considerando todos los elementos recabados en las diligencias realizadas tenemos como resultado la probabilidad positiva respecto a la participación de los encartados en el ilícito que se les atribuye,...” (Juzgado 14 de Paz)
33	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, 145	Gravedad del delito (numeral 2)	-“... considera necesaria y legalmente procedente la misma porque dicho tipo penal tiene una pena en abstracto de dos a cinco años de prisión...” (Juzgado 5° instrucción) -“es necesaria... la gravedad del delito...” (Juzgado 5° de Paz) -“...de tal manera que siendo un delito grave...”(Juzgado 5° Paz) -“...y que por ser un delito grave cuya pena a imponer daría lugar a sustraerse del mismo...” (Juzgado 5° de Instrucción) “... del estudio de las disposiciones se puede determinar que estamos conociendo de un delito grave, ya que su sanción excede de los tres años de prisión conforme lo que establece el art. 18 Pn...” (Juzgado 13 de Paz) “...a eso tenemos que el presente caso se investiga un delito de naturaleza grave según el Art. 18 Pn., lo que justifica la medida tomada...” (Juzgado 14 de Paz)

		Circunstancias del hecho (numeral 2)	
33	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, 145	Alarma Social (numeral 2)	-“... considera necesaria y legalmente procedente la misma por...la alarma social e inseguridad ciudadana que genera en la población ante la comisión de dichas conductas delictivas las cuales atentan contra el patrimonio...” (Juzgado 5º Instrucción) -“... por la naturaleza y trascendencia social del delito...” (Juzgado 5º de Paz) -“...la alarma social que delitos de esta naturaleza generan dentro de la sociedad...” (Juzgado 5º Instrucción)
31	2,3,12,15,17, 24,26,27,29, 43,45,53,54, 60,62,73,74, 82,85,90,96, 98,125,127, 136,137,139, 141,142,144, 145	Frecuencia de hechos análogos	-“... considera la Suscrita que es necesaria y legalmente procedente la misma por la frecuencia con que hechos análogos son cometidos en nuestra sociedad,..” (Juzgado 5º Instrucción) -“...y la frecuencia con que este tipo de ilícitos ocurren...” (Juzgado 5º de Instrucción)
		Gozar de otra medida (numeral 2)	
		Art. 293 Pr. Pn	
33	2,3,12,15,17, 24,26,27,29, 43,45,53,54, 60,62,73,74, 82,85,90,96,	Incomparecencia del imputado (numeral 1)	-“... con la finalidad de garantizar la comparecencia del imputado a la audiencia preliminar y a los actos posteriores...” (Juzgado 5º de Instrucción)

	98,111,125, 127,133,136, 137,139,141, 142,144,145		<p>-“...la realización efectiva del juicio, la comparecencia del indiciado y garantizar el cumplimiento de la pena y que tales supuestos no se vayan a ver frustrados por una eventual fuga por parte del imputado de presentarse al Juzgado respectivo cuando así sea requerido” (Juzgado 5° de instrucción)</p> <p>-“... es necesaria la detención provisional para garantizar la no evasión de la investigación... por la comparecencia del indiciado ...” (Juzgado 5° de Paz)</p> <p>-“... es procedente decretar la detención provisional porque podría existir evasión de la justicia por parte del encartado y la no concurrencia a las diligencias en que fuere necesaria su presencia...” (Juzgado 5° de Paz)</p> <p>- “...con la medida impuesta a criterio de esta Juzgadora se asegura la comparecencia del imputado no sólo a la siguiente etapa procesal de instrucción sino también a un eventual juicio...” (Juzgado 14 de Paz)</p>
33	2,3,12,15,17, 24,26,27,29, 43,45,53,54, 60,62,73,74, 82,90,96,98, 111,85,125, 127,133,136, 137,139,141, 142,144, 145	Obstaculización de la investigación (numeral 2)	<p>- “... para evitar el que se quiera influir negativamente en las investigaciones es dable aplicar la medida de la detención provisional...” (Juzgado 5° de Paz)</p> <p>- “... para garantizar el no entorpecimiento de la investigación debe procederse a decretar la detención de los imputados</p>

			presentes... así como los imputados ausentes..." (Juzgado 5° de Instrucción)
		Continuar cometiendo otros delitos (numeral 3)	
		Incumplimiento de condiciones de medidas sustitutivas (numeral 4)	

Tabla 2.4
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

- Origen: Juzgado quinto de instrucción de San Salvador (Jueza interina Paula Patricia Velásquez Centeno)
- Remitente: Juzgados 5º, 12º de Paz, San Salvador

Cantidad	Nº de Expediente	Tipo de requisito motivado	Argumento Judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
		Existencia del Delito	
3	4, 64, 143	Autoría o participación	"... Fumus Boni Iuris: viene constituido de probabilidad sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida de la detención personal, es decir, que no basta con una mera sospecha sino motivos suficientes..." (Juzgado 5º de Instrucción)
		Gravedad del delito	- "...de tal manera que siendo un delito grave..." (Juzgado 5º Paz) - "...y que por ser un delito grave cuya pena a imponer daría lugar a sustraerse del mismo..." (Juzgado 5º de Instrucción)
		Circunstancias del hecho	
	4,64,143	Alarma Social	- "...la alarma social que delitos de esta naturaleza generan dentro de la sociedad..." (Juzgado 5º Instrucción)
		Frecuencia de hechos análogos	
		Gozar de otra medida	
		Art. 293 Pr.Pn	

	4, ,64,143	Incomparecencia del imputado	<p>“... para garantizar la no evasión de la investigación...” (Juzgado 5º de Paz)</p> <p>“... El peligro de fuga: el cual ha sido justificado de por la incomparecencia del imputado al proceso, esta evasión hace consecuentemente imposible la ejecución de la presumible pena a imponer...por lo que es necesario para garantizar los actos del proceso y evitar que el indiciado evada la responsabilidad...” (Juzgado 5º de instrucción)</p>
		Obstaculización de la investigación	
		Continuar cometiendo otros delitos	
		Incumplir medidas sustitutivas	

Tabla 2.5
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS RELATIVOS A LA VIDA

- Origen: Juzgado primero y quinto de instrucción de San Salvador
- Remitente: Juzgados 5º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º de Paz, San Salvador

Cantidad	Nº de Expediente	Tipo de requisito motivado	Argumento judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
6	54, 68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Existencia del Delito	<p>-"...Que la investigación inicial ha generado suficientes parámetros probatorios que establecen estos parámetros procesales de la imputación delictiva...." (Juzgado 1º de Paz)</p> <p>-"...tomando en cuenta que existen suficientes indicios que permiten inferir la existencia del delito..." (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>-"... a criterio de la suscrita los elementos con los que se cuenta son lógicos y coherentes de los cuales se colige que en esta etapa procesal penal la existencia de un hecho tipificado como delito ..." (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>"... Este Tribunal comparte el criterio del Juzgador remitente porque considera que se cuenta con los indicios suficientes para comprobar la existencia de un hecho tipificado como delito..." (Juzgado 5º de Instrucción)</p>

4	54,68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Autoría o participación	-“... se cuentan con suficientes indicios de una posible autoría y participación de los encausados...” (Juzgado 5º de Paz) -“... se cuenta con elementos de juicio suficientes que sustentan razonablemente que el indicado es con probabilidad autor directo del hecho punible...” (Juzgado 5º de Paz)
4	54, 68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Gravedad del delito	- “... es innecesaria... por ser un delito grave...” (Juzgado 5º de Paz) -“...y que por ser un delito grave cuya pena a imponer daría lugar a sustraerse del mismo...” (Juzgado 5º de Instrucción)
		Circunstancias del hecho	
	54, 68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Alarma Social	-“... por la naturaleza y trascendencia social del delito...” (Juzgado 5º de Paz) - “... la alarma social e inseguridad ciudadana que genera en la población la comisión de dichas conductas delictivas...” (Juzgado 5º de Instrucción)
		Frecuencia de hechos análogos	
		Gozar de otra medida	

		Art. 293 Pr.Pn	
	54, 68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Incomparecencia del imputado	<p>“... con el objetivo de vincular al sindicado al proceso...” (Juzgado 5º de Instrucción)</p> <p>“... para garantizar la realización del juicio y la comparecencia del imputado en el mismo, y a la vez garantizar el cumplimiento de la pena impuesta...” (Juzgado 5º de Paz)</p>
	54, 68 (Juzgado primero de instrucción) 80,58,94,109 (Juzgado quinto de instrucción)	Obstaculización de la investigación	- “... para garantizar el no entorpecimiento de la investigación...” (Juzgado 5º de Instrucción)
		Continuar cometiendo otros delitos	
		Incumplir medidas sustitutivas	

Tabla 2.6
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS RELATIVOS A LA INTEGRIDAD PERSONAL

-Origen: Juzgado primero y quinto de instrucción de San Salvador

- Remitente: Juzgados 5º, 11º, 13º de Paz de San Salvador

Cantidad	Nº de Expediente	Tipo de requisito motivado	Argumento judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
4	30,20,76,119	Existencia del Delito	
		Autoría o participación	
		Gravedad del delito	
	20	Circunstancias del hecho	"... dada la existencia de la relación marital con una de las victimas se infiere que al estar en libertad puede influir para que se comporte de manera desleal o reticente al proceso" (Juzgado 13º Paz)
		Alarma Social	
		Frecuencia de hechos análogos	
		Gozar de otra medida	
		Art. 293 Pr.Pn	
		Incomparecencia del imputado	
		Obstaculización de la investigación	
		Continuar cometiendo otros delitos	
		Incumplir medidas sustitutivas	

Tabla 2.7
Fundamentos de los requisitos de la detención provisional
DELITOS RELATIVOS A LA SALUD PÚBLICA

-Origen: Juzgado primero y quinto de instrucción de San Salvador

- Remitente: Juzgados 1º, 10º, 11º de Paz de San Salvador

Cantidad	Nº de Expediente	Tipo de requisito motivado	Argumento judicial
		Art. 292 Pr.Pn.	
		Existencia del Delito	
3	39,91,103 (Juzgado 5º de instrucción)	Autoría o participación	"... tal postura es atinada por existir probabilidad que el encausado sea el probable autor del hecho que se le atribuye..." (Juzgado 5º de instrucción)
2	97, 102.(Juzgado 1º de instrucción)	Gravedad del delito	"... de conformidad al art. 294 Pr. Pn. y el art. 71 de la LRARD, constituye un delito grave..." (Juzgado 11º de Paz) "... por ser necesaria la medida cautelar mas gravosa... por la naturaleza del ilícito... y con el objeto de garantizar los fines del proceso..." (Juzgado 11º de Paz) "... en el presente caso se investiga un delito de naturaleza grave según el artículo dieciocho del Código Penal, lo que justifica la medida..."
		Circunstancias del hecho	
		Alarma Social	
		Frecuencia de hechos análogos	
		Gozar de otra medida	
		Art. 293 Pr.Pn	
		Incomparecencia del imputado	

		Obstaculización de la investigación	
		Continuar cometiendo otros delitos	
		Incumplir medidas sustitutivas	

ANEXO 3
CEDULA ENTREVISTA DIRIGIDA A ABOGADOS (AS)
LITIGANTES- PENALISTAS Y JUECES (ZAS) DE LO PENAL

-Descripción: la presente entrevista se realiza como parte de la ejecución del trabajo de graduación para optar al título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, el cual, se denomina “LA FUNDAMENTACIÓN DEL AUTO DE DETENCIÓN PROVISIONAL”

- **Método:** jurídico realista

- **Técnica:** entrevista e informante clave

- **Objetivo:** Conocer la concepción de abogados (as) y Jueces (zas) con experiencia en la litigación y practica judicial en materia penal, sobre la Motivación del Auto de Detención Provisional.

- **Informante clave:** abogados litigantes- penalistas y jueces (zas) de lo penal.

1. ¿Podría decirnos su opinión técnica sobre la forma como motivan los autos de detención provisional los Jueces y Juezas de San Salvador?
2. ¿Considera usted que el art. 130 del Código Procesal Penal (1998), referente a la Fundamentación de las providencias judiciales es aplicado correctamente por los Jueces y Juezas de San Salvador, al ratificar o emitir el Auto de Detención Provisional?
3. ¿Cree usted que los Jueces y Juezas de Instrucción de San Salvador, se basan en una correcta valoración de la prueba indiciaria de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para realizar la Motivación del Auto de Detención Provisional?

4. ¿Cree usted que los Jueces y Juezas de Instrucción de San Salvador, realizan una suficiente, correcta y apropiada Motivación de los requisitos de procedencia al ratificar o emitir el Auto de Detención Provisional?

5. ¿para usted, qué es la Motivación de las providencias judiciales?