

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
XIV SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS
PLAN DE ESTUDIO 1980



“DETENCIÓN PROVISIONAL ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA?”

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

CARLOS ALBERTO MARTELL BRIZUELA
JULIETA MARGARITA ZEPEDA VILLACORTA
JUAN ANTONIO FRANCO RIVERA

DIRECTOR DEL SEMINARIO:

LIC. LEONARDO RAMIREZ MURCIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE DE 2003.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	i, ii, iii
-------------------	------------

CAPÍTULO I

SÍNTESIS DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LA FASE DE PLANIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Objetivos	6
1.1.1 Generales	6
1.1.2 Específicos	6
1.2 Hipótesis	6
1.2.1 General	6
1.2.2 Específicas	7
1.3. Estrategia Metodológica	7
1.3.1 Investigación de Campo	7
1.3.2 Investigación Teórica	7
1.3.3 Unidad de Análisis	7
1.3.4 Muestra	8
1.3.5 Técnicas de Investigación	8

CAPITULO II

LA DETENCIÓN PROVISIONAL

2.1. La Detención Provisional	9
2.1.1 Sobre la Detención Provisional	9
2.1.2 Concepto	9
2.1.3 Características de la Detención Provisional	10
2.1.3.1 La Instrumentalidad	11
2.1.3.2 La Provisionalidad	11
2.1.3.3 Obedecer la Regla “Rebus Sic Stantibus”	11
2.1.3.4 La Jurisdiccionalidad	12
2.2. Finalidad de la Detención Provisional	13
2.2.1 Impedir la Fuga del Reo	14
2.2.2 Asegurar el éxito de la Instrucción y evitar la ocultación de prueba	15
2.2.3 Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado	15
2.2.4 Satisfacer las demandas sociales de seguridad	16
2.3. Presupuestos de la Detención Provisional	17
2.4. Principios Rectores de la Detención Provisional	17
2.4.1. Principio de Inocencia	18
2.4.2. Principio de Excepcionalidad	19

2.5. Marco Constitucional de la Detención Provisional	19
2.5.1 Consideraciones Generales	20
2.6. Antecedentes Históricos de la Detención Provisional	20
2.6.1. Las primeras Constituciones	21
2.6.2. La Constitución de 1886	22
2.6.3. La Constitución de 1950	22
2.6.4. La Constitución de 1983	23
2.7. La Detención Provisional en el Marco Internacional	24
2.8. Derecho Comparado de la Detención Provisional en la Constituciones Centroamericanas y Española	25
2.8.1 La Constitución de Guatemala de 1985	26
2.8.2 La Constitución de Honduras	26
2.8.3 La Constitución de Nicaragua	27
2.8.4 La Constitución de Costa Rica	27
2.8.5 La Constitución Panameña de 1972	28
2.8.6 La Constitución española de 1978	28
2.9. Regulación Actual de la Detención Provisional	29
2.9.1 Momento en que debe decretarse la detención provisional	30, 31
2.9.2. Requisitos para decretar la detención provisional	32, 33
2.9.3. Contenido del auto de la detención provisional	33, 34

CAPÍTULO III

LA LIBERTAD PERSONAL y MEDIDAS CAUTELARES

3.1 Concepto	35,36
3.2 Límites de la Libertad Personal	37
3.3 Clases de Detenciones	38
3.3.1. Detención Practicada por Particulares	39
3.3.2. Detención Administrativa	39
3.3.3. Detención por Orden Judicial	40
3.3.4. Otras clases de detenciones	41
3.4. Medidas Cautelares	42
3.4.1 Concepto	42
3.5. Elementos de las Medidas Cautelares	42
3.5.1. La Provisionalidad	42
3.5.2. La Instrumentalidad	43
3.5.3. La Jurisdiccionalidad	44
3.5.4. La Oficialidad	44
3.5.5. La Homogeneidad	44
3.5.6. La Revocabilidad	45

3.6 Clasificación de las Medidas Cautelares	46
3.6.1 Medidas Cautelares Reales	47
3.6.1.1 Caucción o Fianza	48
3.6.1.2 El Embargo	49
3.6.2 Medidas Cautelares Personales	50
3.6.2.1 La Citación	51
3.6.2.2 La Presentación	52

CAPÍTULO IV

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DEBIDO PROCESO

4.1. Definición	53
4.2. Principio Constitucional del Debido Proceso	54, 55
4.3. Límites de la Potestad Represiva del Estado	56
4.4. Principios Inspiradores del Debido Proceso	57
4.4.1 La Garantía del Juicio Previo	57 - 62
4.4.2 Principio de Inocencia	62 - 66
4.4.3 Principio de Legalidad	66 - 68
4.5. La Garantía de la Inviolabilidad de la Defensa en Juicio	69
4.6. Las Garantías Orgánicas del Poder Judicial	70 - 73

CAPÍTULO V

LA DETENCIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR

5.1 La Detención Provisional como Medida Cautelar	73 - 85
Conclusiones	86- 88
Recomendaciones	90, 92
Bibliografía	93, 95
Anexos	96

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIO GENERAL

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO INTERINO

LIC. ARMANDO ANTONIO SERRANO

VICE-DECANA INTERINA

LICDA. CECILIA ELIZABETH SEGURA DE DUEÑAS

SECRETARIO

LIC. JOSÉ RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LIC. WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. LEORNADO RAMIREZ MURCIA

AGRADECIMIENTOS

Doy Gracias a:

-DIOS por haberme permitido realizar este logro tan importante en mi vida, y darme fuerzas para superar todo tipo de problemas.

Acto que Dedico a:

-A MI MADRE, Zoila Morena Brizuela Mejía, por su apoyo espiritual, moral, económico y material para poder seguir adelante y culminar mi carrera.

-A MIS ABUELAS, Evangelina Mejía Vda. de Brizuela y María Cristina Martell, a quienes les guardo un respeto reverencial y un profundo cariño.

-A MI TIA, Gloria Elizabeth Meza Martell a quien respeto mucho.

-A MI HIJO, Marvin Alexander Martell Osegueda, a quien adoro mucho.

A todos les estoy infinitamente agradecido

CARLOS ALBERTO MARTELL BRIZUELA

AGRADECIMIENTOS

Doy Gracias a:

A DIOS TODOPODEROSO por haberme permitido realizar este logro tan importante en mi vida y que me iluminó y me colmó de bendiciones.

Con todo amor a las personas que me han ayudado a salir adelante y poder culminar esta carrera, poner en práctica mis conocimientos siempre en aras de la justicia.

Acto que dedico a:

A MIS PADRES: Genoveva Franco Guardado y José Antonio Rivera (fallecido), por haberme dado la vida y haberse preocupado por mi educación.

A MIS HERMANOS: Julia Alicia Franco, Elias Franco, Daniel Isidro Franco, José Plácido Franco (fallecido), quienes me dieron su apoyo en los años de estudio.

A MIS AMIGOS: Dr. Luis Eduardo Méndez Menéndez, Dr. José Humberto Posada Sánchez, Dr. Miguel Angel García Arguello, Lic. Hugo Hernán Biscarra Ramírez, Lic. Roberto Guadalupe Alvarado, Lic. Nelson Boanerges Carrillo López, señor José Roberto Rodríguez, Sra. Marta Molina de Pleitéz y Sara Payés, por su honrrosa amistad y brindarme su ayuda espiritual, moral y económica.

A MIS SOBRINAS: Emma Alicia Franco de Argueta, Emma Noemy Avalos de García, por su apoyo moral y económico que por años me dieron.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS: Julieta Margarita Zepeda Villacorta y Carlos Alberto Martell Brizuela, por su valiosa colaboración intelectual, técnico y económico, uniendo esfuerzos y concluir este trabajo.

A NUESTRO ASESOR DE TESIS: Lic. Leonardo Ramírez Murcia, por su sabia asesoría en la tesis.

AL LIC. ERICK LÓPEZ: por darnos a metodología a seguir en este trabajo de investigación.

JUAN ANTONIO FRANCO RIVERA.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un diseño de investigación sobre la Detención Provisional como Medida Cautelar; indudablemente el conflicto existente entre el *Ius puniendi* y el derecho fundamental a la libertad personal, dentro del proceso penal, conlleva problemas dentro del mismo, y en este contexto la prisión preventiva aparece como un indicador del grado de democracia existente en un determinado Estado, puesto que dicha medida confronta con dos derechos fundamentales: por un lado el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y por el otro, existe la obligación del Estado de respetar la libertad de la persona, a quien reconoce como principio y fin de la actividad del mismo, otorgándole vigencia real, consecuentemente, a cada uno de los derechos fundamentales que confluyen en el proceso penal. Se tiene entonces, que de todas las medidas que se adoptan en el curso del proceso penal, la prisión preventiva es sin lugar a dudas, la más grave y polémica, debido a que mediante la adopción de esta medida se conculca uno de los derechos fundamentales más importantes; ésta consiste en una privación de la libertad adoptada por el Estado a través del órgano jurisdiccional en atención a garantizar los fines del proceso y la pena a imponer en su momento, y que implica una anticipación a los efectos de la sanción y la resignación de derechos, como la presunción de inocencia y el juicio previo.

Se sostiene que si se autoriza al Estado a perseguir penalmente y se le otorgan los medios para ello, sobre todo la fuerza estatal representada por la coerción personal y real, bueno es requerirle que realice esa actividad en un lapso determinado o ponerle un límite temporal al ejercicio de la coerción procesal ejercida en contra del hombre que sufre esa persecución, incluso, si se quiere, proporcional a la gravedad o a la complejidad de la infracción averiguada. De otra manera, la autorización de uso de la fuerza pública puede acercarse, al ejercicio de una facultad ilimitada del Estado y, por ello, contraria al Estado de derecho. De allí, la necesidad política del límite temporal para el encarcelamiento preventivo como refuerzo efectivo para todas aquellas garantías que se refiere a la libertad física de la persona humana.

Los objetivos del presente trabajo son aportar elementos que señalen en un sentido crítico y realista, que en el sistema judicial salvadoreño, la Detención Provisional no funciona como una simple medida cautelar adoptada para asegurar los fines del proceso, sino como una medida que lesiona gravemente la presunción de inocencia y el derecho al juicio previo; asimismo, aportar un método de investigación que pueda ser útil para los encargados de elaborar y formular la legislación, a efecto de que la detención provisional sea regulada de conformidad con las modernas doctrinas del Derecho Procesal Penal.

Resulta consecuente afirmar que existe una íntima relación entre la prisión preventiva y el grado de democracia de un Estado.

Desde esta perspectiva, la prisión provisional emerge como una penosa necesidad social, que sólo es justificada por la idea de garantizar los fines del proceso y la materialización del derecho penal, a través de la sentencia que en su momento debe imponerse. En ese sentido, cualquier jurista o profesional del derecho, estaría consciente de que la medida objeto de estudio, es un mal necesario, reconociendo su carácter eminentemente cautelar.

Asimismo, la privación de libertad del imputado mediante la prisión preventiva está íntimamente vinculada a los derechos humanos; esta relación se funda en la necesidad de que durante el encarcelamiento preventivo se respeten los derechos humanos.

Modernamente, el imputado es sujeto y no objeto del proceso penal, aunque todavía persisten alguna concepciones inquisitivas; al respecto se sostiene que el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera resulta inmerso como objeto de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se le respete su dignidad y su condición de sujeto de derechos. Es frecuente, por el contrario, que el sistema funcione de forma tal que al delincuente se le clasifique como no ser humano y a menudo privado de todos sus derechos.

Todas las razones expuestas son los motivos que dieron la pauta para realizar este trabajo, el cual consiste en primer lugar, el desarrollo de categorías fundamentales como el concepto de libertad personal, medidas cautelares y derechos

fundamentales que forman parte del debido proceso. Seguidamente se analizará la normativa, que fundamenta la regulación de la medida a nivel constitucional, de tratados internacionales y leyes secundarias; así como también, un estudio de la evolución histórica de la medida y comparaciones con la legislación extranjera.

En este trabajo se hace referencia a la delimitación y planteamiento del problema, justificación de la investigación, objetivos y metodología empleada. Posteriormente, se desarrolló el análisis de los resultados obtenidos en la investigación de campo, mediante cuadros estadísticos para una mejor comprensión. Finalmente se detalla la bibliografía consultada a lo largo de la investigación y se agrega ejemplares de las entrevistas estructuradas que sirvieron de base a la realización de la investigación de campo, así como también las estadísticas proporcionadas por la Fiscalía General de la República y por el Ministerio de Gobernación.

CAPITULO I

I. SÍNTESIS DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LA FASE DE PLANIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código Procesal Penal salvadoreño en su desarrollo, está sujeto a los principios y garantías, que para la realización del proceso penal mandan la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Diseña además un sistema procesal en el que la eficiencia del proceso tiene la misma importancia que el respeto de los derechos de quienes intervienen en el mismo; en especial, los derechos del imputado.

De acuerdo con el artículo 193 de la Constitución de la República, los fiscales tienen amplias posibilidades de dirigir la investigación: el juez debe ocuparse de juzgar y ejecutar lo juzgado, velar por las garantías y derechos de los sujetos procesales, gozando para ello de plena independencia; se concede a las víctimas de los delitos, varias posibilidades de hacer valer sus intereses en el proceso y finalmente, el perseguido por el poder punitivo es colocado en una posición de igualdad frente al Estado, y dotado de medios institucionales que le permiten ejercer con eficacia su derecho de defensa y de hacer del principio de inocencia, una garantía substancial.

Conscientes que la decisión de aplicar la detención provisional, ha constituido una respuesta inmediata, casi generalizada y violatoria de derechos de parte del sistema penal, se necesita que se introduzca una reglamentación más exigente para el resguardo de los derechos de las personas sometidas al proceso. El derecho a la libertad es uno de los pilares del Estado de Derecho, por ello, para que pueda ser afectado, la Constitución antepone diferentes barreras o garantías, entre otras, la de juicio previo y la de presunción de inocencia o “status” de inocencia.

La detención provisional es considerada por primera vez en la normativa constitucional salvadoreña en la Constitución de 1886 (Art.28); desde ese año, su regulación en la Ley Penal conserva sus rasgos esenciales. Los cambios experimentales han sido de detalle o meramente semánticos; entre ellos los más comunes son la decisión del juez de decretar o de ordenar la libertad del imputado, debe ser pronunciada dentro del plazo de la detención para inquirir, y entre las carencias que aún no se superan está en que la Constitución no enumera los requisitos generales o los principios básicos, que el legislador debe atender al regular esta materia, o que el juez debe considerar para poder afectar la libertad de una persona.

En ese orden de ideas, si partimos de la validez y vigencia del principio de inocencia, es evidente que la reducción a prisión durante la investigación del delito resulta injusta; y es que, en puridad, la reclusión y la privación de libertad, deben ser consecuencia de la condena y no parte de la investigación; sin embargo, la realidad cotidiana evidencia que en la mayoría de casos se acude a la detención provisional como parte del trámite en el proceso penal. La figura de la detención o sus expresiones equivalentes, como prisión provisional o prisión preventiva existe prácticamente en todo sistema procesal penal, y en nuestro país, está expresamente autorizada por la normativa constitucional, en el Art. 12 inc. 3 in fine Cn, dice “a decretar su libertad o detención”. Por ello, como claramente lo señala Ascencio Mellado, el “*quid novi*” de la problemática de la privación de la libertad durante el desarrollo del proceso, no es el de su existencia “sino el de su regulación positiva en la forma más acorde con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia y las consecuencias derivadas de su vigencia”¹; o como lo expone Maier: “La cuestión radica, entonces, no tanto en afirmar la posibilidad de la custodia preventiva, lo que parece muy claro e indiscutido, sino en afirmar su naturaleza cautelar y sus fines, y de acuerdo a ello, revisar las leyes rituales para

¹ Ascencio Mellado, José María, “La Prisión Provisional”, Editorial de Madrid de 1987, cit. pág. 30.

decidir si se ajusta a ese programa, sin violar la garantía constitucional que consiste para el caso, en no ser penado antes del juicio previo”.²

Esto significa que tanto la regulación como la aplicación de la detención provisional -mal necesario de cualquier sistema procesal penal- deben ser coherentes con los fines, principios y reglas consagrados en la normativa constitucional; y sobre todo, tener en cuenta que aquélla parte de un supuesto para la estructuración del sistema jurídico, cual es la nación de la dignidad humana³, y que junto a ésta aparece como idea consustancial la de libertad.

Vale la pena, entonces, hacer un análisis de la aplicación de la detención provisional, cuya finalidad en la práctica presenta serias dudas, a fin de clarificar y definir su función eminentemente cautelar, desmitificando el carácter sancionatorio que en la práctica se observa, evitando con ello la violación sistemática de derechos fundamentales del imputado, en el proceso penal.

Lo más común de las privaciones o restricciones a la libertad, en el actual desarrollo de la humanidad, se suscita con motivo de las conductas punitivas, sea en ocasión de la investigación o a consecuencia de una condena; sin embargo, se toma en cuenta que una persona es inocente mientras no sea condenada mediante sentencia firme, es evidente que la privación de libertad debe ser resultado y no presupuesto de un proceso. No obstante, el aseguramiento del resultado del proceso penal justifica -en aras de la seguridad ciudadana y en la eficacia de la persecución de los delitos- la necesidad de la detención provisional, como medida cautelar tendiente a asegurar la eficacia de una decisión judicial. Pero frente a probables y desgraciadamente siempre existentes abusos, excesos o injustificaciones en el uso de la detención provisional, se contempla un instrumento procesal de gran tradición,

² B. J. Maier, Julio, “La privación de libertad en el proceso penal y el recurso de inconstitucionalidad nacional, en cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal”. LEA, Única Edición Buenos Aires, 1981, pág. 52.

³ La idea de dignidad humana constituye el fundamento filosófico de la soberanía popular, noción fundamental en la configuración del sistema constitucional nacional; ver Arts. 1 y 83 Cn.

consagrado a nivel constitucional; se trata de un instrumento integrante del derecho procesal constitucional, el proceso de Hábeas Corpus.

Para la comprensión integral de una determinada categoría jurídica, en nuestro caso, la detención provisional, no es posible limitarla al análisis de la mera configuración en las disposiciones legales, sino también por la comprensión y utilización de que la misma hacen las autoridades. En el caso de la detención provisional, su realidad óptica depende pues, no sólo de su regulación en las disposiciones procesales penales, sino también de su aplicación por las autoridades judiciales.

El encarcelamiento arbitrario ha jugado un papel protagónico como instrumento, para mantener firme los cimientos del mismo, ya que impone penas anticipadas por simples sospechas; en este sentido, se ha tratado de proteger el derecho a la libertad ambulatoria, intentando que se respete el estado de presunción de inocencia, pero “hasta hace algunos años, en los países de América Latina con un sistema jurídico continental, más del 60% de las personas privadas de su libertad se encontraban sometidas a detención preventiva”.⁴ La detención es el estatuto personal de una persona que ha sido aprehendida por la autoridad en virtud de vincularse con la comisión de un ilícito penal; en la actualidad existe una gran preocupación sobre el uso de la detención provisional como medida cautelar, antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa penal, en nuestro país se mantenían privadas de libertad 9219⁵ personas; las innovaciones de la nueva normativa penal presentó para contrarrestar los efectos perniciosos del uso extendido de la cárcel, medidas substitutivas entre las que destacan el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la obligación de presentarse con periodicidad ante el juez, la prohibición de salir del país o de un ámbito geográfico

⁴ Bovino, Alberto, “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”. (El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos). Editores del Puerto, Argentina 1998, cit., pág. 121 y sig.

más reducido, la prohibición de concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas y la prestación de una garantía económica por el propio imputado o por otra persona, por lo que también se dará a conocer en el presente estudio si estas medidas sustitutivas son o no aplicadas por jueces, identificando delitos y el porcentaje en el que se aplican, estableciendo parámetros con la detención provisional.

Por todo lo anterior se formula el problema de investigación de la siguiente manera: ¿Será la aplicación de la detención provisional, por parte de los jueces, una medida cautelar o una pena anticipada?.

Para efectos de este estudio, la detención provisional constituye una especie dentro de las medidas personales, que siendo una medida de coerción, en cuanto constituye aplicación de la fuerza pública, supone una grave afectación a la libertad personal o ambulatoria, ya que se ejecuta mediante el alojamiento del imputado en establecimiento penitenciario.⁶

En cuanto a la definición de Medida Cautelar, esto debe entenderse: como cualquiera de las adoptadas en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que su resolución sea más eficaz.

Se debe entender por *Hábeas Corpus* la garantía que tiene por finalidad asegurar a los habitantes, el goce efectivo de su derecho constitucional de la libertad física, protegiéndolos de toda restricción o amenaza ilegal o arbitraria contra los mismos, por parte de los órganos estatales o de otros particulares.

Por *población interna* se entenderá a todo grupo social recluido en centros penitenciarios del territorio nacional.

Se comprenderá por *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, el tribunal máximo de justicia encargado de conocer y resolver de los procesos de Amparo, por ser este control el que más interesa a este trabajo.

⁵ Estadísticas de existencias de reclusos por Centro Penal del 17 de abril de 1998. Datos del Ministerio de Justicia. Dirección General de Centros Penales. Estadística y Registro General de Delincuentes.

⁶ Selección de Ensayos Doctrinarios, Nuevo Código Procesal Penal, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, Primera Edición, junio 2000 cit., págs. 102 y 103.

El objeto de investigación se ha decidido ubicarlo en el contexto de orientar el desarrollo de la investigación dentro del período de 1998, hasta la actualidad, con el fin de verificar la tendencia del tipo de detención que guardan los internos en los centros de internamiento.

B. OBJETIVOS

1. GENERALES

Los objetivos generales son:

a. Aportar elementos que señalen en un sentido crítico y realista, que en el Sistema Judicial salvadoreño, la detención provisional no funciona como una simple medida cautelar adoptada para asegurar los fines del proceso, sino como una medida que lesiona gravemente la presunción de inocencia y el derecho al juicio previo.

b. Aportar un trabajo de investigación que pueda ser útil para los encargados de elaborar y formular la legislación, a efecto de que la detención provisional sea regulada de conformidad con las modernas doctrinas del Derecho Procesal Penal.

2. ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos son:

a. Demostrar que la detención provisional en el proceso penal no supone la pérdida del derecho a la presunción de inocencia, ni a la garantía del juicio previo.

b. Destacar el carácter y naturaleza cautelar, y no sancionatorio, de la detención provisional.

c. Realizar un estudio de derecho comparado y de jurisprudencia sobre la regulación de la detención provisional, en diferentes legislaciones, con la finalidad de medir el avance de las legislaciones de área con relación a la medida.

d. Y sobre todo, destacar el carácter excepcional de la detención provisional.

C. HIPÓTESIS

Las Hipótesis de este trabajo de investigación son:

1. General

En el proceso penal salvadoreño, la detención provisional que doctrinariamente es concebida como una medida cautelar, es aplicada en la práctica con fines distintos a los que debe perseguir, esto provoca que en la mayoría de los casos la detención provisional funciona como una pena que se anticipa a la sentencia que la imponga, lo cual vulnera los principios de inocencia y el del juicio previo comprendidos dentro de la garantía del debido proceso.

2. Específicas

Las Hipótesis específicas son las siguientes:

a. La Detención Provisional como medida cautelar es aplicada por los jueces como un regla general, siendo su aplicación doctrinariamente su excepción.

b. Los delitos relativos a las drogas, son aplicadas a los infractores, sin excepción de la detención provisional, lo cual es violatorio al derecho de igualdad.

C. ESTRATEGIA METODOLOGICA

1. Tipo de Investigación

La investigación se realizará, dentro de los tipos siguientes:

Investigación de Campo e Investigación Teórica.

a. Investigación de Campo

Mediante ésta se pretende recabar información para poder determinar la tendencia de los legisladores, en la aplicación de la detención provisional y en qué caso se aplica.

b. Investigación Teórica

Mediante este tipo de investigación se pretenden obtener planteamientos doctrinarios que tiendan a darle protección al derecho a la libertad ambulatoria, a fin de poder determinar si dichos planteamientos doctrinarios puedan dar una solución a la aplicación indiscriminada de la detención provisional y a la imposición de otras medidas cautelares.

Este tipo de información servirá para sistematizar las teorías, las cuales serán de gran utilidad para criticar, analizar e interpretar este problema de investigación.

2. Unidades de Análisis

Para el desarrollo de esta investigación se considera conveniente, para obtener resultados satisfactorios, tomar como unidades de Análisis los Juzgados, así como los diferentes fallos emitidos por los diversos juzgados (que conozcan en materia penal), referente a delitos.

a. Muestra

Se tomará en cuenta la opinión de ocho Abogados especialistas en Derecho Penal y Constitucional, siete representantes de ONG's, cinco Jueces, dos de Paz y tres de Instrucción de San Salvador, y cuatro funcionarios del Ministerio Público.

b. Técnicas e Instrumentos

La técnica que se seguirá será las de guías de entrevista y de fallos; y como medios para poder recolectar la información: la grabadora e informes escritos.

CAPITULO II

I. LA DETENCIÓN PROVISIONAL

A. SOBRE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

1. CONCEPTO

Dentro de las denominadas medidas cautelares del proceso penal, se halla encuadrada la detención provisional, que ha ejercido históricamente en el ámbito de derecho comparado, un papel fundamental en el proceso penal, por cuanto ha sido, y aún es, la medida cautelar del proceso penal de mayor efectividad para el cumplimiento de los fines del proceso, en el sentido de que se garantiza mejor éste, con la prisión del imputado que con cualquier otra vía cautelar.

Si partimos de la validez y vigencia del principio de inocencia, es evidente que la reducción a prisión durante la investigación del delito resulta injusta; y es que, en puridad, la reclusión, la privación de libertad, debe ser consecuencia de la condena y no parte de la investigación.

La figura de la detención provisional o sus expresiones equivalentes como prisión provisional o prisión preventiva, existe prácticamente en todo sistema procesal penal y, en nuestro país, se halla expresamente autorizada por la normativa constitucional, ya que en el Art. 13 inc. 3^o de la Constitución de la República dice: "... a decretar su libertad o detención." La cuestión radica, entonces, no tanto en afirmar la posibilidad de la custodia preventiva, lo que parece muy claro, sino en afirmar su naturaleza cautelar y sus fines, para no violentar garantías constitucionales que consiste, para el caso, en no ser penado antes del juicio previo.

Resulta interesante definir el concepto de la Detención Provisional en un sentido amplio. Para el autor Miguel Alberto Trejo se define como: "La decisión judicial que como medida cautelar excepcional utilizada por el juez o tribunal por la

cual se encarcela a una persona para asegurar que comparezca al juicio, o que cumpla la pena; y que una u otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado.”⁸

Como grupo se considera que la Detención Provisional es “Una medida cautelar que debe fundarse en la necesidad de impedir que el procesado evada la acción de la justicia o que perturbe el desarrollo del proceso, teniéndose como regla general, la libertad del imputado, y el encarcelamiento la excepción, procurando sustituirlos por otros medios asegurativos”.

Entre las diversas medidas cautelares que el sistema procesal penal contempla, es posible una bifurcación entre medidas personales y medidas patrimoniales o reales. Al respecto, las medidas personales se inclinan a la identificación del delincuente, a la averiguación o investigación de los hechos delictivos, a evitar la fuga o entorpecimiento de la averiguación de los hechos y a poner al imputado a disposición del tribunal; y las medidas patrimoniales procuran el aseguramiento de la responsabilidad civil que deriva de la comisión de un hecho delictivo y la detención provisional constituye una especie dentro de las medidas personales, porque es una medida de coerción -en cuanto constituye aplicación de la fuerza pública- y supone una grave afectación a la libertad personal.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Una vez tratado el tema relativo al concepto de la detención provisional, conviene en este momento analizar el grado de aplicabilidad de las características comunes de las resoluciones cautelares penales a las específicas de la prisión provisional. Estas características dentro del proceso penal, son perfectamente aplicables a las otras medidas de la misma naturaleza como la fianza y el embargo; en tal sentido, se hará un breve estudio de tales características.

⁷ Art. 13 (...) inc. 3° “La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el Tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término”.

a. La Instrumentalidad, que es “comúnmente aceptado por la doctrina que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas sino que están preordenadas a un proceso y, en concreto, a la ejecución de la sentencia que en el mismo haya de dictarse. Esta característica se describe expresando que el proceso cautelar carece de autonomía funcional, ya que tiene como objetivo garantizar el buen fin de un proceso distinto. El proceso cautelar se encuentra vinculado al proceso principal por un nexo de instrumentalidad o subsidiariedad”.⁹ Como grupo se establece, que esta característica obedece a que la medida cautelar se encuentra supeditada necesariamente a la existencia del proceso penal, del cual depende y en función del cual existe, lo que obedece también a la idea de la ejecución de la sentencia que haya de dictarse; en tal sentido, la medida cautelar se justifica sólo por el retraso en la tramitación de los procedimientos y en la lentitud del otorgamiento de la justicia penal.

b. Provisionalidad, “Constituye junto a la instrumentalidad, de la cual deriva, la nota más importante a la hora de calificar una medida como cautelar. Instrumentalidad y Provisionalidad encuentran su fundamento, su razón de ser, en la misma causa, es decir, en la existencia de un proceso y la necesidad de garantizar la futura efectividad de la sentencia. Provisionalidad, por tanto, se concreta en la dependencia directa de la medida cautelar del proceso en el cual se adopta y, por el mismo motivo, del fallo que, en su momento, habrá de ejecutarse”.¹⁰ Como grupo, concertamos en afirmar que esta característica explica que el encarcelamiento preventivo es una medida que depende de la existencia de un procedimiento que puede ser más o menos largo, y que puede extinguirse no sólo por la sentencia, sino que por cualquier otra forma de extinción del proceso.

⁸ Trejo, Miguel Angel y otros: “En defensa del Nuevo Proceso Penal Salvadoreño”, Única Edición, publicación del Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994, cit., pág. 139.

⁹ Ascencio Mellado, José María, “La Prisión Provisional” Editoriales Civitas S.A Madrid, Primera Edición, cit. pág. 42.

¹⁰ Idem., pág. 43.

c. Obedecer a la regla “rebus sic stantibus”, “de acuerdo a este carácter, la prisión preventiva ha de sufrir las variaciones que se produzcan en los criterios utilizados para su adopción de modo tal, que el desvanecimiento o modificación del *fumus boni iuris* o del *periculum in mora* habrá, necesariamente, de comportar un cambio en la situación personal de la persona detenida. 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 y motivos que constituyeron la base de su adopción. 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. Sin embargo, es necesario efectuar una matización en lo referido a los criterios de los que se hace depender la nota “rebus sic stantibus”. Dicha nota se encuentra relacionada, únicamente, con las causas o motivos justificados del acuerdo de prisión. Por tanto, la prisión provisional habrá de desaparecer o en caso contrario, ser modificada o sustituida por otras cautelas; no obstante, en este supuesto el proceso penal seguirá su curso, y el inculpado no estaría sometido a la prisión preventiva, disminuyendo el peligro de fuga. “Pese a lo anterior, cuando lo que sobreviniera es la convicción acerca de la inocencia del imputado, la libertad del mismo no sería consecuencia de la operatividad de la regla en estudio”.¹¹ Esta característica se encuentra en el artículo 297¹² del Código Procesal Penal en relación con el Art. 6¹³ del mismo cuerpo legal.

¹¹ Idem. Cit. págs. 45 y 46.

¹² Art. 297 “La privación de libertad cesará: 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional; y, 3) Cuando su duración exceda los plazos establecidos en el artículo 6 de este Código”.

¹³ Art. 6 “En materia penal no podrá restringirse la libertad personal sino en los casos y con los requisitos establecidos en este Código.

La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera.

En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de doce meses par los delitos menos graves o veinticuatro meses para los graves. So pena de incurrir en responsabilidad penal.

En los delitos de acción privada sólo se decretará la detención provisional cuando la pena prevista sea privativa de libertad y cuando en el caso concreto no sea posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena”.

d. Jurisdiccionalidad, “supone que la fase cautelar ha de corresponder a los órganos integrantes de la jurisdicción y, por tanto, su adopción ha de estar vedada a las autoridades administrativas. De la misma manera, la restricción del derecho a la libertad, en tanto utilizada con fines cautelares, es decir, anticipando los efectos de la pena definitiva supone el ejercicio del *ius puniendi*, el cual, únicamente corresponde a la jurisdicción”.¹⁴

Como grupo se estima que el principio de la exclusividad de la jurisdicción comporta negativamente que los órganos integrantes de la Administración no pueden imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. De este modo, la adopción de que todo acto que, de cualquier forma restrinja la libertad de una persona, en tanto que, como se ha dicho, comporta una anticipación de la pena y, en consecuencia el ejercicio del *ius puniendi*, corresponde a la autoridad competente.

3. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Definir y precisar la finalidad de la prisión preventiva, es necesario, dado que en el menor descuido descriptivo, puede confundirse su finalidad con la de la pena, y eso resulta peligroso en el plano dogmático, puesto que al momento de legislar y aplicar la ley, los resultados niegan y distorsionan la imagen y estructura del proceso penal, concebido éste como democrático.

Confundir la finalidad cautelar de la prisión preventiva, con la finalidad punitiva, acarrearía graves consecuencias intolerables en un Estado, como es la vulneración de principios fundamentales como la presunción de inocencia, juicio previo y el debido proceso legal.

En nuestro sistema procesal penal podemos hacer una inicial bifurcación de los fines de detención provisional, por un lado, la eficacia procesal y, por otro lado, la

¹⁴ Ascencio Mellado, José María “La Prisión Provisional”, Editoriales Civitas, Madrid, Primera Edición 1987, cit. pág. 51.

seguridad ciudadana. Los fines de la detención provisional deben entenderse en razón de su naturaleza cautelar, lo que impedirá que a la misma se atribuyan fines propios de la pena y que responde a ciertas necesidades; a continuación se desarrollarán brevemente los fines de la detención provisional:

a. Impedir la fuga del reo; como lo establece José María Ascencio Mellado en su libro “La Prisión Provisional”, “esta función se concreta en dos, la primera de carácter más específico, que es el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y la segunda, el sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer. Evitar la frustración del proceso se concreta en asegurar la presencia del inculpado y, consiguientemente, supone también asegurar la ejecución de la sentencia, para el caso de que ésta llegase a ser condenatoria”. En un sistema procesal moderno con tendencia acusatoria, como el vigente, que no acepta el enjuiciamiento en rebeldía, resulta evidente que la fuga del reo frustra el proceso y la ejecución de la condena.

b. Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba, “sólo se refiere a la función de garantía el éxito de la instrucción cuando realiza la regulación de la prisión incomunicada, la misma puede ser extendida también a la evitación de la ocultación de los futuros medios de prueba que, en su momento, habrán de servir de base para dictar una sentencia determinada”.¹⁵

La opinión como grupo referente a esta finalidad, es que es enteramente compatible con los fines del proceso, dado que pretende evitar que el imputado utilice su libertad para borrar o destruir las huellas del delito, intimidar o sobornar a los testigos, confabulándose con los cómplices u otros; desvirtuando la finalidad de la instrucción y consecuentemente la del juicio oral.

¹⁵ Idem. cit., pág. 35.

Las necesidades de la investigación, aun siendo un fin legítimo para aplicar la detención provisional, no pueden ser invocadas de una manera indiscriminada; la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva, especialmente cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez concluido todo lo expresado anteriormente, la necesidad de la investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de la libertad. No es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta, para justificar la prisión preventiva, ya que se debe fundamentar en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación; pero cuando ésta prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Además, las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del acusado.

Asimismo, creemos que debe analizarse cada caso concreto por parte del juez, y será éste quien decidirá si adopta o no la medida cautelar de la prisión preventiva, considerando la gravedad del hecho y el peligro de fuga; sólo de esta forma se justifica este motivo de asegurar el éxito de la instrucción y el descubrimiento de la verdad como fundamento del encarcelamiento preventivo, aunque, generalmente, no se distingue entre ambas funciones; se considera conveniente diferenciar entre asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de pruebas, puesto que si bien ésta última suele realizarse en la fase del procedimiento penal, no siempre en los actos de investigación se habrán de convertir en su momento, en actos de prueba.

c. Evitar la reiteración delictiva por parte del imputado, “tal finalidad que en algunos casos aparece agravada, descansa sobre la idea de la peligrosidad y pretende de este modo, cumplir una función de prevención”.¹⁶

En caso de admitirse este motivo como justificativo para la adopción de la detención provisional, se estaría posibilitando que ésta actuará como un medio asegurativo del orden social, de la tranquilidad ciudadana, que de no decretarse la medida, podría sufrir las consecuencias de una posible reiteración delictiva por parte del mismo sujeto. Tal finalidad, no obstante, no se encuentra positivada, de forma expresa, si bien la doctrina en relación con dicha finalidad, al igual que ocurre con las demás, es dividida para un importante sector de autores y es radicalmente distinta.

d. Satisfacer las demandas sociales de seguridad, esta finalidad en principio, puede coincidir con la antes enumerada, dado que pretenden lo mismo; es decir, salvaguardar a la sociedad de los perjudiciales efectos derivados de la comisión de delitos y tranquilizar la inquietud ciudadana amenazada por la inseguridad. Obviamente se fundamenta esencialmente, en datos objetivos, cuales son “alarma social” y la “frecuencia” con la que son cometidos los delitos que se consideren susceptibles de ocasionar inseguridad en los ciudadanos.

4. PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Con la expresión “presupuestos de la detención provisional” se hace referencia a la razón, causa o motivo de la detención provisional como medida de coerción personal, en el desarrollo de un proceso penal. Toda decisión judicial tiene una causa, una razón de su existencia, pero lo que interesa indicar cuales son las razones o causas que justifiquen la adopción de una medida de privación de libertad. Puede decirse, que los presupuestos de la detención provisional son:

¹⁶ Idem. Cit. Pág. 37.

a. Necesidad de la medida, denominada *periculum in mora* o *peligro de fuga*, este presupuesto “viene determinado por la sospecha de que el inculpado desaparezca e impida el desarrollo del juicio y con ello la efectividad de la sentencia que se dicte en su día, en la eventualidad de que sea condenatoria. La finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra, que la de garantizar la presencia del inculpado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal de inmediación, contradicción, oralidad y defensa; de tal manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se pueda celebrar, con grave daño a la justicia. Es finalidad de la detención o prisión provisional la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”.¹⁷

b) Razonable probabilidad de la imputación, que es a lo que se hace referencia con la expresión *fumus boni iuris*, constituido por un juicio de probabilidad, pero no sobre la existencia de un derecho, sino sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida. No basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado, sino motivos o elementos que puedan servir de base y fundamento de prueba, por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito.

5. PRINCIPIOS RECTORES DE LA DETENCION PROVISIONAL

Una consideración genérica de los principios atribuidos específicamente a la detención provisional que se desarrollará a continuación, es que la mayoría de los mismos no proviene de la naturaleza cautelar de ella, sino que se trata de una medida que priva o restringe derechos fundamentales. De igual manera, aunque las otras

¹⁷ Casado Pérez, José María y Otros “Derecho Procesal Penal Salvadoreño” Editorial Justicia de Paz, Corte Suprema de Justicia, Primera Edición cit. Págs. 811 y 812.

medidas cautelares diferentes de la detención provisional son menos gravosas que ésta, siguen constituyendo restricción de tal libertad o de otros derechos fundamentales. Entre los principios de la detención provisional están:

a. Principio de Legalidad, “Ya que la detención provisional implica tanto un acto de autoridad estatal como una privación de libertad, la misma está regida por el principio de legalidad, lo que significa, por un lado, que sólo procede en los casos y con los fines que la ley señala y, por otra lado, que su validez está condicionada a la observancia de determinados presupuestos y al cumplimiento de específicos requisitos, tanto formales como materiales”.¹⁸

Tal principio está contemplado en el Art. 2 del Código Procesal Penal.¹⁹ En la normativa internacional, el principio de legalidad en lo relativo a las privaciones de libertad está consagrado en los Arts. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰ y el Art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.²¹

b. Principio de Inocencia, se encuentra regulado en el Art. 12 inc. 1º de la Constitución de la República que establece: “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”, y en la Ley Secundaria en el Art. 4 del Código Procesal Penal, que dispone

¹⁸ Anaya Barraza, Salvador Enrique, La Detención Provisional y el Proceso de Hábeas Corpus, Montecino Giralt, Manuel Arturo y otros, Selección de Ensayos Doctrinarios “Nuevo Código Procesal Penal”, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Primera Edición, cit. pág. 112.

¹⁹ Art. 2 “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley.

Este principio regirá también en la ejecución de la pena y en la aplicación de medidas de seguridad”.

²⁰ Art. 9 No 1 “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

²¹ Art. XXV. “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil. Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo

que: “Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores”. Este principio aparece expresamente consagrado en el Art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; asimismo, se encuentra regulado en el Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²², entre otros.

c. Principio de excepcionalidad, Como la establece José María Ascencio Mellado ya citado, “tal principio no sólo opera en el momento de decretar la medida en el sentido de restringirla a aquellos casos en que se totalmente necesaria para asegurar el proceso, sino que, muy al contrario, su vigencia debe extenderse al momento de su cumplimiento. Parece lógico que se pueda pensar que si la privación provisional de libertad a efectos meramente procesales, que no penales, constituye la excepción a la regla general de la libertad, no lo es menos que su cumplimiento también deba estar presidido por tal excepcionalidad; es decir, su régimen ha de ser diferente al establecido para aquellas personas que cumplen una pena privativa de libertad con carácter definitivo y con una finalidad radicalmente opuesta a la cautelar”.

Este principio de la detención provisional se encuentra expresamente contemplado en el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en la parte pertinente dice: “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

contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

²² Art. XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

B. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Entendida la Constitución como un conjunto de normas, principios y valores reconocidos por una sociedad, con el objeto de establecer los fundamentos de la convivencia nacional sobre la base del respeto a la dignidad de la persona humana, en ella se encuentran los cimientos para desarrollar la legislación necesaria y alcanzar la armonía social.

En el artículo 2 la Constitución de la República²³ se establece el derecho de toda persona a la libertad y a la protección y defensa de la misma. El Art. 11²⁴ de la misma, desarrolla el principio o derecho al juicio previo, según el cual, no puede privarse de su libertad a ninguna persona sin que ésta haya sido previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Esto supone que sólo hasta que en un juicio se condene a la persona a sufrir una pena privativa de libertad, sólo hasta entonces puede restringirse o limitarse este derecho fundamental. El Art. 12 del mismo cuerpo legal, establece el derecho a la presunción de inocencia; según el cual “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

En la misma Constitución existen normas que establecen la aplicación de medidas cautelares que limitan la libertad del individuo acusado de delito, como la detención administrativa, la detención para inquirir y finalmente, la detención

²³ Art. 2 “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. (...)”.

²⁴ Art. 11 “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. (...)”.

provisional. Esta última es el objeto de la presente investigación, por tanto, para tener una visión clara de lo que ha sido, lo que es y lo que podría ser la regulación constitucional de esta medida, se hace una exposición breve de la evolución histórica que ha tenido en las diferentes constituciones, exponerse su regulación en la actual Constitución y, por último, se hace un estudio comparativo de las constituciones centroamericanas y española a efecto de que, de esa comparación pueda ensayarse una propuesta de reforma que suponga una modernización del precepto constitucional regulador de la detención provisional.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

a. Las primeras Constituciones

La primera Constitución de la República fue aprobada en 1824 por los representantes de los pueblos comprendidos en la Intendencia de San Salvador y Alcaldía Mayor de Sonsonate, reunidos en Congreso Constituyente.

Esta Constitución del Estado en el Capítulo IX del Crimen establecía en el Art. 62 lo que constituye la más remota disposición constitucional de la medida que hoy conocemos como detención provisional. Aquel Art. 62 expresaba: “Ningún salvadoreño podrá ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual debe ser castigado: y sin previo mandamiento del juez por escrito que ordena la prisión”.

A pesar de que en aquella época privaba la presunción de culpabilidad, ya se reconocían algunos caracteres de esta medida, como la instrumentalidad y la jurisdiccionalidad según los cuales, debe existir proceso previo y orden de prisión emanada del juez, para someter a prisión preventiva a una persona.

Igual disposición, aunque con algunas variantes, persistió en las constituciones de 1864, 1871, 1872 y 1883.

Para evitar el encarcelamiento, una disposición de la Constitución de 1841 que continuó invariable en las de 1864, 1871 y 1872 establecía: Art. 86 “No será llevado ni mantenido en prisión el individuo que dé caución pecuniaria en los casos que la ley no lo prohíba expresamente”.

Tal disposición estaba destinada a aquéllos cuya falta no había sido grave y quienes con el pago de una multa evitarían estar encarcelados.

La duración de la detención para inquirir, así como los requisitos para ordenar la prisión son contemplados por primera vez en la Constitución de 1864 y recogido idénticamente por la de 1871. En ellas, los artículos pertinentes decían: “Art.99. La detención para inquirir en materia criminal, no excederá del término que señala la ley (...)”.

La Constitución de 1864, incorporó criterios requeridos para ordenar la prisión del delincuente. Tales criterios, cuerpo del delito y participación delincinencial, han permanecido invariables hasta la fecha, no así las normas de valoración de la prueba, pues en aquellos días se valoraba con base en el sistema de prueba tasada, mientras que hoy en día se hace mediante la sana crítica.

b. La Constitución de 1886

Considerada arquetipo de las Constituciones del país y de valor incalculable hasta 1950, la Constitución de 1886, rompió con la tradicional forma de regular la detención provisional llamada entonces “arresto provisional”, y sentó el precedente de lo que ha sido hasta la fecha, el fundamento constitucional de esta medida cautelar. En una forma breve, pero más definida que en las anteriores, esta Constitución estableció, en el “Art. 28. Ni el Poder Ejecutivo, ni el Judicial, ni ninguna otra autoridad pueden dictar órdenes de detención o prisión, si no es de conformidad con la ley. Esta orden debe ser siempre escrita salvo en materia criminal, cuando el delincuente sea tomado *infraganti*, en cuyo caso puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad respectiva. La detención para inquirir no pasará de cuarenta y ocho horas y el juez de

instrucción está obligado, dentro de dicho término, a decretar la libertad o el arresto provisional del indiciado”.

Entre 1886 y 1950 hubo dos Constituciones más. La de 1939 promulgada en la época del General Maximiliano Hernández Martínez y la de 1945, fue la misma Constitución de 1886, con algunas enmiendas introducidas por la Asamblea Nacional Constituyente mediante Decreto número 251 de fecha 29 de noviembre de 1945.

c. La Constitución de 1950

Esta Constitución fue proclamada el 7 de septiembre de 1950 y aunque, como las anteriores seguían siendo de Corte Liberal, contenía muchos avances, sobre todo en su estructuración y era muy innovadora en muchos sentidos. En esta Constitución la medida cautelar en estudio era llamada “arresto provisional”, pero cambió su denominación por el término con que hoy la conocemos: “Detención Provisional”. En lo pertinente, el inciso 2 del Art. 166 rezaba: “La detención para inquirir no pasará de 3 días, y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, recibirle su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término”. En 1962 se dio una nueva Constitución similar a la de 1950.

d. La Constitución de 1983

La actual Constitución de la República fue proclamada por la Asamblea Constituyente del 15 de diciembre de 1983 mediante el Decreto Constituyente número 38 publicado el dieciséis del mismo mes y año en el Diario Oficial número 234, Tomo 281 y vigente, según su mismo artículo 274, a partir del día 20 de diciembre de 1983. En ella, la detención provisional no experimentó mayores cambios; la única diferencia en su regulación es la modificación del término de la detención para inquirir, el cual, de tres días se cambió por el de 72 horas. Aparte de este cambio, el fundamento constitucional de tal esta medida no varió en lo más

mínimo. El Art. 13, establecía que ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.

Asimismo, establecía que la detención administrativa no excederá de 72 horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y decretar su libertad o detención provisional dentro de dicho término.

Básicamente la Constitución lo único que regula sobre la detención provisional, es la obligatoriedad de decretarla dentro del término de inquirir. Nada se dice sobre su excepcionalidad, tampoco en cuanto a los criterios para adoptarla, ni al trato de las personas sometidas a ella, ni a los plazos máximos de duración. Es decir, que en el ámbito constitucional hace falta mucho que normar respecto de esta medida cautelar, ya que en el fondo, esta disposición es la misma que apareció en el Art. 28 de la Constitución de 1886, es decir, que a nivel constitucional lo dispuesto sobre detención provisional no ha variado en el último siglo.

C. LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN EL MARCO INTERNACIONAL

Básicamente son tres los instrumentos internacionales que tratan sobre la detención provisional en una forma específica; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las protecciones fundamentales de los derechos de las personas detenidas se enuncian en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esos instrumentos se aprobaron para

promover la dignidad de todas las personas. De hecho, a las personas acusadas de haber cometido un delito se les ofrece una protección específica; se les garantiza el derecho a un juicio imparcial, a la presunción de inocencia y al recurso contra la condena. También se les protege mediante la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, mediante el derecho a la igualdad de protección ante la ley, y mediante el derecho a no ser arbitrariamente detenidas ni presas. Esas garantías fueron aprobadas y recibieron fuerza de ley internacional en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se ha visto como en algunas legislaciones del área ya se regula la prisión preventiva, como una medida de aplicación excepcional. Tales regulaciones han estado inspiradas directa o indirectamente por estos instrumentos, que en esencia constituyen una promoción al respeto y garantías de los derechos humanos, entre los que están: derecho a la libertad personal, a la presunción de inocencia y al juicio previo, según los cuales la persona acusada de delito no puede ser privada de su libertad sino hasta que en el juicio respectivo se haya comprobado su culpabilidad y ésta se haya declarado en sentencia definitiva ejecutoriada. Mientras esto no suceda la presunción de inocencia impide la privación de libertad del imputado, aun como medida cautelar; sin embargo, ante la posible frustración de la acción de la justicia en la investigación y en el eventual sometimiento del acusado a la pena que pueda imponérsele, se permite esa medida, siempre y cuando el caso concreto lo amerite, es decir, como última alternativa y no como regla general.

En ese mismo sentido, existen otros instrumentos internacionales que en forma especial velan por el respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia. De ello se hará referencia exclusiva a las normas que protegen a las personas sometidas a detención provisional e instrumentos como las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos y las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia.

D. DERECHO COMPARADO DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL EN LAS CONSTITUCIONES CENTROAMERICANAS Y ESPAÑOLA

1. La Constitución de Guatemala de 1985

El Código Procesal Penal guatemalteco en su desarrollo está sujeto a los principios y garantías que para la realización del proceso penal mandan la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos; diseña un sistema procesal en el que la eficacia del proceso tiene la misma importancia que el respeto de los derechos de quienes intervienen en el mismo, en especial los derechos del imputado.

Los Fiscales tienen amplias posibilidades de ejercer la función investigativa; el juez debe ocuparse de juzgar y ejecutar lo juzgado, velar por las garantías y derechos de los sujetos procesales, gozando para ello de plena independencia: se concede a las víctimas de los delitos varias posibilidades de hacer valer sus intereses en el proceso; y finalmente, el perseguido por el poder punitivo es colocado en una posición de igualdad frente al Estado y dotado de medios institucionales, que le permiten ejercer con eficacia su derecho de defensa y hacer del principio de inocencia una garantía substancial.

El derecho a la libertad es uno de los pilares del Estado de Derecho, por ello para que pueda ser afectado, la Constitución antepone diferentes barreras o garantías, entre otras, la de juicio previo y la de presunción de inocencia. Estas garantías sitúan a la prisión preventiva en una posición de ilegitimidad por sí misma y en cualquier circunstancia. Es decir, las garantías del juicio previo y presunción de inocencia, no permiten, si se es coherente con ellas, la prisión preventiva o provisional en ningún caso. Sin embargo, otro fin del Estado es preservar la seguridad jurídica, entre otras maneras, asegurando el resultado de los procesos.

Sobre el juicio previo, el profesor guatemalteco Alberto Herrate señala: “Esta es la etapa comúnmente conocida como plenario, cuyo nombre corresponde a la realidad cuando en ella es obligatoria la discusión amplia de las pretensiones que se hacen valer en el proceso”.²⁵ El Art.12 de la Constitución de la República de Guatemala da sustento al principio, pues señala: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente (...)”.

2. La Constitución de Honduras

Proclamada mediante Decreto No 131 del 11 de enero de 1982, en el Capítulo II: De los Derechos Individuales y el Capítulo III: De las Declaraciones, Derechos y Garantías, dispone y declara respecto de la detención provisional, lo siguiente: “Art. 92. No podrá proveerse auto de prisión sin que proceda plena prueba de haberse cometido un crimen o simple delito que merezca la pena de privación de la libertad, y sin que resulte indicio racional de quien es su autor”.

“Art. 93. Aún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida en ella si otorga caución suficiente, de conformidad con la ley”.

Respecto de las detenciones administrativas y para inquirir, la Constitución hondureña difiere de la salvadoreña al disponer que: “Art. 71. Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de 24 horas, sin ser puesta a la orden de autoridad competente para su juzgamiento.

La detención judicial para inquirir no podrá exceder de 6 días, contados desde el momento en que se produzca la misma”.

3. La Constitución nicaragüense de 1986

²⁵ Aparicio, Nerea y otros, La Prisión Preventiva, Primera Edición año 2002, en “La prisión preventiva”, de Cetina García, Gustavo cit. pág. 122.

A pesar de ser una Constitución producto de una revolución que responde a principios que garantizan el respeto a los derechos humanos, el Capítulo que declara los derechos individuales no contiene disposición expresa sobre la detención provisional o prisión, como se le llama en El Salvador. En el Art. 33, esta Constitución lo único que declara es lo siguiente: “Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria. Ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo a un procedimiento legal”.

Es decir, que el sometimiento a la prisión, como medida cautelar, sólo es posible por causas legales. O sea, que en cuanto a la detención provisional, la Constitución se remite a la legislación secundaria.

4. La Constitución de Costa Rica de 1949

Fue decretada el 17 de noviembre de 1949 y dentro de los derechos y garantías individuales contenido en el Capítulo Único del Título IV, la Constitución de Costa Rica nada dice en cuanto a la detención provisional.

En ese Capítulo el único artículo que se refiere a la detención es el Art. 37, pero se trata de la simple detención realizada mediante orden del juez o de autoridad encargada del orden público. Es decir, la detención administrativa, la cual no puede pasar de 24 horas. Nada se dice de ella sobre las detenciones de inquirir y la provisional.

5. La Constitución Panameña de 1972

Fue aprobada por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos el 11 de octubre de 1972 y reformada últimamente, por acto constitucional del 24 de abril de 1983. Esta Constitución, al igual que la anterior no contiene dentro de sus garantías fundamentales disposición alguna que se refiera a la detención provisional en forma correcta. A lo sumo, en el Art. 21 dispone que nadie puede ser privado de

su libertad sino por orden escrita de autoridad competente o que la detención administrativa no debe exceder de 24 horas.

6. La Constitución española de 1978

Fue aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados o del Senado celebrada el 31 de octubre de 1978; ratificada por el Pueblo Español en referéndum del 6 de diciembre del mismo año y sancionada por el Senado. La Constitución española norma la detención provisional de manera tal que garantiza un proceso sin dilaciones y el juzgamiento efectivo en un plazo razonable.

El Título I: De los Derechos y Deberes Fundamentales, en el Capítulo II: Derechos y Libertades, contiene la sesión 1ª: de los derechos fundamentales de las libertades públicas, la cual en su artículo 17 en lo pertinente dispone:

“Art. 17. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley (...). La ley regulará un procedimiento de “*Hábeas Corpus*” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. En el mismo sentido, más adelante el Art. 24 establecía como derecho del detenido tener “(...) un proceso público (...) y con todas las garantías (...)”. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España establece plazos máximos de duración de la prisión provisional con el objeto de garantizar el derecho mencionado y en cumplimiento del precepto contemplado en la parte final del punto 4 del artículo 17.

E. REGULACIÓN ACTUAL DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

El Código Procesal Penal salvadoreño contiene un capítulo en el que se dispone lo relativo a la detención del imputado. En él la detención provisional está

regulada especialmente por los artículos 291, 292, 293, 294, 295, 296 y 297 y se desarrollarán brevemente a continuación:

1. Momento en que debe decretarse

Textualmente el inciso segundo del Art. 291 del Código Procesal Penal dispone: “...dentro del término de inquirir el juez deberá decretar la detención provisional o la libertad del imputado según proceda, so pena de incurrir en responsabilidad penal”. Naturalmente, esta disposición legal está referida al caso del imputado detenido por el término de inquirir, lo que comúnmente se conoce como el caso de “reo presente”.

No debe olvidarse que la decisión de someter a una persona a detención provisional requiere un análisis valorativo de elementos probatorios presentados o recogidos durante el término para inquirir. Hay casos, sin embargo, en los cuales aunque existe imputado detenido, la detención provisional se decreta fuera del término para inquirir.

Cuando se trata de imputado no detenido (caso de reo ausente) la ley no determina en que momento debe decretarse su detención provisional; por tanto, su procedencia está supeditada únicamente a la comprobación de los requisitos necesarios para ordenarla. Pero cuando el imputado es capturado inmediatamente queda sometido a la detención provisional. Con la entrega del detenido al juez competente se inicia la fase judicial de la detención, es lo que se ha denominado la detención confirmatoria. El Código Procesal Penal distingue entre la detención de un imputado que se halla en libertad, esto es, la denominada detención judicial imputativa (Arts. 286²⁶ y 287²⁷ del Código Procesal Penal) y la detención

²⁶ Art. 286 “Cuando sea necesaria la presencia del imputado, el juez dispondrá su citación, presentación o detención mediante orden escrita, que contenga los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Cuando sea necesario allanar dependencias cerradas o recintos habitados para aprehender o detener a un imputado, se solicitará la correspondiente autorización judicial, salvo los casos de excepción expresamente establecidos en este Código”.

²⁷ Art. 287 “Si en el primer momento de la investigación de un hecho en que hayan participado varias personas y no fuere posible individualizar inmediatamente a los responsables y no pudiere dejarse de

confirmatoria (Art. 291 del código ya relacionado) que recibe este nombre por ser un mero mantenimiento de la detención ordenada por el Ministerio fiscal (Art. 289²⁸ Pr. Pn) o practicada por la policía (Art. 288²⁹ y 290³⁰ Pr. Pn).

En definitiva, lo que ha de acreditarse para imponer la detención para inquirir es que concurran los mismos presupuestos que justifican la detención provisional. No hay razón alguna que permita disminuir esta exigencia, si se tiene en cuenta que el Art. 289 del Código Procesal Penal, sólo permite al fiscal ordenar la detención, antes de formular el requerimiento, cuando estime que concurran los presupuestos que justifican la detención provisional. Por tanto, si para autorizar la detención se debe cumplir con tales requisitos, no es lógico pensar que tengan que ser distintos cuando la detención es acordada por la autoridad judicial. Además, la detención para inquirir confirma o prolonga la administrativa decretada por el Ministerio fiscal, lo que abunda es que no pueden ser distintos los criterios de decisión en uno y otro caso.

La competencia para acordarla, corresponde exclusivamente, al Juez de Paz. Tanto el Art. 13.3 de la Constitución de la República ya relacionado, como los Arts.

proceder sin menoscabo para la instrucción, el juez podrá disponer que ninguno de los sospechosos se aleje del lugar del hecho y ordenar su detención para inquirir si fuere indispensable, en cuyo caso la detención no podrá durar más que el tiempo necesario para tomar declaraciones y nunca más de setenta y dos horas”.

²⁸ Art. 289 “El fiscal podrá ordenar, antes del requerimiento, la detención administrativa del imputado cuando estime que concurren los presupuestos que justifican la detención provisional. En todo caso el fiscal deberá presentar requerimiento. Una vez aprehendido será puesto a disposición del juez dentro de las setenta y dos horas. En este caso, además de los otros indicados en este Código, deberá acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado (...) á acompañarse al requerimiento las diligencias que se hubieren realizado (...)”.

²⁹ Art. 288 “La policía aprehenderá a quien sorprenda en flagrante delito. En el mismo caso, cualquier persona estará autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores e inmediatamente se entregará al aprehendido a la Policía Nacional Civil, para el inicio de la investigación correspondiente.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado, o mientras es perseguido por la seguridad pública, por el ofendido, por una o más personas”.

³⁰ Art. 290 “Además de los casos establecidos en este Código la policía procederá a la captura de una persona, aun sin orden judicial, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se haya fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención; y
- 2) Si media orden escrita del fiscal, sólo en los casos previstos en el artículo anterior.

La policía deberá presentar inmediatamente al detenido a la autoridad judicial o a la Fiscalía General de la República, dándole aviso al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos”.

237³¹ y 291 del Procesal Penal de los cuales se desprende que la detención para inquirir es la primera de las decisiones privativas de libertad que ha de dictar la autoridad judicial, y ninguna duda existe que la competencia para decidir en esta fase inicial del proceso, corresponde al Juez de Paz.

La detención para inquirir presenta una especialidad, en lo que respecta a su provisionalidad: es una medida no muy provisional, cuya duración limitada a un espacio corto de tiempo, en el que el juez competente ha de resolver acerca de la situación del imputado. Ya ha señalado que el plazo máximo por el que puede mantenerse la detención judicial es de setenta y dos horas, que se computan desde que el detenido es presentado o consignado ante la autoridad judicial, es decir, el de su entrega material, hasta que se resuelva su situación.

Por último, debe señalarse que, al igual que el resto de las medidas cautelares, es mutable ya que se encuentra sujeta a la regla “*rebus sic tantibus*” y, por tanto sólo debe mantenerse mientras perdura la situación que la motivó, aunque siendo tan breve el plazo de tiempo en el que ha de resolverse la situación procesal del detenido, es difícil imaginar que se produzcan variaciones sustanciales.

2. Requisitos para la detención provisional

La regulación legal de la detención provisional, responde sin duda alguna, a la configuración de la prisión provisional como medida propiamente cautelar, a la que no obstante, se añade la necesidad de atender a la consecución de cierto fines de prevención general y especial, más propios de la pena que del proceso, pero que están reconocidos en la mayor parte de las legislaciones del Derecho Comparado.

³¹ Art. 237. “El Juez de Paz que reciba una denuncia o querrela la pondrá inmediatamente en conocimiento de la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de realizar los actos irreproducibles urgentes.

Si con denuncia se presenta una persona que deba continuar detenida, ella quedará a disposición del Juez de Paz, quien convocará a la audiencia inicial dentro de las setenta y dos horas. La Fiscalía General de la República deberá presentar el requerimiento antes del inicio de la audiencia”.

Los requisitos generales, se establecen en este precepto y se refieren, genéricamente, a los presupuestos materiales de la detención provisional: el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”.

Según el Art. 292 del Código Procesal Penal, son dos circunstancias requeridas para ordenar la detención provisional de una persona, a quien se procesa por la comisión de un hecho punible. 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado, es con probabilidad, autor o partícipe; y, 2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que, aun cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya procedido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

Dichas circunstancias deben ser apreciadas por el juez, a quien corresponda la instrucción del proceso y quien tiene la delicada tarea de analizarla, si en los medios probatorios recogidos existen elementos de prueba que le lleven al convencimiento de la participación del detenido, en el hecho que se le imputa.

El auto de detención provisional se decreta cuando constan en el proceso las dos circunstancias señaladas. No obstante, existen casos en los que, debido a la gravedad del hecho o a la naturaleza de la infracción, en cuanto al bien jurídico tutelado que afecta, se puede ordenar la prisión preventiva del imputado bastando la comprobación de la primera circunstancia, es decir, sólo con prueba de la participación delincinencial.

Asimismo, existen otros casos de detención provisional, y están enumerados en el Art. 293 del Código Procesal Penal.³² Los cuales contemplan requisitos

³² Art. 293 “Procederá también la detención provisional en los casos siguientes:

específicos, cuya concurrencia justifica también la detención provisional. A diferencia de los requisitos de la detención provisional, estos no deben darse acumuladamente, sino que basta la concurrencia de cualesquiera de ellos, para que la medida que dispone la prisión sea legítima, siempre que exista una imputación y, por tanto, que concurra el presupuesto material de la detención provisional.

3. Contenido el auto de detención provisional

La orden para detener a una persona acusada de haber cometido delito es una decisión judicial, que se materializa a través de una resolución, llamado comúnmente auto de detención provisional. El Art. 296 del Código Procesal Penal establece los requisitos que debe contener dicho auto, los cuales son: 1) Los datos personales del imputado u otros que sirven para identificarlo; 2) Una sucinta enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su calificación legal; 3) Los fundamentos con la indicación concreta de todos los requisitos que motivan la medida; y 4) La parte dispositiva con cita de las normas aplicables.

La adopción de una medida cautelar requiere una resolución judicial, que debe revestir forma de auto y, por tanto, ser motivada. Así resulta no sólo de lo establecido en este precepto, sino también de los Arts. 129³³ y 130³⁴ del Código Procesal Penal.

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

2) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación, porque se tiene grave sospecha que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, o influirá para que coimputados, ofendidos, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que inducirá a otro a realizar tales comportamientos, u otros hechos análogos;

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.

4) Cuando el imputado haya incumplido las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional.

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

³³ Art. 129 “Las decisiones del juez o tribunal se denominarán sentencias, autos o decretos.

La sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio y la resolución que ponga término a un procedimiento abreviado; auto, el que resuelve un incidente o una cuestión

En virtud del principio de jurisdiccionalidad que rige la aplicación de las medidas cautelares, la detención provisional sólo puede ser acordada por un órgano judicial. Por lo general, los jueces de paz, los de instrucción y los de sentencia (Arts. 256.2, 285, 320.6, 322 y 400 del Código Procesal Penal). Pero también, aunque no se establezca expresamente, las Cámaras encargadas del enjuiciamiento de aforados (Arts. 385 y 386 del mismo código).

No basta con que la orden de prisión sea dictada por un juez o tribunal, sino que, en virtud de lo establecido en este precepto, ha de ser una resolución fundada, requisito indispensable al que se condiciona la validez de la misma medida cautelar.

interlocutoria o, en su caso, para dar término al procedimiento y, decreto, cuando sean decisiones de mero trámite.

Las decisiones que toma directamente el secretario, según el artículo anterior, también se denominarán decretos”.

³⁴ 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 en que basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación”.

CAPITULO III

I. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

A. CONCEPTO

El concepto de libertad en su más amplia dimensión, encierra diversas acepciones o matices que en conjunto dan vida y caracterizan a un Estado Democrático.

En el marco de lo anterior, antes de entrar al estudio de la libertad personal, resulta interesante establecer o definir el concepto de libertad en un sentido amplio. Para este fin se retoma la definición establecida en la Enciclopedia Jurídica Omeba que la define como “el estado existencial del hombre en el cual éste es el dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a una fuerza psico-física interior o exterior.”³⁵ Se nota en la definición citada, una marcada concepción filosófica, razón por la cual se dejará para más adelante el análisis jurídico del concepto.

Por la misma riqueza de su contenido, el concepto libertad admite una variada cantidad de acepciones, según el ámbito al que se desee referir, y partiendo de ello, provienen las desmembraciones del concepto, pudiendo hablarse entonces de libertad de expresión, de culto, de tránsito etc.

Precisando más el concepto de acuerdo al campo concreto de este estudio, es necesario definir el significado de libertad individual, corporal o libertad física, que como atributo de la persona, es una de las acepciones de libertad, en torno a la cual se ha establecido un mayor número de garantías para su exacto cumplimiento.

Con base en lo anterior, se establece que el derecho a la libertad personal consiste “en la potestad que ésta tiene de escoger los fines que más le convengan para

³⁵ J. C. Smith, citado por Enciclopedia Jurídica OMEBA Dr. Manuel Osorio y Florit, Tomo XVIII, Editorial DRISKILL, Argentina 1991., cit. pág. 424.

el desarrollo de su propia personalidad y de elegir los medios respectivos más apropiados para su obtención”³⁶, y es en el Art. 2, de la Constitución de la República que se establece que: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”; el autor Manuel Osorio la define como “la que permite disponer de la propia persona según los dictados o inclinaciones de nuestra voluntad o naturaleza, a cubierto de presiones, amenazas, coacciones y de todo otro influjo que violenta la espontánea decisión del individuo. Constitucionalmente, se traduce en las garantías sobre detención, juzgamiento y sentencia, sobre todo la audiencia del acusado y su defensa en juicio”.³⁷

La libertad personal, vista como un pilar de ejercicio de los restantes derechos, se instaura como un verdadero límite a los poderes del Estado. La libertad de los hombres, implica que contra ellos no puede erigirse ningún tipo de obstáculos para desarrollar su personalidad. Los límites que se pueden imponer a la libertad deben ser razonables para alcanzar el pleno respeto de los derechos de las personas y para garantizar que la vida en comunidad y sociedad sea la más armónica posible.

A nivel internacional, la libertad personal se encuentra regulada en el Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El numeral primero del Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “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”. Similar disposición se encuentra en los Arts. 6, 7 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

³⁶ Bertrand Galindo, Francisco y otros, Manual de Derecho Constitucional Tomo II, Segunda Edición, enero 1996, cit. pág. 728.

³⁷ Osorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 23° Edición, Editorial Heliasta, 1996, cit., pág. 577.

Como grupo, se define como libertad individual que comprende una serie de derechos, entre ellos el de no ser detenido sino con arreglo a las leyes; la facultad natural de hacer lo que se quiere con las limitaciones causadas por la ley. La libertad es después del derecho a la conservación de la vida.

En El Salvador, en la Constitución de 1841, contenía un capítulo cuyo contenido era la “Declaración de los Derechos, deberes y garantías (...)”, reconociendo amplias libertades.

2. LIMITES DE LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal tendrá las limitaciones de acuerdo a la ley; en este sentido, la limitación más conocida en nuestro medio es la detención, utilizada como “medida cautelar de coerción personal que, dispuesta por orden judicial, consiste en privación de libertad mediante ingreso en establecimiento penitenciario, que se impone al imputado en el transcurso de un proceso penal”,³⁸ de acuerdo con Luigi Ferrajoli “las penas modernas son penas privativas de libertad”.³⁹

En cuanto a las clases de detención, el Art. 13 de la Constitución reconoce tres: a) la detención en flagrancia, que puede ser ejecutada por cualquier persona con la obligación de entregar inmediatamente la persona detenida a la autoridad competente que es la Policía Nacional Civil Art. 288 del Código Procesal Penal ya citado; b) la detención administrativa, es decir, la que excepcionalmente puede ser ordenada por la Fiscalía General de la República y ejecutada por la Policía, que no debe exceder de 72 horas dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente; y c) la detención por el término de inquirir, ordenada por el juez cuando le es presentada una persona detenida, sea por flagrancia, por

³⁸ Anaya Barraza, Salvador Enrique “La Detención Provisional”, en Montecinos Giralt, Manuel Arturo y otros, “Selección de Ensayos Doctrinarios, nuevo Código Procesal Penal” Primera Edición, junio 2000, cit., pág. 99.

detención administrativa o por su propia orden judicial, cuya máxima duración es la misma que la del término de inquirir.

3. CLASES DE DETENCIONES.

Las clases de detenciones son: a) detención practicada por particulares, b) la detención administrativa; c) la detención por orden judicial y se desarrollará otros casos de detención.

a. Detención Practicada por Particulares (Flagrancia)

Cualquier persona está autorizada a practicar la detención de aquél a quien sorprenda en flagrante delito, incluso a impedir que se produzcan consecuencias ulteriores, de acuerdo con lo establecido en el Art.288 del Código Procesal Penal ya relacionado, de igual manera el Art. 13 de la Constitución de la República establece que cuando un delincuente sea sorprendido “in fraganti”, puede ser detenido por cualquier persona.

Este tipo de detención debe ser una situación excepcional, autorizándose dicha acción sólo en casos de urgente e inmediata necesidad como sucede en los casos de flagrante delito, imponiéndole al particular la obligación de entregar a las autoridades policiales al detenido, con el fin que se dé inicio a las correspondientes investigaciones.

Además, el incumplimiento de entregar el detenido a la autoridad inmediatamente, recae en un delito de conformidad con lo establecido en el Art.152 Código Penal, que establece que “El particular que detuviera a una persona sorprendida en flagrancia y no diere cuenta con ella a la autoridad competente

³⁹ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, cit. pág. 389, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid1997.

inmediatamente después de la captura, será sancionado con prisión de seis meses a un año”.

También existe el derecho a efectuar una detención cuando el particular supone, sin negligencia, que concurren los presupuestos legales, teniendo en cuenta que el ejercicio de tal derecho no sirve al interés propio de la persona, sino al interés público de una persecución penal eficiente y que con la detención el particular cumple un deber jurídico. “De igual manera limitan los supuestos en que la detención del particular es posible, circunscribiéndola a aquellos supuestos en que existe evidencia de un comportamiento punible, con la consecuencia de autorizar la detención del particular, exclusivamente, en los delitos de violencia y daño, así como de privación de libertad y hurto”.⁴⁰

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Osorio, flagrante “es el delito cometido ante testigos” y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “es el delito que se está ejecutando actualmente”. Por lo tanto, la noción “flagrante delito” tiene como significado “en el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya tenido posibilidad de huir”.⁴¹

Como grupo se considera que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, o inmediatamente después de haberlo consumado o cuando se le persiga por las autoridades o particulares.

El requisito de sorprender al delincuente hace referencia a que él mismo sea descubierto en el curso de la acción delictiva, en el momento de intentarla, de realizarla o inmediatamente después de consumarla. Lo que si es claro es que el descubrimiento ha de producirse mediante la percepción sensorial del hecho por

⁴⁰ López Ortega, Juan José, “Procedimiento Común”, en Casado Pérez, José María y otros “Código Procesal Penal Comentado”, Tomo II, Primera Edición 2001, Impresos Maya cit. pág. 224.

⁴¹ Idem, cit., pág. 224.

parte del sujeto que realiza la detención, es decir, ha de tratarse de un conocimiento directo de la acción delictiva.

En cuanto al momento en que tiene que producirse el descubrimiento, para que el delito pueda ser considerado flagrante, es el de su ejecución o el inmediatamente posterior. Sin embargo, la noción de delito flagrante se extiende, por una parte, al momento inmediatamente anterior al de la ejecución; es decir, el de la tentativa y el de la realización de los actos preparatorios punibles, pues la ley no exige al agente de policía que espere a que se inicien los actos de ejecución total ni parcial del delito, pues en la medida en que tales actos supone un mal, deben ser evitados en lo posible. La noción legal de la flagrancia comprende no sólo el momento de realización del delito, sino también el inmediatamente posterior, así como del tiempo que transcurre desde la comisión del hecho, hasta que se produce su aprehensión en los supuestos de persecución incesante o de hallazgo en su poder de los instrumentos o efectos del delito.

b. Detención Administrativa

Como se ha explicado anteriormente, la Policía Nacional Civil tiene la facultad de realizar la detención administrativa, es decir la que es ordenada por la Fiscalía General de la República de acuerdo con el Art. 85 Código Procesal Penal, en relación con el Art. 13 de la Constitución de la República.

Además, en las dos clases de detenciones estudiadas, no se observan los elementos de instrumentalidad y jurisdiccionalidad, que forman parte de las medidas cautelares, puesto que las detenciones se realizan sin que existan un expediente judicial previo y sin que medie una orden judicial.

c. Detención por Orden Judicial

El juez ordenará la detención cuando considere necesaria la presencia del imputado, tal detención podrá efectuarse para recibir del imputado declaración indagatoria, realizar práctica de pruebas necesarias al proceso que se esté ventilando, de acuerdo con el Art. 286 del Código Procesal Penal.

De igual manera, el juez ordenará la detención por el término de inquirir, que se da cuando al juez le es presentada o consignada una persona a quien se le impute un delito.

Además ordenará la detención en el caso: que el detenido se hubiera fugado del lugar de custodia y en los casos de rebeldía⁴² del imputado, o por no haber comparecido a la citación ni alegado justa causa o por haberse ausentado del lugar asignado para su residencia.

d. Otros Casos de Detención

Este apartado obedece a los casos planteados en el artículo 293 del Código Procesal Penal, los cuales se pueden dividir en:

d.1 Detención Provisional por incomparecencia del imputado: trata de un supuesto de medida cautelar, aunque de carácter totalmente objetivo en la apreciación de sus presupuestos, ya que no se toma en consideración ni la gravedad de la pena previsible ni cualquier otra circunstancia. Basta con la incomparecencia injustificada del imputado, para que la prisión deba ser acordada.

d.2 Detención por riesgo de colusión⁴³: Tomando en cuenta los fines de la detención provisional, se ha señalado que es necesario acordarla para evitar que el sospechoso ponga en peligro la investigación, ocultando o manipulando las pruebas existentes en su contra; todo lo anterior, basado en la sospecha fundada y que esto pondrá en riesgo el progreso de las investigaciones. En este caso, se toma la decisión de detener provisionalmente al imputado.

⁴² Art. 92 del Código Procesal Penal. “Transcurrido el término de la citación o comprobada la fuga o la ausencia, el juez declarará la rebeldía y expedirá orden de captura”.

⁴³ Colusión: Pacto o proceder con daño de tercero, según Manuel Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 23° Edición, Editorial Heliasta, 1996, cit., pág. 192.

d.3 Detención por riesgo de reiteración: la detención provisional se funda en éste caso en la presunta peligrosidad del imputado y en la necesidad de evitar que este reincida delictivamente.

d.4 Detención Provisional por incumplimiento de las medidas sustitutivas de la prisión provisional: la revocación de las medidas sustitutivas se produce cuando nuevas circunstancias imponen una valoración diversa de los motivos que han permitido sustituir la detención provisional y sobre todo, cuando el imputado viola alguna prescripción que se le ha impuesto.

B. MEDIDAS CAUTELARES

1. CONCEPTO

Según Antón Blanco y otros: “Son aquellas diligencias procesales ordenadas por juez competente, con carácter provisional, que incidiendo en la libertad o el patrimonio de los inculcados, van destinadas a asegurar la presencia en el acto del juicio de los presuntos responsables y, en su caso, a la ejecución de la sentencia”.⁴⁴

Como grupo se estima que las medidas cautelares son el conjunto de disposiciones jurisdiccionales provisionales, necesariamente supeditadas a un proceso judicial, aplicables a personas y a bienes, y que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia.

De la anterior definición se desprenden los caracteres de las medidas cautelares los cuales son: la provisionalidad, la jurisdiccionalidad, la oficialidad, la homogeneidad con las medidas ejecutivas y la revocabilidad, que se desarrollará brevemente a continuación:

2. ELEMENTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

⁴⁴ Antón Blanco, José Luis y Marcos Cos, José Manuel, “Las Medidas Cautelares”, en Casado Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Justicia de Paz, Impreso Modelo, junio de 2000, cit., pág. 784.

a. La Provisionalidad

Ésta significa que el contenido restrictivo de las medidas tiene una vida limitada y efímera, generalmente hasta que se dicte sentencia, en cuyo caso las medidas adoptadas se transforman en ejecutivas si la sentencia es condenatoria, o en el caso de que sea absolutoria, las medidas simplemente se levantan, al igual que si en el proceso se sobresee anteriormente.⁴⁵ Tal eventualidad o perdurabilidad es consecuencia de su carácter instrumental. De ahí, que deban mantenerse mientras permanezcan, las circunstancias intencionales que las motivan.

“Por lo general, pueden afirmarse que las medidas cautelares previven hasta la firmeza de la sentencia, en cuyo momento desaparecen indefectiblemente”.⁴⁶

Pero tal carácter de provisionalidad se acentúa en el caso de que desaparezca con anterioridad a aquel momento, por entenderse que la medida carece ya de sentido.

Se considera necesario mencionar que la revisión o sustitución de las medidas cautelares no sólo es posible a instancia de parte, sino también de oficio; en el caso de la detención provisional, debe ser más efectiva por tratarse de una medida de duración limitada.

En este sentido, el juzgador tiene la responsabilidad de examinar periódicamente la detención o internación provisional cada tres meses, llamando a las partes a audiencia sin perjuicio de que no asistan; además, existen medidas cautelares cuya duración resulta en todo caso más corta, como es la citación o la detención por el término de inquirir.

b. La instrumentalidad

⁴⁵ Idem, cit, pág. 784.

⁴⁶ Idem, cit pág. 785.

Es lógico que las medidas cautelares dependan de un proceso judicial, cuyos fines son precisamente los que éstas pretendan garantizar. En ese sentido, las medidas cautelares las entendemos únicamente supeditadas a un proceso y no son concebibles independiente a éste, puesto que en ese caso sería lo que la medida pretende garantizar. Esta dependencia no debemos interpretarla como falta de autonomía, ya que con claridad podemos ver que la medida cautelar es muy distinta a los resultados de la declaratoria definitiva de condena.

Calamandrei señaló que “Las medidas cautelares no son nunca un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente. La tutela cautelar es respecto al derecho sustancial, una tutela mediata; más que para hacer justicia, sirve para garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”. El Art. 285 del Código Procesal Penal⁴⁷, hace referencia a esta nota al indicar “(...) para cubrir la necesidad de su aplicación”.⁴⁸

c. La Jurisdiccionalidad

Esta característica explicada anteriormente, deriva de la instrumentalidad, ya que consiste en que las medidas cautelares son herramientas de la resolución y sólo pueden ser acordadas por quien dicta la resolución. En ese sentido, su aplicación se encuentra reservada a los órganos jurisdiccionales⁴⁹ o en otras palabras, al juez que está conociendo la causa o juez competente y, consiguientemente, está prohibida su aplicación a los entes administrativos.

d. La Oficialidad

⁴⁷ Art. 285 “Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial fundada y durarán el tiempo absolutamente imprescindible para cubrir la necesidad de su aplicación.

El auto que imponga una medida cautelar o la rehace será revocable o reformable, aun de oficio, en cualquier estado del procedimiento”.

⁴⁸ Antón Blanco, José Luis y Marcos Cos, José Manuel, “Las Medidas Cautelares”, en Casado Pérez, José María y otros “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Justicia de Paz, Impresa Modelo, junio 2002, cit., pág. 785.

⁴⁹ Art. 172 de la Constitución de la República: “(...) Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley. (...)”.

De acuerdo con esta característica, la adopción de la medida cautelar puede ser acordada sin previa consulta al ofendido o sin que medie petición de parte, si considera el juez que se dan los presupuestos necesarios para ello, ya que debemos recordar que son los órganos estatales los encargados de la persecución del delito y se encuentran obligados a aplicar las medidas cautelares necesarias, para garantizar el resultado del proceso.

e. La Homogeneidad

“Las medidas cautelares, sin ser idénticas, son homogéneas con las medidas que tienden a preordenar. Debido a que la medida cautelar se dirige a garantizar los futuros efectos de la sentencia, en cierto modo, anticipa los efectos de la resolución definitiva”.⁵⁰

Como grupo se considera que esta característica de las medidas cautelares, pretende garantizar la eficiencia en el ejercicio de derechos que posteriormente serán declarados en la sentencia. Por tal motivo, la medida cautelar será similar a la medida que será aplicada como resultante de la sentencia definitiva. Por ejemplo: si la pretensión del actor es la obtención final de una determinada suma de dinero, la medida cautelar adoptada para ésta será el embargo preventivo, pues en uno y otro caso, ambas medidas suponen la negación del mismo derecho. Si bien es cierto que la homogeneidad existente entre la medida cautelar adoptada y la medida definitiva esperada como resultante de la sentencia, siempre es una característica, pero ésta no debe seguirse como un criterio valorable para adoptar cualquier medida. Por ejemplo: en el proceso penal, la pretensión de llevar a juicio al imputado no debe determinar en una forma mecánica la privación del mismo, ya que atinadamente y de acuerdo a las circunstancias *sui generis* de cada caso, podrá optarse a hacer uso de medidas cautelares que no tengan siempre que pasar por negarle al detenido su derecho a la libertad.

f. La Revocabilidad

Las medidas cautelares como ya se desarrolló anteriormente, son siempre provisionales y, puesto que no son definitivas, pueden modificarse o transformarse, dejarse sin efecto, sustituirse o acordarse de nuevo, si se alteran las circunstancias y los presupuestos que fueron determinantes en el momento de su adopción⁵¹ o en otros términos, si desaparecen o resurgen los presupuestos que la hacían necesaria.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Entre las diversas medidas cautelares que el sistema procesal penal contempla, es posible una bifurcación entre medidas personales y medidas patrimoniales o reales, lo anterior, atendiendo al criterio de que si las medidas cautelares recaen sobre personas o bienes. Al respecto, las medidas personales son “tendientes a la identificación del delincuente, a la averiguación o investigación de los hechos delictivos, a evitar la fuga o entorpecimiento de la averiguación de los hechos y a poner al imputado a disposición del tribunal”⁵²; y las medidas patrimoniales “procuran el aseguramiento de la responsabilidad civil que deriva de la comisión de un hecho delictivo”.⁵³

Las medidas cautelares pretenden conservar al detenido y a su patrimonio, hasta el juicio e incluso hasta la ejecución de la sentencia, sin incidir en su posible pronunciamiento o contenido. Las otras diligencias preventivas o de investigación, pretenden la conservación, previa obtención de los medios de prueba, con la finalidad

⁵⁰ López Ortega, Juan José, “Las Medidas Cautelares”, en Casado Pérez, José María y otros, “Código Procesal Penal Comentado”, Tomo II, Primera Edición, Impresos Maya septiembre 2001, cit. pág. 211.

⁵¹ Art. 297 del Código Procesal Penal “La privación de libertad cesará:

- 1) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente sustitución por otra medida;
- 2) Cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional; y,
- 3) Cuando su duración exceda los plazos establecidos en el artículo 6 de este código”.

⁵² Exposición de Motivos del proyecto del Código Procesal Penal. Se utilizó Edición que consta en Código Procesal Penal, separata de la RJ, CSJ, San Salvador, 1997, cit. pág. 182.

⁵³ Ibidem, pág. 182.

de alcanzar el esclarecimiento de la verdad y por ello, en último término, condicionan el pronunciamiento de fondo.

En materia penal, las medidas cautelares ostentan visos generalmente personalistas, pero por las responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse de la comisión de un delito, se encuentran medidas cautelares reales en el proceso penal.

a. Medidas Cautelares Reales

Denominadas también patrimoniales, están destinadas a asegurar las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal; son las mismas que se desarrollan en el proceso civil⁵⁴, son dos las clases de medidas que pueden acordarse, la caución y el embargo.

Las medidas cautelares reales o patrimoniales, están encaminadas a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. Sobre este particular conviene señalar que las medidas cautelares asegurarán los contenidos patrimoniales de cualquier clase derivada de la acción civil, acumulada a la penal (restitución de la cosa, e indemnización de daños y perjuicios), sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (la pena de multa y las costas procesales, fundamentalmente). Sin duda, aunque se están asegurando cosas distintas, el objeto final es el mismo, el pago de una cantidad de dinero; por ello, como se explicará que las medidas cautelares que se adopten serán esencialmente las mismas: fianzas o caución y embargo, que se desarrollarán más adelante.

Cuando se trata de asegurar el pago de una cantidad de dinero, el Código Procesal Penal ha previsto dos tipos de medidas cautelares: en primer término, se requerirá para la prestación de fianza, y en segundo en su defecto, se procederá a la práctica del embargo.

La regulación de esta materia se encuentra básicamente en el Código de Procedimientos Civiles a partir del artículo 612.⁵⁵

Como grupo se estima que con la adopción de esta clase de medidas se pueden pretender los fines de conservar las cosas relacionadas con el ilícito, para efecto de comprobar los extremos procesales, y el de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pueden declararse en la sentencia.

Para el primero de los fines señalados, podrán adoptarse medidas como el comiso y el secuestro; mientras que para asegurar el cumplimiento económico de la sentencia, pueden adoptarse medidas como el embargo. Es natural que estas medidas cautelares recaigan sobre bienes del imputado, pero ello no significa que puedan adoptarse contra terceros, que de conformidad con la ley tengan responsabilidad subsidiaria o se hayan lucrado con los efectos del delito.

a.1 Caución o fianza

La caución⁵⁶ económica es una medida substitutiva de la detención provisional, que puede ser constituida por el propio imputado o por otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca o puede consistir en el aval de una o más personas idóneas.

Su finalidad es exclusiva de asegurar, la caución ha de ser suficiente para garantizar que el imputado no eludirá el proceso o la posible ejecución de la

⁵⁴ Art. 305 del Código Procesal Penal. “Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se regirá por el Código de Procedimientos Civiles”.

⁵⁵ Art. 612 “Embargo es el secuestro judicial de bienes, que no podrá hacerse sin mandamiento de Juez competente, cometido a un Oficial Público de Juez Ejecutor, y en su defecto a un Juez de Paz especialmente autorizado por el Juez de la causa, en este caso sin necesidad de información ni de caución. (...)”.

⁵⁶ Art. 299 del Código Procesal Penal. “Cuando corresponda, fijará la clase e importe de la caución, y decidirá sobre la idoneidad del fiador.

Cuando la caución sea prestada por otra persona, ella asumirá solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que el tribunal haya fijado.

El imputado y el fiador podrán sustituir la caución por otra equivalente, previa autorización del tribunal”.

sentencia y que observará la obligación de atender a los requerimientos de su presencia, que haga el tribunal, cuantas veces sea necesario.

El juez competente, determinará la cantidad y la fijará mediante resolución judicial, sin perjuicio de declarar al momento de ser presentada la adecuación o suficiencia de la caución o en su caso, la ampliación, disminución o sustitución por otra medida; esto en virtud del principio de proporcionalidad, ya que el importe deberá ser fijado prudencialmente, en el caso de ser el monto por encima de las posibilidades del imputado, sería un impedimento para la obtención de su libertad.

Para la aplicación, el juez debe tomar en cuenta la naturaleza del delito, el estado social del imputado, sus antecedentes y demás circunstancias que, en mayor o menor medida, favorezcan su interés en ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial.

La fianza, consiste en la garantía personal por la que un tercero asume, anticipadamente y a resultas, el pago de las responsabilidades civiles que en su día declare la sentencia.⁵⁷

La fianza puede ser personal, pignoraticia o hipotecaria y puede constituirse por el propio imputado o por un tercero.

La fianza personal es aquella obligación que contrae una determinada persona de hacer que el imputado se presente cada vez que sea llamado por el juzgado que conoce de la causa y, en el caso de que no pudiera llevarlo a efecto, hará efectiva la cantidad que se hubiere fijado al admitir la fianza.⁵⁸

La Fianza Pignoraticia consiste en el depósito, con arreglo a las prescripciones legales, de bienes o valores mobiliarios, propiedad del propio imputado o de un tercero, destinados a asegurar la comparecencia del primero, cuantas veces fuera llamado por el Órgano Judicial.

a.2 El embargo

⁵⁷ Antón Blanco, José Luis y Marcos Cos, José Manuel, “Las Medidas Cautelares”, en Casado Pérez, José María y otros “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Justicia de Paz, Impresa Modelo, junio 2002, cit., pág. 840.

El embargo consiste en la traba o afectación directa de los bienes del imputado o del responsable civil subsidiario. Puede extenderse a bienes muebles o inmuebles y, siendo objetos de embargo toda clase de fondos, depósitos bancarios, valores, acciones o cualquier título en entidades mercantiles.

De igual manera, es una afección provisional y anticipada de bienes del imputado, acordada por el órgano jurisdiccional para el caso de que la fianza no fuera prestada.

Además, en el artículo 25 de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos se contempla una medida, al facultar al juez a ordenar el congelamiento de las cuentas bancarias y secuestro preventivo de los bienes de los imputados y establece “Para el efecto de incautar o requerir la presentación de documentos bancarios, financieros o mercantiles, será necesaria la orden del juez competente quien pondrá expedirlas en cualquier etapa del proceso. El juez podrá en todo momento ordenar el congelamiento de las cuentas bancarias, el secuestro preventivo de los bienes de los imputados, mientras transcurre la investigación o proceso respectivo. (...)”.

Conviene tener en cuenta que la caución y el embargo podrán ser reducidos y ampliados en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades pecuniarias del imputado.

La fianza hipotecaria⁵⁹ consiste en la afectación de bienes hipotecables, como aseguramiento de la obligación del procesado de presentarse ante el llamamiento del tribunal, cuantas veces fuere llamado.

b. Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal

Las medidas cautelares personales son aquéllas que están destinadas a la puesta a disposición de los tribunales de los presuntos implicados en el hecho delictiva; en otras palabras, conllevan la limitación o la restricción del derecho a la

⁵⁸ López Ortega, Juan José “Procedimiento Común”, en Casado Pérez, José María y otros, “Código Procesal Penal Comentado”, Tomo II, Primera Edición, enero 2001, cit., pág. 287.

libertad personal del imputado y entre ellas, se incluyen la detención para inquirir, la detención provisional y la libertad bajo caución.

La detención provisional, como medida cautelar es la que con mayor frecuencia se aplica; pero las limitaciones al derecho a la libertad no necesariamente conllevan una medida tan severa como la detención, y en ese sentido, resulta interesante estudiar otras medidas cautelares personales distintas a la privación de libertad como son la citación y la presentación.

b.1 La Citación

La citación cautelar u orden de comparecencia, constituye la mínima restricción a la libertad personal del imputado, pues su única finalidad es citarle para que comparezca y sea oído.

El artículo 254 del Código Procesal Penal, establece en el numeral 2 que: “(...) Cuando en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el requerimiento el juez dedujere que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, y no se encuentra detenido, ordenará recibirle en la audiencia su declaración indagatoria y la citará al efecto. (...)”. Esta es una facultad discrecional del juez y podrá realizarse tantas veces como el juez entienda que sea necesaria su presencia, como lo establece el artículo 286 del Código Procesal Penal ya comentado.

Verdaderamente, la citación no puede considerarse, en pluralidad, como una medida cautelar. Su importancia reside, en realidad, en ser una diligencia de investigación (indagatoria, se denomina) y como diligencia de ofrecimiento de derechos del imputado, puesto que ha de ser instruido de todos los derechos que le asisten de acuerdo con los artículos 87 y 259 del Código Procesal Penal. Por ello, se advierte que en este tipo de “medida cautelar” no se precisa el presupuesto del *periculum in mora*, siendo suficiente la verificación y comprobación del *fumus boni*

⁵⁹ Idem, cit., pág. 288.

iuris con la necesidad del esclarecimiento de los hechos, y el tiempo, el incumplimiento de la garantía de audiencia a todo imputado.

b.2 La presentación

La presentación está prevista como medida cautelar, siendo esta una forma intermedia entre la citación (la comparecencia voluntaria) y la detención (comparecencia forzosa), no se puede desconocer que se trata de una auténtica medida restrictiva de la libertad, a la que deberá aplicarse también idénticas garantías a las establecidas para la detención.

De acuerdo con el artículo 286 del Código Procesal Penal ya explicado anteriormente, la presentación del imputado se realizará por orden escrita, la cual especificará los datos personales u otros que sirvan para identificarlo, así como la indicación del hecho que se le atribuya.

Su naturaleza de medida cautelar resulta clara si se tiene en cuenta, que trata de imponer a la persona que se le imputa un hecho punible o contra la que resulta alguna indicación fundada de culpabilidad, una conducta, consistente en la comparecencia ante la autoridad judicial.

CAPITULO IV

I. LA PRISION PREVENTIVA EN EL DEBIDO PROCESO

A. EL DEBIDO PROCESO

1. DEFINICION

“El debido proceso es la garantía exigida para la privación de los derechos de vida, libertad y propiedad, de los que nadie puede ser despojado sino mediante proceso legalmente instituido, seguido ante tribunales previamente establecidos. El debido proceso no es un hallazgo del pensamiento jurídico norteamericano, pues, desde los tiempos más remotos, constituye una exigencia indeclinable para la resolución de los conflictos “entre partes” y una garantía de los intereses legítimos, cualesquiera que fueren sus titulares”.⁶⁰

“El derecho al debido proceso constituye un presupuesto esencial del Estado de Derecho y, aunque ello hoy en día parezca algo natural, no siempre ha sido así. El derecho a no ser detenido salvo casos de haber cometido un delito, el derecho a tener un juicio equitativo a cargo de un tribunal independiente e imparcial y el derecho a recibir durante la detención un trato humanitario, por poner sólo algunos ejemplos, son conquistas de las revoluciones francesas y americanas, garantías propias del Estado liberal, completamente desconocidas en el enjuiciamiento penal del Antiguo Régimen. Gracias a su influencia se adopta el principio de la presunción de inocencia a favor de cualquier ciudadano y, a partir de las primeras declaraciones de derechos, se institucionalizan las normas básicas del proceso penal, con la preocupación

⁶⁰ De Pina Vara, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial PORRÚA Argentina, Primera Edición, México 1965., cit., pág., 214.

fundamental de que se respeten las garantías constitucionales establecidas a favor de los derechos de los individuos”.⁶¹

En materia penal se presenta la necesidad de establecer un equilibrio de la función jurisdiccional del Estado, entre la protección que éste debe a la sociedad y el respeto que el mismo Estado reconoce como derechos fundamentales del individuo.

En este marco de argumentación como grupo se define el debido proceso como “una garantía fundamental de todo el ordenamiento jurídico, que prescribe la forma, estructura y desarrollo del proceso penal, tendiente a promover que la aplicación del poder penal del Estado sea lo menos arbitraria posible; en este sentido, se presenta además, como el núcleo protector de todo un conjunto de garantías y derechos que confluyen dentro de un proceso penal. En este ámbito del proceso penal, se define como aquél que reúne determinadas condiciones de legitimidad, respecto a garantías básicas que tienen por objeto que la aplicación del poder penal del Estado sea lo menos arbitrario, dando vigencia real a los derechos fundamentales como el juicio previo, presunción de inocencia, igualdad de las partes, audiencia etc”.

La prisión preventiva es una de las instituciones de difícil justificación dentro de la concepción de un proceso penal, regido obviamente por el principio del debido proceso y sólo se concibe si se llenan algunos requisitos como: 1) Que la regulación legal de la prisión preventiva no pervierta los fines por los cuales se adopta, esto es garantizar los fines del proceso y que en ningún momento obedezca a criterios que distorsionen principios fundamentales; como a la libertad personal, la presunción de inocencia, etc., y 2) Que la aplicación de esta medida por parte del Juez, se vea limitada por el principio de independencia judicial y el sometimiento a la Constitución, a las leyes secundarias y a la normativa internacional, evitando así cualquier tipo de arbitrariedad. Sólo en este marco de directrices puede conciliarse la prisión preventiva con la garantía del debido proceso.

⁶¹ López Ortega, Juan José, “Principios y Garantías del Juicio Previo”, en Casado Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Edición Justicia de Paz, junio de

2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

Como podrá observarse, se trata de principios generales que han sido constitucionalizados por medio de los derechos fundamentales y que, en conjunto, expresan una forma de entender el proceso penal, sustancialmente como una forma de protección jurídica de los individuos; es decir, proteger a los ciudadanos inocentes, evitando que sean sometidos a una condena injusta, y proteger al mismo culpable, garantizando que su condena no sea alcanzada a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defenderse.

“La concepción del proceso penal como límite al poder penal Estatal se expresa, sin equívoco en el Art. 11 de la Constitución de la República en el que se establece que “Ninguna persona puede ser privada de su derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y a la posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio”.

El referente constitucional recuerda el carácter eminentemente político de este principio que incorpora dos contenidos básicos: por un lado, que la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, es decir, el ejercicio de la actividad punitiva estatal está limitado por una forma, que es el proceso, y no cualquier proceso, sino el legalmente configurado; por otro, la necesaria existencia de un juez, pues el juicio previo al que se refiere la Constitución es el realizado por los jueces y tribunales y no por otra autoridad, pues no se concibe la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia judicial”.⁶²

2000, cit., págs. 28 y 48.

⁶²López Ortega, Juan José, “Principios Básicos y Garantías Constitucionales” en Casado Pérez, José María y Otros “Código Procesal Penal Comentado” Tomo I, impresos Maya, Primera Edición, Septiembre de 2001, cit., pág., 1.

Con lo anterior, como grupo se determina que el proceso es el único medio legítimo para la realización penal, que no es inmediata a la realización del delito, sino que exige un procedimiento regular que verifique la imputación y no es otro que el exigido por la garantía del juicio previo.

Junto a la garantía del juicio, la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la defensa en juicio, conforman las tres garantías básicas del proceso penal, que dan vida a la noción del proceso debido.

Uno de los ejes centrales del constitucionalismo es el respeto a la dignidad de la persona, que no puede ser considerada un mero objeto de la acción estatal. En consecuencia, en el proceso el imputado es reconocido como sujeto procesal, reconociéndole la posibilidad de comparecer y ser oído en igualdad de condiciones que la acusación. Ambos aspectos integran el contenido esencial del derecho de defensa, que constituye la tercera de las garantías que están a la base del derecho penal.

3. LÍMITES DE LA POTESTAD REPRESIVA DEL ESTADO

La potestad represiva del Estado regula disciplina en la defensa y el respeto a la sociedad ante cualquier ataque de sus bienes fundamentales y se realiza en dos momentos; el primero, a través del derecho penal material, en el plano abstracto que constituye un ordenamiento específico o un sistema normativo que tutela los bienes de la sociedad, determinando los hechos delictivos y estableciendo las sanciones aplicables a quienes los cometen.

El segundo momento se realiza a través del derecho procesal penal, brindando por este medio la protección jurídica de los bienes y derechos fundamentales de las personas, instituyendo con arreglo a la Constitución, los funcionarios públicos que han de cumplir la función judicial, trazando el ámbito de su competencia y

definiendo los actos que han de realizar, y las formas que observan para aplicar el derecho penal material. No obstante, la potestad represiva está obligada constitucionalmente, no sólo a defender los bienes fundamentales de la sociedad, sino también a proteger al individuo, asegurando el goce pleno de sus derechos fundamentales como persona, en su esfera de libertad, dignidad, etc.

“Este dualismo propio de un Estado democrático establece verdaderos límites a la potestad represiva estatal a través de presupuestos jurídicos constitucionales como el juicio previo, legalidad, presunción de inocencia, defensa en juicio, etc; inmersos en el marco del “debido proceso”, y esto para que el poder penal del Estado no se convierta en instrumento de sometimiento político; estos presupuestos constitucionales representan las garantías de seguridad que reconoce el Estado a toda persona”.⁶³

B. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DEBIDO PROCESO

1. LA GARANTIA DEL JUICIO PREVIO

Si la pena sólo puede ser aplicada por los tribunales mediante la sentencia firme de condena, estos han de utilizar el medio, que es el proceso. Por ello, puede decirse que dentro del proceso penal se concreta en la idea de proceso justo, recto y/o equitativo, garantizando que nadie pueda ser privado de su libertad, sino en virtud de un proceso con las formalidades legales necesarias.

La noción del juicio previo tiene un doble sentido, como sinónimo de proceso penal y como de sentencia judicial. Por ello, puede decirse que la principal garantía procesal es la jurisdiccionalidad expresada en el axioma “*nulla poena sine iudicio*”. Con ello se indica que el proceso judicial es el único medio legítimo para la realización penal, de tal modo que la estricta legalidad en la definición de los delitos

⁶³ Veléz Mariconde, Alfredo., “Derecho Procesal Penal”, Edición LERNER., Argentina 1969. Tomo I., cit., pág., 322.

y en la determinación de las penas se corresponde con la estricta jurisdiccionalidad en su aplicación.

El Derecho Penal Sustantivo aplicado únicamente por el proceso penal, es materia de aplicación exclusiva de los tribunales y sólo y precisamente por medio del proceso. El Derecho Penal define el injusto penal y establece las condiciones bajo las cuales es posible el ejercicio de la coerción estatal; es decir, la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad. Pero el derecho penal no atiende a su propia realización; se sirve para ello del derecho procesal que determina el camino que se deba seguir para comprobar la existencia del delito, determinar quien es el culpable y disponer la reacción concreta correspondiente. A esto se debe que las garantías penales se complementan con un conjunto correlativo de garantías procesales. Entre ambas existe una conexión sumamente estrecha: las garantías penales solo son efectivas en la medida en que el enjuiciamiento de los delitos sea objeto de un juicio en el que se encuentren aseguradas al máximo la imparcialidad, la veracidad y la ausencia de arbitrariedades. La presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la radical separación entre funciones de acusación y enjuiciamiento, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa, constituyen en este sentido, rasgos esenciales del modelo acusatorio de enjuiciamiento que se corresponden con los presupuestos del Derecho Penal liberal, basado a su vez, en los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y salvaguarda de la dignidad de la persona.

La concreción legal del principio de jurisdiccionalidad se encuentra en el Art. 1 del Código Procesal Penal⁶⁴, al imponer la existencia de una sentencia firme de condena como presupuesto para la aplicación del poder punitivo del Estado. En el esquema de la división de poderes, que es característico del Estado de derecho, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales el ejercicio de la potestad punitiva estatal. La consecuencia que de ello resulta es clara: ni los órganos

⁶⁴ Art. 1 “Nadie podrá ser condenado o sometido a una medida de seguridad sino mediante una sentencia firme, dictada luego de probar los derechos en un juicio oral y público, llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, en este código y demás leyes, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas”.

legislativos ni los administrativos pueden declarar la existencia de un delito, como prevé el artículo 14 de la Constitución de la República.⁶⁵ El derecho penal y su consecuencia, la pena, sólo puede ser aplicado por los tribunales y únicamente pueden hacerlo a través del proceso. Dicho de otro modo, la actuación de la ley penal, es monopolio del Estado y, dentro de éste, de los tribunales que la aplican a través del proceso.

La realización penal tiene, así, un marcado carácter oficial y un contenido indisponible. No sólo se encuentra excluida cualquier forma de justicia penal privada, sino que, además, la oficialidad se corresponde con el ejercicio indisponible de la acción penal. Incluso el ejercicio de la oportunidad en el proceso penal se encuentra sujeta a la aplicación de criterios de legalidad. Esto no es más que la lógica consecuencia de ciertos rasgos estructurales del sistema penal: la legalidad de la función judicial, excluye cualquier forma de potestad discrecional en el ejercicio de la acción penal; la indisponibilidad de la pena, que impide reconocer relevancia a las transacciones, aceptaciones o renunciaciones entre las partes cuando se trata de actuar el poder penal del Estado; la igualdad ante la ley, que excluye cualquier diferencia de trato en la represión de los delitos.

La garantía del juicio previo entendida como proceso debido, es una constante en el Derecho Constitucional Comparado. Basta con recordar el enunciado de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos: “(…); tampoco una persona será sometida a una doble amenaza a su vida o su integridad física, ni se le obligará en un caso penal atestiguar contra ella misma, ni será privada de su libertad o propiedad sin el debido proceso legal”. “Poco importa el sentido literal de la cláusula que siempre aparece en estrecha asociación con otras garantías establecidas a favor de las personas acusadas. Lo verdaderamente importante es que este conjunto de garantías procesales,

⁶⁵ Art. 14 “Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad”.

que se recogen en las constituciones y en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, configuran la noción de proceso debido, desde su origen vinculada a la protección del bien libertad, garantizando que nadie pueda ser privado de ella, sino en virtud de un proceso con las formalidades legales necesarias. Se trata, en definitiva, de una fórmula amplia e indeterminada, que identifica un principio elemental de justicia, simbolizando, en sí misma, la garantía jurisdiccional, pues la garantía del debido proceso consiste en no ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso previo, pero un proceso jurisdiccional, correcto o equitativo, es decir, el proceso que es debido o sea, justo y apropiado”.⁶⁶

Además, puesto que el juicio es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, presupuesto inexcusable de la condena, hasta que esa prueba no se produzca en forma legal, ningún delito puede considerarse cometido y, consiguientemente, ningún sujeto puede considerarse culpable ni sometido anticipadamente a una pena. En este sentido, se afirma que el principio de jurisdiccionalidad, al exigir que no exista culpa sin juicio, postula la presunción de inocencia del imputado hasta que su culpabilidad se establezca según la ley. La presunción de inocencia se exige, así, en la primera derivación del principio jurisdiccional, que se expresa en el mandato constitucional de que nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia obtenida en juicio: Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en un juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa, de conformidad al artículo 12 de la Constitución de la República. En resumen, la exigencia del juicio previo, la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la defensa en juicio, son las tres garantías esenciales del proceso penal, sin las cuales no es posible hablar de la existencia del debido proceso.

⁶⁶ López Ortega, Juan José., “Principios y Garantías en el Proceso Penal”, en Casado Pérez, José María y Otros., “El Proceso Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Editorial Justicia de Paz, junio

Ahora bien, si existe una característica que identifique la noción de juicio previo, es que el proceso jurisdiccional sólo se concibe como un proceso de partes, lo cual supone una estructura triangular, caracterizada por la presencia de dos partes a quienes competen funciones diferentes: la prueba a la acusación y la refutación a la defensa; por encima de ellas, como tener “super-partes”, el juez, equidistante de la acusación y la defensa, a quien se encomienda la decisión del litigio desde una posición imparcial. En la base de esta concepción, que en el proceso penal se concreta en la forma acusatoria del proceso, se encuentra la separación del juez y el acusador y, para asegurarla, en todas las legislaciones cristalizan un conjunto de garantías orgánicas y procesales: las primeras que se refieren a la posición del juez en relación con los demás poderes del Estado y con los otros sujetos del proceso, tales como la independencia, la imparcialidad y la predeterminación legal del juez; garantías procesales, referidas específicamente al procedimiento de averiguación, es decir, a la reconstrucción histórica que se desarrolla en el proceso y a la formación de la convicción judicial en que se basa la decisión que pone fin al litigio, como son la existencia de una acusación previa, la carga de la prueba que corresponde, exclusivamente al acusador y el derecho de defensa atribuido al imputado para refutar la imputación.

A partir de la configuración de este sistema complejo de garantías, característico del proceso penal democrático, recto y equitativo, se manifiesta su configuración como procedimiento de protección jurídica de los individuos, cuyos principios rectores expresan la tensión entre los diversos fines que persigue el enjuiciamiento penal. El poder penal del Estado ha de ser ejercido de un modo limitado, con miras a proteger al ciudadano inocente, evitando que sea sometido a una condena injusta, pero también al mismo culpable, garantizando que la condena no será alcanzada a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defenderse. Esta dualidad de intereses y fines del enjuiciamiento penal es lo que, en último término, explica la doble exigencia de legalidad y judicialidad, características que impregnan la regulación del proceso penal. De este modo se comprende mejor el significado del principio de jurisdiccionalidad,

que incluye dos contenidos básicos: por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado está limitado por una forma que es el proceso legalmente configurado; por otro, la necesaria existencia de un juez, pues el juicio previo al que se refiere la Constitución, es únicamente el proceso judicial; es decir, el realizado por los jueces y no por cualquier otra autoridad, ya que no se concibe la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia judicial.

“La garantía del juicio previo se completa con la prohibición de la persecución penal múltiple, que opera como elemento de cierre del sistema de garantías individuales propio del Derecho Penal Liberal. Su significado de garantía individual ha sido reconocido, en el ámbito interamericano, por el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”; y, expresamente, se refiere a ello en el artículo 7 del Código Procesal Penal, al disponer que nadie será perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho”.⁶⁷

Con base en lo anterior, la garantía del juicio previo es entonces necesaria para que la investigación del ilícito y los actos que la misma encierra, así como los términos legales para recibir prueba y escuchar posiciones de acusación y de defensa, no puede ser manipulada. Esto se logra con un proceso legal definido previamente y anterior al hecho que se pretende esclarecer.

2. PRINCIPIO DE INOCENCIA

Se trata de una garantía constitucional que se consagra en el Art. 12 de la Constitución de la República,⁶⁸ en ella se impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho delictivo o, lo que es lo mismo, toda persona

⁶⁷ Idem., cit., pág. 48.

⁶⁸ Art. 12 “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa. (...)”.

inculpada ha de ser tratada como inocente hasta que su culpabilidad resulte establecida conforme a la ley.

En el Código Procesal Penal, la presunción de inocencia se encuentra regulada en el Art. 4, que establece que: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente, y será tratada como tal en todo momento, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en juicio público, en el que se le aseguren las garantías del debido proceso. La carga de la prueba corresponde a los acusadores”.

Las primeras declaraciones sobre derechos humanos reafirman el principio de inocencia. La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 11 inc. 1 establece que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. Similares disposiciones se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Art. 14.2;⁶⁹ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Art. 8.2.⁷⁰

En el momento actual, la presunción de inocencia se deriva de su consignación en la Constitución como derecho fundamental, no es un criterio informador del ordenamiento penal, es fundamentalmente una garantía constitucional del ciudadano sometido a juicio. Es decir, ya no se trata de mero principio interpretativo de la norma procesal, que inspira la actuación de los tribunales, imponiendo la aplicación pro reo de la norma jurídica. Antes que nada, se trata de una norma de directa aplicación y reclamable como derecho fundamental, que contiene en primer término, un mandato dirigido al legislador, a quien corresponde establecer un proceso respetuoso a la presunción de inocencia, junto a ello un mandato dirigido al tribunal, a quien se impone

⁶⁹ Art. 14.2 “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁷⁰ Art. 8.2 “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...)”.

siempre seguir la tesis más favorable al reo, en caso de duda de conformidad con el Art. 5 del Código Procesal Penal.⁷¹

La acusación tendrá que aportar al proceso los materiales probatorios y conseguir con ello establecer la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. Pero este principio no se agota en la simple prohibición de la condena en la duda, sino que incorpora un contenido más amplio que el tradicional “*in dubio pro reo*”. Mientras que el principio “*pro-reo*” sólo opera ante una situación de duda, la presunción de inocencia consiste en algo más: la necesidad de que la condena se funde en auténticas pruebas que, además, han de ser aportadas por la acusación y resultar suficientes, pero si la culpabilidad no ha quedado probada, el tribunal debe absolver en cualquier caso. Por ello, se dice que mientras la máxima tradicional, “*in dubio pro reo*”, expresaba un estado subjetivo, el de la incertidumbre, la inocencia impone un criterio objetivo en el que basarse para alcanzar la condena, la suficiencia de la prueba. Ahora bien, hecha esta salvedad, nada impide entender que el principio de inocencia comprende la prohibición de la condena dubitativa, pues, es precisamente, en la zona incierta de la duda, en la incertidumbre sobre los hechos, o lo que es lo mismo, ante la insuficiencia de las pruebas, donde encuentra su máxima expresión la aplicación del principio en estudio como regla de juicio. Del enlace entre la “*regla de juicio*” del “*indubio pro reo*” y el principio de inocencia, resultan otras consecuencias como la falta de prueba suficiente sobre la culpabilidad del acusado que determina su absolución, aunque no resulte claramente establecida su inocencia; a causa de ello, se dice que al acusado no le corresponde la carga de probar su inocencia, ya que ésta inicialmente se presume cierta y, por ello, la actividad probatoria encaminada a demostrar la culpabilidad del imputado, corresponde exclusivamente a los acusadores.

La presunción de inocencia condensa varios axiomas: la culpabilidad no existe mientras no haya sido declarada y sólo la sentencia judicial tiene virtualidad para hacerlo; en el momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades de pronunciamiento, condena o absolución, que se corresponden con las dos únicas

⁷¹ Art. 5 “En caso de duda el juez considerará lo más favorable al imputado”.

situaciones que cabe examinar, la culpabilidad o la inocencia; la culpabilidad, implica la adquisición de un grado de certeza sobre la realización del hecho imputado, de tal manera que sólo la prueba plena es válida para establecerla; la falta de certeza, es decir, la duda equivale a la inocencia, resultando preferible la absolución de un culpable que la condena de un inocente; el imputado no tiene que demostrar su inocencia ni puede ser tratado como culpable, pues goza de la misma posición jurídica que un inocente; no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, aspectos de la culpabilidad que no precisen ser demostrados.⁷²

Todas estas consecuencias del principio de inocencia son en realidad, derivaciones de la idea del juicio previo y, por eso, se manifestó anteriormente que es el principio de jurisdiccionalidad, que impide que exista culpa sin juicio, el que postula la presunción de inocencia del imputado. Este conjunto de principios delimitan el *status jurídico del imputado*, que no puede ser otro que el de libertad. La inocencia es sólo un concepto referencial que se tiene en cuenta cuando existe alguna posibilidad de que una persona sea culpable. La situación normal de los ciudadanos es la de libertad y ésta es la que corresponde a los inculpados en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente establecida.

Reconocer que el principio de inocencia no se opone a la aplicación de medidas de coerción procesal, no quiere decir que éstas puedan aplicarse sin límite alguno. Al contrario, la afirmación que durante el curso del proceso el imputado no pueda ser tratado como culpable, supone que no puede ser sometido anticipadamente a una pena, pues repugna a la idea del Estado de Derecho anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal. Si ello es así, resulta lógico pensar que los fines que justifican la adopción de la prisión provisional no pueden ser los mismos que aquéllos que legitiman la aplicación de una pena. De acuerdo con esto, el recurso a la prisión preventiva es admisible, únicamente, para asegurar los fines propios del proceso

⁷² López Ortega, Juan José., “Principios y Garantías en el Proceso Penal” en Casado Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Justicia de Paz, Impresa Modelo

penal, como son la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal, que ciertamente pueden ser puestos en peligro con la conducta del inculpado. La legislación procesal se refiere a ellos, al admitir la detención provisional ante la incomparecencia del imputado sin motivo legítimo (Art. 393.1 del Código Procesal Penal), que persigue a impedir la frustración del proceso evitando la fuga del reo; también cuando el imputado pueda obstaculizar un acto concreto de investigación (Art. 293.2 del mismo cuerpo legal), que busca a asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de los elementos de prueba.

Existen dos finalidades más que pueden justificar la aplicación de la prisión provisional, que son sin duda alguna, las que mayores dificultades presentan: las finalidades de prevención y defensa social. Sin embargo, se deja claro que los fines preventivos son propios de la pena, se proyecta sobre el futuro, como amenaza general para disuadir a la población de que no cometa delitos (prevención general), o como acción dirigida específicamente contra el autor de delito para evitar la comisión de otros nuevos (prevención especial).

Para concluir, como ya se ha señalado, en el proceso penal, el imputado debe ser tratado como inocente hasta concluido el juicio previo. A pesar de lo anterior, las normativas constitucionales y secundarias dejan abierta la posibilidad de que en la sustanciación del procedimiento pueden aplicarse medidas coercitivas personales que afectan sustancialmente la libertad física de las personas. En su oportunidad, se señalarán los requisitos para la aplicación de las medidas cautelares y en mayor detalle los requisitos para la aplicación de la detención provisional, pero en este punto deben también sujetarse a ciertos límites racionales que emanan de la presunción de inocencia y que son la excepcionalidad y la proporcionalidad.

Se debe considerar la prisión preventiva como una medida de aplicación excepcional, ya que si el proceso penal rige una presunción de inocencia a favor del imputado, la detención provisional no podrá aplicarse como regla general, sino como

excepción a la regla misma, que debe ser la libertad del imputado durante el proceso y la medida cautelar de prisión deberá aplicarse cuando resultare absolutamente necesario, por las razones procesales ya explicadas. Sólo de esta forma resulta claro que la prisión preventiva debe ser una medida de coerción personal de aplicación excepcional. En tal sentido, los ordenamientos jurídicos que regulan la aplicación de dicha medida y la ejecución de forma automática ante la presencia de escasos presupuestos, son violatorias a la presunción de inocencia en su derivación de la excepcionalidad, puesto que la aplicación de la detención no puede ser de ninguna manera obligatoria.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

“La doctrina dominante acepta que la igualdad, más que un derecho fundamental autónomo o aislado es un principio informador del ejercicio de los derechos fundamentales. La igualdad carece de contenido propio, funcionando como criterio de desarrollo de los derechos fundamentales”.⁷³ La igualdad como principio jurídico se puede entender de acuerdo a dos concepciones: la tradicional y la contemporánea; esta última, sobre todo, estructurada por la jurisprudencia. En su acepción tradicional, la igualdad significa que varias personas en número indeterminado se encuentran en una misma situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares de las mismas obligaciones y derechos.

La Constitución de la República en el Art. 3 garantiza el derecho a la igualdad al establecer que: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. (...)”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce en su preámbulo, la igualdad al establecer que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en su Art. 2 indica que

⁷³ Bertrand Galindo, Francisco, “Manual de Derecho Constitucional”., Primera Edición 1992, Tomo II, cit., pág., 795.

“(…) la igualdad ante la ley e igualdad de deberes, (...)”. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contempla la igualdad ante la ley en su Art. 26⁷⁴; asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos la contempla en el Art. 1.⁷⁵

El Código Procesal Penal en el Art. 14 establece que: “Los fiscales, el imputado, su defensor, el querellante, sus representantes y los demás intervinientes, tendrán la misma posibilidad de ejercer durante el procedimiento las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, en este Código y demás leyes”. El derecho a la igualdad se concreta en el derecho que asiste a la defensa de tener las mismas posibilidades que la acusación, en particular el derecho a ser oído y a intervenir en la prueba en las mismas condiciones que la acusación. Por ello, se dice que un aspecto que incorpora la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio es el derecho que se reconoce al imputado en relación con la producción de la prueba, como derecho a probar y a controlar la prueba del adversario, que indudablemente se vincula con el carácter contradictorio del proceso. El principio de contradicción es una consecuencia de la configuración del proceso de partes, que se extiende a todas las fases del procedimiento, es decir, tanto a la instrucción como al juicio oral, aunque sea en este último donde se encuentra su ámbito natural de desenvolvimiento. Responde además, a la exigencia de preservar el principio de igualdad dentro del proceso, reconociendo a cada una de las partes, acusación y defensa, las mismas oportunidades de alegar y probar con que cuenta la parte contraria. De esta forma, se trata de reducir al mínimo el desequilibrio real que en el proceso penal existe entre quien acusa y quien soporta la acusación, dotando al imputado de facultades equivalentes a las de los órganos encargados de la persecución penal para defenderse de la imputación. Por ello, frente a cada alegato, prueba o en general actividad procesal desarrollada por una de las partes, debe reconocerse a la contraria la posibilidad de desarrollar otra equivalente.

⁷⁴ Art. 26 “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...)”.

Si se trata de la investigación preliminar, no hay más remedio que reconocer que el principio de igualdad no rige en toda su plenitud. La función primordial de este período procesal es averiguar las circunstancias que rodean la realización de un hecho punible y asegurar las pruebas; en este momento, es claro que los intereses del Estado vinculados a la eficacia en la persecución prevalecen frente a los intereses individuales del imputado, a cuyo favor, no obstante, se reconocen ciertos derechos, sin los cuales no se podría afirmar el funcionamiento de un Estado de Derecho, pero que, en modo alguno, permiten afirmar la existencia de una auténtica igualdad de trato entre la autoridad estatal encargada de la investigación y la persona perseguida, sea cual sea la autoridad estatal encargada de promover la persecución de los delitos. Por ello, sólo el Art. 241.9 del Código Procesal Penal⁷⁶, impone a los oficiales y agentes de la policía la obligación de asegurarse de la intervención del defensor, en los supuestos expresamente previstos, como sucede cuando se trate de recibir declaración al detenido Art. 242⁷⁷ del mismo Código o asegurar las fuentes de prueba Art. 270⁷⁸ del mismo cuerpo legal.

Es claro que el juicio oral rige en toda su plenitud del principio de igualdad; el juicio es el momento del proceso en el que acusador y acusado se enfrentan en plena situación de igualdad, a la manera de un auténtico proceso de partes, hasta el punto de que las facultades que se otorgan a uno son equivalentes a las de la parte contraria: la acusación da lugar a la contestación de la defensa, ambos pueden probar los hechos en que fundan sus respectivas pretensiones, al tiempo que se les reconocen facultades para

⁷⁵ Art. 1 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, (...)”.

⁷⁶ Art. 291.9 “Los oficiales y agentes de la policía tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes: (...) numeral 9. Asegurar la intervención del defensor en los términos que prevé este Código y facilitarle las diligencias instruidas contra el imputado, así como toda la información necesaria para su defensa”.

⁷⁷ Art. 242 del Código Procesal Penal “Antes de dirigir cualquier pregunta al imputado, los miembros de la policía le solicitarán el nombre del abogado defensor, el que se tendrá por designado con la simple comunicación verbal o escrita, o por la designación hecha por cualquier otra persona en nombre del imputado, siempre que éste acepte esa designación. El imputado deberá entrevistarse previamente con su defensor, antes de contestar cualquier interrogatorio”.

⁷⁸ Art. 270 del Código Procesal Penal “En todo momento que fuere necesario practicar actos o diligencias tales como registros, pericia, inspecciones y otros que por su naturaleza característica sean considerados como definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no será posible incorporarse durante la vista pública, cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice. (...)”.

controlar la prueba del adversario; y ambos valoran la prueba realizada para orientar a su favor la decisión del Tribunal.

4. LA GARANTIA DE LA INVIOLABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO

Frente al ejercicio arbitrario de la potestad punitiva del Estado, la inviolabilidad de la defensa en juicio es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano. El Art. 9 del Código Procesal Penal establece que “Será inviolable la defensa en el procedimiento (...)”. En ese sentido, la inviolabilidad de la defensa consiste en la facultad del imputado de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.⁷⁹ Esta garantía actúa y se sitúa en el núcleo mismo de la idea de proceso, que no se concibe sin posibilidad de defensa; actúa en conjunción con las demás garantías procesales, que sólo encuentran sentido si en el proceso resultan respetados los derechos de la defensa. Ninguna duda existe de la preocupación a cargo de la Constitución de la República en proteger al individuo frente al error y el perjuicio y, por ello, el poder estatal en la investigación de los delitos es un poder limitado, sujeto a reglas. Sin embargo, esta limitación del poder del Estado en la averiguación de los delitos sería incompleta e ineficaz si cada individuo no tuviera oportunidad de comprobar por sí mismo la vinculación del Estado al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pues bien, la garantía a través de la cual se hacen efectivas tales posibilidades de control es la inviolabilidad de la defensa en juicio que se enlaza con el derecho de cada ciudadano al respeto de la dignidad propia de toda persona.

Se trata de un derecho fundamental, porque está especialmente garantizado por la Constitución de la República en el Art. 12. Inc. 2 el cual indica que “La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de

⁷⁹ Casado Pérez, José María “Código Procesal Penal Comentado” Tomo I, Primera Edición 2001, Impresos Maya cit., pág., 44.

las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en la diligencias de los órganos auxiliares...”. El Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos garantiza este principio cuando expresa que “Toda persona acusada de delito...en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

5. LAS GARANTIAS ORGÁNICAS DEL PODER JUDICIAL: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y PREDETERMINACIÓN

Ya se ha dicho que el principio de jurisdiccionalidad conlleva, como una de sus manifestaciones más características, que la pena sólo pueda ser aplicada en un proceso regular en el que se verifique la imputación, ya que si la pena solo puede ser aplicada por los tribunales, mediante la sentencia firme de condena, estos necesariamente han de utilizar el medio, que es el proceso para imponerla.

El principio de jurisdiccionalidad engloba una importante consecuencia que caracteriza el modelo de juez: la función del juez no se concibe sin la garantía de imparcialidad; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Art. 26 establece que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída de forma imparcial y pública...”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14.1 indica que “Toda persona tendrá derecho a ser oída...por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley”. Similar disposición se encuentra en el Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La noción de imparcialidad describe la función del juez como la de aquél que, no siendo parte en el litigio, debe decidir sin interés, que no haga peligrar la confianza en su imparcialidad, mediante la sujeción en exclusiva al imperio de ley. El juez es independiente de cualquier voluntad ajena a la ley; la sujeción sólo a la ley expresa la colocación institucional del juez, que se hace patente en el requisito de imparcialidad y

tiene su justificación en dos valores: la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales.

El modelo acusatorio del proceso penal, la noción general de imparcialidad, además de esta genérica vinculación del juez a la ley, supone una garantía de objetividad de éste en relación con el caso que se somete a su jurisdicción. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez exige que se encuentre garantizada su imparcialidad en relación con los intereses de las partes; su independencia de los otros poderes del Estado, y su predeterminación; es decir, la exclusión de cualquier forma de manipulación de los poderes del Estado para asignar un caso a un magistrado determinado. La primera señal de identidad del proceso acusatorio es la separación del juez de la acusación, que supone la configuración del proceso judicial como un proceso de partes, acusado y defensor, ocupando el juez una posición neutral, imparcial, la que corresponde a un tercero.

La independencia del juez de cualquier otro poder del Estado, es la segunda garantía orgánica que incluye la noción del juicio previo; independencia equivale a ausencia de cualquier clase de subordinación en el oficio de juez y, más en concreto, ausencia de cualquier clase de subordinación jurídica; esto es, que los jueces y magistrados no estén sujetos en el ejercicio de su función a órdenes o instrucciones de nadie. Pero el ámbito de eficacia de esta garantía comprende no sólo la independencia de la función judicial frente a los poderes externos a ella y, en particular, al poder ejecutivo, sino también al magistrado en calidad de individuo frente a los poderes o jerarquías internas de la propia organización judicial, en cuanto puedan interferir la autonomía de la decisión judicial. Se trata de sustraer al juez de las presiones que puedan provenir del resto de la magistratura sobre el modo de ejercer la función jurisdiccional. A este respecto, el Art. 3 inc. 5 del Código Procesal Penal⁸⁰ ha venido a

⁸⁰ Art. 3 inc.5 “En caso de interferencia en el ejercicio de su función, el juez informará a la Corte Suprema de Justicia los hechos que afecten su independencia. Cuando la interferencia provenga de la propia Corte Suprema de Justicia, de alguno de sus magistrados o de otro tribunal, el informe será presentado, además a la Fiscalía General de la República y al Consejo Nacional de la Judicatura”.

establecer que los jueces y magistrados también son independientes respecto de todos los órganos del Estado.

La última garantía orgánica es la del juez predeterminado por la ley y la prohibición de jueces especiales, que se vincula con las garantías previas de imparcialidad e independencia, pues, en efecto, estas garantías solo se encontrarán suficientemente aseguradas en la medida que existan medios para evitar la elección por alguna autoridad del juez que ha de juzgar el caso. Éste es, por lo demás, el sentido originario de la garantía, como reacción contra las injerencias en la justicia del monarca absoluto, mediante la prohibición de sustraer al ciudadano del juez que la ley asigne, así como la prohibición de realizar avocaciones.⁸¹ Por esta razón, la Constitución y las Convenciones internacionales sobre derechos humanos incluyen la exigencia de que el tribunal sea establecido por la ley.

La predeterminación por ley significa, en última instancia, la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces *ad hoc*.⁸²

Por otro lado, la exigencia de que el juez sea el legalmente predeterminado encubre una importante cuestión en relación con la concreción de la predeterminación. Las soluciones propuestas, son básicamente, las dos siguientes: la determinación del juez ha de ser anterior al hecho que se trate de enjuiciar o, simplemente, basta con que sea anterior al inicio del proceso. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Art. 26 establece que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho... a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes...”. También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁸¹ López Ortega, Juan José, “Principios y Garantías en el Proceso Penal”, en Casado Pérez, José María, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Justicia de Paz junio 2000, cit., pág., 69.

⁸² Idem. Cit., pág., 72.

en el Art. 6.1 impone idéntica exigencia. De acuerdo con ello, tanto la Constitución de la República como el Código Procesal Penal han optado por exigir que la determinación del juez sea anterior al hecho que se ha de enjuiciar. Así, el Art. 15 de la Constitución dispone: “Nadie puede ser juzgado sino(...) por lo tribunales que previamente haya establecido la ley”; similar disposición contiene el Art. 2 del Código Procesal Penal en el que se establece que “Toda persona a la que se impute un delito o falta, será procesada conforme a las leyes preexistentes al hecho delictivo de que se trate y ante un tribunal competente, instituido con anterioridad por la ley”.

CAPÍTULO V

I. LA DETENCIÓN PROVISIONAL COMO MEDIDA CAUTELAR.

El proceso de reforma de la justicia penal en El Salvador, es uno de los mejores intentos por modernizar, democratizar y humanizar el ejercicio del poder punitivo del Estado, en la búsqueda de un justo balance que garantice tanto la protección de los derechos de las víctimas de los delitos, como las garantías que corresponden a toda persona acusada de cometerlos.

Pero uno de los aspectos centrales de la reforma, ha sido la búsqueda de soluciones legales a la grave situación penitenciaria, caracterizada por el hacinamiento de personas en lugares infrahumanos, que lejos de cumplir con el mandato Constitucional de la readaptación de los delincuentes, más bien fomenta la reincidencia para delinquir, dando lugar a un círculo vicioso de criminalidad en el que la cárcel, llamada a evitar los delitos, se vuelve reproductora de los mismos y por consiguiente, genera inseguridad tanto a las personas internas como a las que viven en libertad.

El hacinamiento, sin embargo, no ha sido en sí el principal problema de las cárceles salvadoreñas, sino una consecuencia del uso generalizado de la prisión como pena anticipada, por medio de la detención provisional; así como la ausencia o limitada existencia de sanciones diferentes a la pena de privación de libertad. En efecto, las principales necesidades de las personas privadas de libertad han sido la agilidad de los procesos judiciales para remediar el problema de los presos sin condena, cuyo porcentaje ha oscilado entre el 90% y 70% en la década de los noventa, así como la obtención de la llamada “media pena”; es decir, la libertad condicional por el cumplimiento de la mitad de la condena de privación de libertad.

En diciembre de 1996, fue aprobado el nuevo Código Procesal Penal y en abril de 1997, sucedió lo mismo con el nuevo Código Penal y la nueva Ley Penitenciaria. Uno de los primeros pasos para la solución de este grave problema se había dado, a pesar de que la vigencia de dichos cuerpos normativos, sólo se hizo

efectiva a partir del 20 de abril de 1998. Las innovaciones que la nueva normativa penal presenta para contrarrestar los efectos perniciosos del uso extendido de la cárcel, se encuentran diseminadas en los tres cuerpos legales. El núcleo de estos cambios está conformado por penas alternativas a la prisión, beneficios penitenciarios y alternativas a la prisión preventiva.

El Código Penal establece tres nuevas formas de penas: el arresto domiciliario, el arresto de fin de semana y el trabajo de utilidad pública. Estas dos últimas, junto a la pena de multa, se establecen como reemplazo obligatorio de la prisión cuando la pena privativa de libertad sea superior a seis meses y no exceda de tres años, por igual tiempo de arresto de fin de semana o de trabajo de utilidad pública.

De igual manera, el Código Penal establece los llamados beneficios penitenciarios, que son la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional y la libertad condicional anticipada. Tanto la suspensión condicional de la pena como la suspensión extraordinaria de la misma, están establecidas para delitos cuya pena de prisión no exceda de tres años, por lo que sus efectos son limitados respecto de la mayoría de la población privada de libertad, generalmente por condenas superiores a tres años.

Por su parte, el Código Procesal Penal establece las medidas sustitutivas de la detención provisional, entre las que destacan el arresto domiciliario, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse con periodicidad ante el juez, la prohibición de salir del país o de un ámbito geográfico más reducido, la prohibición de concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas y la prestación de una garantía económica por el propio imputado.

El espíritu y la letra de éstas y otras disposiciones contenidas en las nuevas leyes penales, buscaban ante todo reducir la población privada de libertad por

imposición de una pena, o como producto de uso de la detención provisional. En los primeros meses de la entrada en vigencia de la nueva normativa, los resultados no se hicieron esperar. Antes de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal se mantenían privadas de libertad 9219⁸³ personas; a finales de diciembre de 1998, o sea, ocho meses después de la entrada en vigencia de dicho Código, la población penitenciaria era de 6969⁸⁴ personas, lo que implica una reducción en términos absolutos de 2250 personas, es decir, un 24% menos.

Sin embargo, a pesar de tal reducción, el porcentaje de los llamados “presos sin sentencia” a finales de 1998, era del 78% que es una de las cifras mas altas registradas a finales de la década de los noventa, y por otra parte, continuaba el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, dado que en conjunto estos estaban diseñados originalmente para albergar 5955 personas; es decir, había un exceso de 1014 personas.

Un año después, a finales de diciembre de 1999, la cifra total de personas privadas de libertad, prácticamente era la misma, pero en cambio se había logrado reducir el porcentaje de presos sin condena. El número total de personas internas en establecimientos penitenciarios era de 6892, lo que significa un incremento de 77 personas en relación con diciembre de 1998, mientras habían 4, 747 personas bajo detención provisional ⁸⁵, que representaban el 69%, lo que indica una reducción de nueve puntos en relación al porcentaje de 78% del mes de diciembre de 1998.

Según datos proporcionados por la Dirección General de Centros Penales, al 22 de septiembre de 2000, la población había crecido en 697 individuos de modo que a dicha fecha se encontraban 7589 personas privadas de libertad. Pero lo más importante es que a pesar de ese aumento, solamente 4369 estaban bajo detención

⁸³ Existencia de internos por Centro Penal al 17 de abril de 1998. Ministerio de Gobernación. Dirección General de Centros Penales. Estadística y Registro General de Delincuentes.

⁸⁴ Existencia de internos por Centro Penal al 25 de diciembre de 1998. Ministerio de Gobernación. Dirección General de Centro Penales. Estadística y Registro General de Delincuentes.

⁸⁵ Existencia de internos por Centro Penal al 22 de septiembre del 2000. Ministerio de Gobernación. Dirección General de Centro Penales. Estadística y Registro General de Delincuentes.

provisional⁸⁶, que equivalen al 57.57% de toda la población reclusa, muy probablemente el porcentaje más bajo en toda la historia penitenciaria del país; lo anterior puede ser considerado como un gran logro, el cual se debió al uso de las medidas alternativas a la detención provisional, las penas sustitutivas de la prisión, los beneficios penitenciarios y a las salidas anticipadas del proceso, pero también a la falta de eficacia de la investigación y captura de las personas contra las que se emiten órdenes de detención provisional, tal como se verá más adelante al analizar la información que se presenta a continuación.

Cuadro N°1
Tipo de resolución de los conflictos penales en el marco del nuevo proceso penal desde el 20 de abril de 1998 al 30 de junio de 2001.⁸⁷

Tipo de resolución	1998⁸⁸	1999	2000	2001	Total	%
Desestimaciones	2,294	4,619	5,707	6,370	18,990	16.82
Sobreseimientos provisionales		4,368	5,292	3,778	13,438	11.90
Sobreseimientos definitivos	3,702 ⁸⁹	3,080	5,609	3,970	16,361	14.49
Conciliaciones	5,713	9,222	8,463	4,413	27,811	24.63
Criterios de oportunidad	228	358	506	153	1,245	1.10
Suspensión Con. del proc.	63	190	339	162	754	0.67
Procedimiento Abreviado	81	640	1,022	807	2,550	2.26
Sentencia absolutoria	240	1,111	1,002	1,208	3,561	3.15
Sentencia Condenatoria	231	1,197	1,196	1,377	4,001	3.54
Subtotal: Causas	12,552	24,785	29,136	22,238	88,711	78.56

⁸⁶ Existencia de internos por Centro Penal al 17 de diciembre de 1999. Ministerio de Gobernación. Dirección General de Centro Penales. Estadística y Registro General de Delincuentes.

⁸⁷ Fuente: estadísticas de la Fiscalía General de la República, el cual se encuentra actualizado hasta esa fecha ya que fue la información que proporcionaron.

⁸⁸ Fuente: Estadísticas de la Fiscalía General de la República, del 20 de abril al 31 de diciembre de 1998.

⁸⁹ Las cifras registradas no distinguen entre sobreseimiento provisional y definitivo, se ha colocado todas como sobreseimientos definitivos, debido a que después de un año se convierten en estas.

evacuadas						
Casos pendientes, suspendidos o archivados	3,268	3,927	4,408	12,604	24,207	21.44
Totales	15,820	28,712	33,544	34,842	112,918	100%

Lo más importante de esta información, es que con la vigencia del nuevo proceso penal, el sistema judicial ha aumentado ampliamente su capacidad de evacuación o resolución de casos ingresados, con relación a la falta de capacidad que existía con la vieja normativa penal. Entre abril de 1998, fecha de entrada en vigencia de la nueva normativa penal y junio de 2001, ingresaron al sistema judicial 112,918 causas, de las cuales fueron evacuadas 88,711 que representan el 78.56 % del total ingresado, muy por encima de los porcentajes de evacuación que tenía el sistema judicial en años anteriores con la normativa derogada, que oscilaban entre el 27.70% y 43.20 %, tal como se indica en la información siguiente:

Cuadro N° 2
Composición de las resoluciones penales con la antigua normativa penal.⁹⁰

Año	Porcentaje de evacuación	Sobreseimiento	Sentencia Absolutoria	Sentencia Condenatoria
1993	27.7%	78.5%	9.3%	12.2%
1995	43.2%	87.3%	6.3%	6.4%

Del total de causas ingresadas al Sistema Judicial bajo la vieja normativa penal, sólo fueron evacuadas el 27.7%, tomando este dato como el 100% por lo que el 78.5%, equivale al 21.74% del total de las causas ingresadas al sistema, terminaban en sobreseimiento; mientras 9.3%, o sea 2.57% del total de causas ingresadas, tuvieron sentencia absolutoria y 12.2% de las causas evacuadas, que representan el 3.37% del total de causas ingresadas, terminaron en sentencia condenatoria. En 1995, la capacidad de aumentó en 43.2% de los que el 87%, equivalente al 37.71% del total de casos evacuados, que significa 2.72% del total de

⁹⁰ Fuente: Las nuevas realidades. Estadísticas sobre la administración de justicia 1995 y censo de la población penitenciaria 1996. Proyecto de Reforma Judicial II, 1996, pág. 11.

ingresados, tuvieron sentencia absolutoria y el 6.4% de causas resueltas; es decir, 2.76% del total de causas ingresadas, tuvieron sentencia condenatoria. Comparando estas cifras en los distintos periodos se obtiene lo siguiente:

Cuadro N° 3
Porcentajes de sobreseimientos, sentencias condenatorias y sentencias absolutorias en relación al total de causas ingresadas al Sistema Judicial en los períodos 1993, 1995 y abril de 1998 a junio de 2000⁹¹

Tipo de resolución	Porcentaje 1993	Porcentaje 1995	Porcentaje entre abril 1998 y junio de 2000
Sobreseimientos	21.74%	37.71%	26.79%
Sentencia absolutoria	2.57%	2.72%	3.04%
Sentencia condenatoria	3.37%	2.76%	3.32%

Por otra parte, de acuerdo a la información del cuadro N° 1, desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal, de un total de 88,711 casos iniciados por la Fiscalía General de la República, solamente se lograron realizar 7562 audiencias de juicio, de las que 3561, es decir, el 3.15% tuvieron una resolución absolutoria, y 4001, es decir el 3.54% tuvieron sentencia condenatoria. Esta información también indica que las salidas alternativas o anticipadas del proceso operaron en el 70.77 % de los casos, pero las verdaderamente significativas son la conciliación con en el 24.63; la desestimación con 16.82%, el sobreseimiento que en definitivo y provisional suman 26.39 %. En conjunto estas tres medidas, suman el 2.93% y el resto, como los criterios de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento abreviado, apenas superaron en conjunto el 2.93%.

Con toda esta información recabada como grupo se puede afirmar que con la nueva normativa penal el sistema judicial es más eficiente, por cuanto ha logrado evacuar el 70.77%, de las causas ingresadas, mientras que con la vieja normativa más

⁹¹ Idem.

alta era de 43.2 %. Sin embargo, la capacidad de sometimiento de causas a juicio, no se han incrementado considerablemente, puesto que en 1195 del total de causas ingresadas al sistema, fueron sometidas a juicio el 5.48%, mientras que entre abril de 1998 y diciembre del 2001, se llevaron a juicio el 6.69 % del total de causas ingresadas. Igual ocurre con la capacidad de condena. En 1995, del total de casos recibidos por el Sistema Judicial, terminaron en sentencia condenatoria el 2.76% mientras que entre abril de 1998 y junio de 2000, se logró la condena de 3.32% de las causas ingresadas. En cuanto a la capacidad de absolución, la situación es similar: en 1995 fueron absueltas el 2.72% de causas ingresadas, mientras que con la nueva normativa penal, hasta diciembre de 2001 se ha logrado absolver el 3.15%.

Cuadro N°4
Consolidado de los Mecanismos Alternos al Juicio⁹²

Mecanismos Alternos al juicio	Período			
	1998	1999	2000	2001
1. Criterio de Oportunidad	228	541	511	336
2. Susp. Condicional del Proced.	63	190	321	443
3. Proceso Abreviado	81	640	1059	929
4. Conciliación	5,713	9,108	8,465	6,198
5. desestimaciones	2,294	4,619	5,707	5,724
TOTALES	8379	15,098	16,063	13,630

En consecuencia, la mayor capacidad de evacuación del sistema judicial no radica en que se ha incrementado la capacidad de someter los procesos a juicio, sino que tal como se esperaba lo determinante ha sido la utilización de las salidas alternativas anticipadas del nuevo proceso penal, entre las que se destacan la

⁹² Fuente: Mecanismos Alternos al Juicio, Leonardo Ramírez Murcia, Editorial e imprenta de la Universidad de El Salvador, septiembre de 2000.

desestimación, la conciliación y el sobreseimiento, que por cierto se mantiene en proporciones similares a las que se obtenían con el viejo proceso penal.

Mantener similares porcentajes de sobreseimiento y la misma o similar capacidad de sometimiento a juicio y de sentencias condenatorias, significa, en buena medida, que se mantiene la misma falta de capacidad de detección, recolección y presentación de pruebas en el proceso penal; es decir, se mantienen los problemas de falta de eficacia en la investigación criminal y probablemente esto ocurra en los delitos más graves como en el homicidio, tal como ocurría antes de entrar en vigencia la nueva normativa penal, ya que según mediciones realizadas por el Consejo Nacional de Seguridad Pública, del total de homicidios conocidas en 1996 (6792) se detuvo a 415 personas que conforman el 6.11% de las detenidas por el total de homicidios conocidos .

En 1997, con datos de enero a junio, el porcentaje aumentó a 8.17%, es decir, 280 personas fueron detenidas por 3.426 homicidios conocidos.⁹³

Estos porcentajes resultan más altos que el porcentaje de eficacia real, ya que no es lo mismo detener a una persona que poder demostrar en el transcurso del proceso correspondiente, su culpabilidad en el o los delitos que se atribuyen⁹⁴, tal como puedo observarse en la información anterior.

“En este sentido como grupo se considera que la tendencia ascendente de aplicar cualquiera de las medidas alternas al juicio, viene a dar otra opción al juzgador, para no aplicar la detención provisional”.

Cuadro N°5⁹⁵

Medidas cautelares en la audiencia preliminar aplicadas durante 1998⁹⁶ y 1999

⁹³ Ib, págs. 10 y 11 El nivel de “eficacia” investigadora más alto se encuentra e lo que atañe a los secuestros. Durante 1996 se detuvieron 88 personas por 161 secuestros conocidos, lo que arroja una media de 54.66%; de junio a diciembre de 1997, se detuvieron 39 personas por 54 secuestros conocidos, de lo que resulta el promedio de 72.22%. En el resto de los delitos de los que se reportan cifras, el nivel de “eficacia” promedio es de 25% en 1996 y 24% en 1997.

⁹⁴ Consejo Nacional de Seguridad pública. Proyecto para el fortalecimiento y desarrollo de la función de investigación criminal. San Salvador, 1997, Pág. 9.

⁹⁵ Fuente: Estadísticas de la Fiscalía General de República.

Tipo de Medida	1998		1999.	
	N°	%	N°	%
Detención provisional	574	41.99	864	41.26
Arresto domiciliario	63	4.61	54	2.58
Cuidado o vigilancia	61	4.46	89	4.25
Presentación periódica ante juez	272	19.90	381	18.20
Prohibición de salir del país	218	15.95	301	14.38
No concurrir a lugares	56	4.10	155	7.40
No comunicarse con personas	51	3.73	141	6.73
Caución económica	72	5.26	109	5.20
Totales	1,367	100	2,094	100

Se puede observar que durante los primeros ocho meses de la vigencia de las nuevas leyes penales, se hizo uso de la detención provisional en el 41.99% de los casos que pasaron de la audiencia preliminar al juicio, mientras que se recurrió a otra medida cautelar en el 58.01 por ciento de las ocasiones que se pasó a la fase del juicio.

Sin embargo, esta interpretación debe ser tomada con reserva, puesto que los datos registrados indican la frecuencia con que se hace uso de una u otra medida cautelar, pero no es exactamente el porcentaje en que se usa en relación al total de los casos, ya que los jueces pueden interponer una sola de las medidas cautelares alternativas a la detención provisional, o combinar varias de ellas, tal como lo establece el artículo 295 inciso segundo, del Código Procesal Penal.

⁹⁶ Del 20 de abril al 31 de diciembre de 1998.

Por lo tanto, el porcentaje de la detención provisional podría elevarse más del 41.99%, porque, por ejemplo, el total de 1367 medidas aplicadas en 1998, no necesariamente corresponde a igual número de casos, ya que muchas personas podrían al mismo tiempo estar bajo arresto domiciliario y sometidas a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez. Esto haría reducir el total de situaciones en que se aplicó otro tipo de medidas, en relación a las ocasiones en que se usó detención provisional y de este modo el porcentaje de esta última aumentaría.

En otras palabras, no es totalmente cierto que se haya hecho uso de la detención provisional sólo en el 41.99% de las ocasiones en que se llevó una causa a juicio en 1998, ni sólo en el 41.26% de ocasiones en 1999, sino que dichos porcentajes pueden haber sido superiores.

Lo que sí es cierto es que la detención provisional ha sido la medida cautelar más utilizada, en un porcentaje no inferior al 41.99% de las causas que pasan de la audiencia preliminar a la audiencia de juicio en 1998 y en un porcentaje no inferior al 41.26%, en 1999.

Dichos porcentajes son más del doble de la frecuencia con que se hizo uso de la segunda medida cautelar más utilizada, como es la obligación de presentarse periódicamente ante el juez con 19.90% en 1998 y 18.20% en 1999.

La tercera medida más utilizada fue la prohibición de salir del país con el 15.95%, en 1998 y 14.38%, en 1999. El resto de medidas cautelares fueron utilizadas en porcentajes iguales o inferiores al 5.26%, en 1998 e iguales o inferiores a 7.40%, en 1999. Llama la atención el crecimiento de tres puntos porcentuales o más, respecto del primer período que tuvieron las medidas de prohibición de concurrir a determinados lugares o reuniones con 7.40%, en 1999, frente a 4.10%, en 1998 y prohibición de comunicarse con determinadas personas 6.73%, en 1999, frente a 3.73%, en 1998.

Cuadro N° 6 **Medidas cautelares en audiencia inicial aplicadas durante 2000 y 2001⁹⁷**

⁹⁷ Fuente. Estadísticas de la Fiscalía General de la República. En este periodo no se registró el tipo de medidas cautelares aplicadas en la audiencia preliminar.

Tipo de Medida	2000		2001	
	N°	%	N°	%
Detención provisional	8,253	63.75	8,391	68.03
Arresto domiciliario	228	1.76	143	1.16
Cuidado o vigilancia	190	1.47	182	1.47
Presentación periódica ante el juez	1,705	13.17	1,537	12.46
Prohibición de salir del país	1,392	10.75	1,200	9.73
No concurrir a lugares o regiones	410	3.17	365	2.96
No comunicarse con personas	422	3.26	353	2.86
Caución económica	346	2.67	164	1.33
Totales	12,946	100	12,335	100

En el 2000, como resultado de la audiencia inicial, se decretó detención provisional, en por lo menos el 63.75% de los casos, mientras que se utilizaron otras medidas cautelares el 31.97% de ocasiones. En la audiencia inicial, al igual que en la audiencia preliminar de los años anteriores, la segunda y tercera medida cautelar más utilizada ha sido, respectivamente, la obligación de presentarse periódicamente ante el juez con el 12.46% y la prohibición de salir del país con 9.73 %. Según estos datos, durante la primera etapa del proceso se hace uso mayor de la detención provisional que en la etapa intermedia, lo que posiblemente responde al hecho, que después de la audiencia inicial, pueden surgir nuevos elementos de juicio que demuestren que no concurren los motivos que fundaron dicha detención o que vuelvan conveniente su reemplazo por otra medida, tal como lo prescribe el artículo 297 número 1, del Código Procesal Penal. Sin embargo, también es probable que el

mayor porcentaje de utilización de la detención provisional en las audiencias iniciales entre enero y junio de 2000 se deba a la introducción de una reforma al Art. 294⁹⁸ del Código Procesal Penal, que establece la no sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar en una serie de delitos.

Por falta de datos sobre el uso de las medidas cautelares en la audiencia inicial durante los años 1998 y 1999, desafortunadamente no se pueden comparar en tales períodos el uso de la detención provisional respecto de lo registrado en el 2000 y 2001. Tampoco se pueden comparar las tendencias en los tres años en lo que toca a la audiencia preliminar, por que en los registros desde el 2000 no aparecen esos datos. Lo único que se puede comparar son las resoluciones de instrucción con o sin detención provisional, tal como aparecen a continuación:

Cuadro N° 7
Comparación sobre resoluciones de instrucción con o sin detención provisional durante los años 1998, 1999, 2000 y 2001.⁹⁹

Tipo de resolución	1998		1999		2000		2001	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Instrucción con detención Provisional	4,603	44%	7,699	42%	8,253	56%	8,391	59%
Instrucción sin detención	5,820	56%	10,426	58%	6,467	44%	5,926	41%

⁹⁸ Art. 294 No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, y aunque el delito tuviera señalada pena superior a la indicada en el número dos del artículo 292 de este Código cuando el imputado no esté sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de substraerse a la acción de la justicia y además el delito no haya producido alarma, podrá sustituirse la detención provisional por otra medida cautelar (No reformado) siendo adicionado a este artículo un inciso 2° por D. L. N° 704, del 9 de septiembre de 1999, P. D. O. N° 183, tomo N° 345, del 4 de octubre de 1999 y reformado por D. L. N° 239, tomo 345, del 22 de diciembre de 1999. Actualmente el inciso segundo dice: “No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, delitos contemplados en la Ley Contra el lavado de Dinero y Activos”.

⁹⁹ Fuente. Estadísticas de la Fiscalía General de la República.

Provisio nal								
Totales	10,423	100%	18,125	100%	14,723	100%	14,317	100%

Durante los períodos de abril a diciembre de 1998 y de enero a diciembre de 1999, 2000 y 2001, los porcentajes de resoluciones de instrucción con y sin detención provisional han percibido una tendencia ascendente, mas en poca escala. Así, en 1998 se decretó instrucción con detención provisional en el 44% de los casos, mientras que en 1999 el porcentaje fue de 42%; en el 2000 fue de 56% y en el 2001 de 59%; en lo que corresponde a los decretos de instrucción sin detención provisional, en 1998 tuvieron un porcentaje de 56% y en 1999, el porcentaje fue del 58%. En ambos períodos, hubo más resoluciones de instrucción sin detención provisional que instrucción con detención. Pero en el año 2000, la tendencia prácticamente se ha invertido respecto de los años anteriores y se han producido más resoluciones de instrucción con detención provisional, en el 58% de los casos, que instrucción sin detención provisional, en el 42% de los casos.

El incremento porcentual de las resoluciones de instrucción con detención provisional que se ha producido durante los años 2000 y 2001, es muy probable que se deba a la introducción de una reforma al Art. 294 del Código Procesal Penal, que establece que aun en los delitos que tuviere señalada pena superior a tres años, podrá sustituirse la detención provisional, cuando el imputado no este sometido a otras medidas cautelares y se pueda creer razonablemente que no tratará de sustraerse de la justicia, y además, el delito no hubiere producido alarma.

Pero no todas las resoluciones de instrucción con detención provisional se han traducido en capturas, pues como se ha explicado anteriormente, la reducción no se debe tanto a la aplicación de alternativas a la detención provisional o a las salidas anticipadas del proceso, sino más bien a la falta de eficacia en la investigación para detectar y capturar a las personas contra quienes se decreta la detención provisional.

De acuerdo con lo antes expuesto, uno de los principales logros de la reforma al Código Procesal Penal, ha sido la aplicación de alternativas a la detención provisional o las salidas anticipadas del proceso, lo cual ha generado una tendencia a

bajar en la aplicación de la detención provisional, pero sí ha quedado claro que las reformas realizadas al mencionado Código han generado un uso generalizado de la detención provisional.

CONCLUSIONES

Como producto del trabajo realizado en torno a la problemática global que surge de la detención provisional en El Salvador, se concluye lo siguiente:

En la Legislación Procesal Penal Salvadoreña, concretamente en los artículos 292 y 293, se establece los presupuestos a considerar por parte del juzgador para efecto de decretar dicha medida. Con la expresión presupuestos, se hace referencia a la razón, causa o motivo de la cautelar como medida de coerción personal en el desarrollo de un proceso penal; sin embargo, toda decisión judicial tiene que indicar que la adopción de una medida de privación de libertad tiene que cumplir con los presupuestos en referencia. Es difícil justificar la aplicación de la detención a una persona que debe ser jurídicamente tratada como inocente, mientras concluido el juicio previo no haya sido declarado culpable. Pero la medida se hace necesaria a fin de que el Estado pueda cumplir con su misión de impartir justicia y hacer que se aplique la ley penal. A pesar de dicha necesidad, el mismo Estado debe procurar que la medida no proporcione un trato de culpable a los procesados.

No obstante, la regulación y la aplicación de la medida cautelar en estudio, encuentra limitaciones al momento de que es confrontada con los principios inspiradores del debido proceso. En este orden de ideas, la presunción de inocencia le franquea ciertos principios rectores a su regulación, para que al momento de aplicarla se altere lo menos posible las garantías fundamentales del procesado. Uno de estos principios es el de la proporcionalidad de la detención provisional, la cual se interpreta que debe estar en proporción a la duración del proceso; lo anterior conlleva la necesidad de fijar límites temporales a la duración de la detención provisional, ya que esta medida no debe sacrificar la libertad del procesado más allá del tiempo indispensable para la práctica de la investigación y por ello la necesidad del plazo, para evitar que recaiga sobre el imputado las consecuencias negativas de la lentitud y defectos investigativos del sistema.

Sin embargo, pese a lo anterior, como grupo se concluye que la detención provisional no funciona como pena anticipada, dado que la actual regulación da la

opción al juzgador de aplicar otras medidas sustitutivas a la detención provisional y por lo tanto se ha evacuado casos en el sistema con relación a la falta de capacidad que existía con la vieja normativa penal, ya que, a manera de ejemplo, entre abril de 1998 a diciembre de 2001, ingresaron al sistema judicial 112, 918 causas, de las cuales fueron evacuadas de distintas formas 88,711 que representan el 78.56% del total ingresado, muy por encima de los porcentajes de evacuación que tenía el sistema judicial en años anteriores con la normativa derogada, que oscilaban entre el 27.70% del total que ingresó en 1993 y 43.20% que ingresó en 1995. En consecuencia, la mayor capacidad de evacuación del sistema judicial, no radica en que se ha incrementado la capacidad de someter los procesos a juicio, sino que ha sido la utilización de las salidas alternas anticipadas, entre las que se destacan la desestimación, la conciliación y el sobreseimiento.

Asimismo, cabe recalcar que durante los primeros meses de las nuevas leyes penales, se hizo uso de la detención provisional en un porcentaje reducido; en 1998 de 1, 367 casos llevados a los tribunales 574 se les aplicó dicha medida, representando un 41.99%, pero se aplicaron otras medidas como el arresto domiciliario con un 4.61% del total; cuidado y vigilancia con 4.46%; presentación periódica ante el juez con un 19.90%, entre otras. Llama la atención que la aplicación de otras medidas alternas a la detención provisional se han seguido aplicando con un número considerable, por ejemplo en el 2001, de los 12, 335 casos llevados ante el juzgador, 4693 se les aplicó otras medidas cautelares distintas a la detención provisional, pero lo que resalta de suma importancia, es el hecho de que la medida en estudio ha disminuido con la nueva normativa penal, ya que los juzgadores utilizan medidas alternativas.

Según datos oficiales referidos por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en 1998, El Salvador ostentaba la cifra más alta de presos sin condena en América Latina, con un porcentaje de 91.2% al 31 de diciembre de 2000, pero dicho porcentaje bajó al 55%, lo que indica que se logró reducir el porcentaje de presos sin condena en 36.2%. Pero lo anterior se ha logrado con las salidas anticipadas y las

medidas cautelares alternativas a la detención, han contribuido a reducir y a evitar un crecimiento desmesurado de la población penitenciaria, pero dicha reducción o falta de crecimiento se debe más a la falta de capacidad para investigar, detectar y capturar a las personas contra quienes se decretan órdenes de detención provisional, por ejemplo, en el primer semestre de 2000 se emitieron 4,208 resoluciones de instrucción con detención, pero el sistema penitenciario sólo reportó un incremento de 697 personas en el mismo periodo. En el 2000, como resultado de la audiencia inicial, se decretó detención provisional de los 14, 723 casos llevados al tribunal, 8, 253 se les decretó instrucción formal con detención provisional representando el 56% del total, y en el 2001, de los 14, 317 casos ingresado, 8, 391 se les aplicó dicha medida, representando el 59% del total; pero lo anterior, se denota que el incremento porcentual de las resoluciones de instrucción formal con detención provisional, es probable que se deba a la introducción de la reforma penal al Art. 294 del Código Procesal Penal, mediante el cual establece que no procederá la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar, en delitos que se cometan con mucha frecuencia como homicidio simple y agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, extorsión y delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, esta reforma aumentó significativamente la aplicación de la medida cautelar en estudio.

Sin embargo, esta interpretación debe ser tomada con reserva, puesto que los datos registrados indican la frecuencia con que se hace uso de una u otra medida cautelar, pero, o es exactamente el porcentaje en que se usa en relación al total de los casos, ya que los jueces pueden interponer una sola de las medidas cautelares alternativas a la detención provisional o, combinar varias de ellas, tal como establece el artículo 295 inciso segundo del Código Procesal Penal.

RECOMENDACIONES

Con base a las conclusiones el grupo recomienda:

1) El porcentaje de 50% presos sin condena, registrado a finales del año 2002, más que como un logro, debe de ser valorado como un desafío, no para mantener ese porcentaje si no para reducirlo aún más y en la medida posible acabar con el uso de la detención provisional anticipadamente.

2) Ampliar el uso de las penas alternativas y sustitutivas a la prisión, para lo cual no puede seguirse atendiendo exclusivamente al criterio de la clasificación de los delitos entre graves y menos graves, en virtud del cual dichas penas solo se aplican a los delitos cuyo límite máximo no exceda de tres años de prisión;

3) Extender el uso de medidas cautelares distintas a la detención provisional, de modo que esta restricción a la libertad de las personas procesadas, sea utilizada como último recurso, tal como lo demandan los tratados internacionales en materia de derechos humanos (Artículo 9, No. 3, parte 2ª, del PIDCP);

4) La disposición incorporada en el año 2000, a la nueva normativa Art. 294 del Código Procesal Penal, deberían ser derogados porque sin aportar nada a la solución de la falta de eficacia del sistema penal, contradice principios constitucionales como la igualdad jurídica, la finalidad de prevención especial positiva de la pena de prisión, la prohibición de la persecución penal múltiple y el uso de la detención provisional como excepción y no como regla general.

5) Introducir mecanismos de solución de conflictos no judicializados en delitos cuya pena sea baja como mediación, compensación o reparación de la víctima.

6) Para suavizar los efectos negativos que en la práctica provoca la aplicación de la detención provisional, es recomendable que se tomen medidas a nivel de Dirección General de Centros Penales, conducentes a la creación de la infraestructura penitenciaria que garantice condiciones mínimas de coexistencia inherentes a la calidad del ser humano, así como también permita la debida separación entre reclusos condenados y procesados, en caso de no ser posible la existencia de centros especiales para estos últimos. Además de implementar las políticas necesarias a fin de que en el interior de los centros penales, los procesados gocen de un tratamiento distinto al que son sometidos los condenados, evitando de esa forma que a los detenidos provisionalmente se les impida la realización de actividades a las que sólo los condenados pueden acceder, y evitar también que en la practica de actividades como el trabajo, el recibimiento de visitas íntimas y familiares, los condenados gocen de ciertas prerrogativas con respecto a los procesados.

7) La proporcionalidad de la detención provisional en relación a la duración del proceso, es un límite racional a la regulación y aplicación de la medida, el cual emana del principio de inocencia. Este límite racional conduce a la necesidad de implementar a nivel normativo, el establecimiento de plazos máximos a la duración de la detención provisional, con el objeto de evitar un sacrificio a la libertad del procesado que supere el tiempo indispensable para que los entes estatales puedan realizar la investigación. Sólo la definición de estos plazos, puede evitar que los defectos operativos del sistema de administración de justicia penal recaiga sobre el imputado, quien gozas del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones injustificadas; por lo que es necesario y recomendable las reformas al ordenamiento jurídico que limiten temporalmente la detención provisional, para ajustar dicha medida a la proporcionalidad que emana de la presunción de inocencia.

8) De mucha importancia resulta sugerir que en el proceso penal salvadoreño se abandone la vieja antinomia “libertad- detención provisional”, situación contemplada desde tiempos antiguos por las constituciones posteriores a la de mil

ochocientos ochenta y seis. La misma Constitución vigente, en su artículo trece inciso tercero establece que dentro el término de inquirir el juzgador está obligado a decretar la libertad o la detención provisional del imputado. En tal sentido, se recomienda se informe el Art. 13 de la siguiente manera:

“Art. 13. Ninguna persona puede ser detenida, sino por causa de delito o falta en virtud de orden escrita dictada de conformidad con la ley por autoridad competente. Cuando un delincuente se sorprendido *infraganti* puede ser detenido por cualquier persona para entregarlo inmediatamente a la autoridad respectiva.

La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente con las diligencias que se hubiere practicado.

La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el **Juzgado** correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o **la medida cautelar aplicable al caso. La ley determinará el plazo máximo de duración de la detención provisional**”.

9) A pesar de que las nuevas leyes penales contemplan normas legales de avanzada, el análisis como grupo por permiten recomendar reformas a las disposiciones pertinentes.

En tal sentido recomendamos:

a) Incorporar en el Código Procesal Penal un inciso en el Art. 294 de la manera siguiente:

“Tratamiento Especial”.

Art. 294. Inc. 3ero. Salvo que existan exigencias cautelares de excepcional relevancia, no se decretará la detención provisional cuando la persona imputada sea mujer embarazada o que amamante a sus propios hijos, o una persona que se encuentre en grave estado de salud o que se hallare en la categoría de adulto mayor”.

b) Recomendamos además, con el objeto de modernizar la norma relativa a la detención provisional, se reforme el inciso segundo del Art. 291 del Código Procesal Penal de la siguiente manera:

“Art. 292. Inciso 2do. Dentro del término de inquirir el juez deberá decretar la libertad del imputado o la medida cautelar, según proceda, so pena de incurrir en responsabilidad penal”.

BIBLIOGRAFÍA

Ascencio Mellado, José María, “La Prisión Provisional”, Primera Edición, Editoriales Civitas S.A, Madrid 1987.

Anaya Barraza, Salvador Enrique, “La Detención Provisional y el Proceso de Hábeas Corpus” en Montecinos Giralt, Manuel Arturo y Otros, Selección de Ensayos Doctrinarios “Nuevo Código Procesal Penal”, Primera Edición, Talleres Gráficos UCA, junio 2000.

Aparicio, Nerea y Otros, “La Prisión Preventiva”, en Cetina Gustavo, Primera Edición, Editorial Civitas S.A, Madrid 2002.

Antón Blanco, José Luis y Marcos Cos, José Manuel “Las Medidas Cautelares”, en Casado, Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Impreso Modelo, Impreso en El Salvador por Justicia de Paz, 2000.

B.J Maier, Julio, “La Privación de Libertad en el Proceso Penal y el Recursos de Inconstitucionalidad”, Única Edición, Buenos Aires, Editoriales LEA, 1981.

Bovino, Alberto, “Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Bertrand Galindo, Francisco y Otros, “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo II, Segunda Edición, Impreso en El Salvador. Talleres Gráficos UCA, 1996.

Casado Pérez, José María y Otros, “Derecho Procesal Penal Salvadoreño”, Primera Edición, Impreso Modelo, Editorial Justicia de Paz, 2000.

De Pina Vara, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, Buenos Aires, Primera Edición, 1965.

Ferraloji, Luigi “Derecho y Razón”, Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid, 1997.

J. C, Smith, citado por Enciclopedia OMEBA, Tomo XVIII, Editorial DRISKILL, Buenos Aires 1991.

Osorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 23^o Edición, Editorial Heliasta, S.R.C Buenos Aires 1996.

Ramírez Murcia, Leonardo, “Mecanismos Alternos al Juicio en los Poros de la Justicia”, Única Edición, Editorial e Imprenta de la UES, septiembre de 2002, San Salvador, El Salvado, C.A.

Veléz Mariconde, Alfredo “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Edición LENER, Buenos Aires 1969.

Código Procesal Penal Comentado Tomo I y II, Primera Edición 2001.

Código Penal Comentado Tomo I, Primera Edición 2001.

Consejo Nacional de Seguridad Pública, Proyecto para el Fortalecimiento y Desarrollo de la Función de Investigación Criminal, San Salvador 1997.

Exposición de Motivos del Proyecto del Código Procesal Penal. Se utilizó Edición que consta en Código Procesal Penal, Separata de la RJ, Corte Suprema de Justicia, San Salvador 1997.

Estadísticas de la Dirección General de Centros Penales, Ministerio de Gobernación y de la Fiscalía General de la República.

Estadísticas sobre la Administración de Justicia 1995 “Las Nuevas Realidades”, y Censo de la Población Penitenciaria 1996, Proyecto de Reforma Judicial II 1996.

Anexos