

37-2007/45-2007/47-2007/50-2007/52-2007/74-2007

Inconstitucionalidad

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

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

La disposición inaplicada prescribía:

Sustitución de la detención provisional

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

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

Analizados los argumentos y considerando:

I. En su oportunidad, los intervinientes expusieron:

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

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

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

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

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

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

D. El Juez Tercero de Instrucción de este distrito judicial señaló la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada, en tanto que establece de manera imperativa la imposición de la detención provisional para la lista de delitos ahí consignados; circunstancia que impide al juez

analizar la necesidad de la medida en el caso particular. Y, a criterio de dicho juzgador, ello contraría los arts. 11, 12 y 144 Cn.

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

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

2. De conformidad con las resoluciones pronunciadas por esta Sala el 24-VIII-2007, fueron admitidas únicamente las argumentaciones sostenidas por los tribunales requirentes relacionadas con la inaplicabilidad del art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. por violación a las siguientes artículos fundamentales: (i) 1 Cn., en cuanto prevé que la persona humana es el origen y el fin de la actividad del Estado; (ii) 2 inc. 1° Cn., que consagra el derecho fundamental a la libertad, particularmente ambulatoria; (iii) 11 Cn., relacionado con el debido proceso; y (iv) 172 inc. 3° Cn., en lo concerniente al principio de independencia judicial.

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

Respecto de tal pronunciamiento esta Sala afirmó, en la Resolución de 18-IX-2009, Inc. 7-2008, la obligatoriedad de todos los jueces para acatarla, pues al ser una sentencia de inconstitucionalidad no puede tener otros efectos que los vinculantes, *erga omnes*, que dispone el

art. 183 Cn., pues entenderlo de otra manera acarrearía desorden e inseguridad jurídica. Tal obligación de acatamiento subsiste en tanto esta misma Sala, fundadamente, no cambie el precedente y establezca una nueva regla jurisprudencial, según los criterios que se afirmaron en la Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010, Considerando II 1.

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

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

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

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

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

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

B. Tampoco se incumple el art. 2 Cn., en tanto que las causas legales de privación de libertad tienen una razón material que consiste en otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos. En

otras palabras, estos saben que existen conductas cuya comisión les genera una sanción que les privará de libertad durante un tiempo previamente determinado por la ley. Por otro lado, la mera presencia de una disposición que regule la detención provisional de una persona no significa automáticamente una transgresión a su derecho de libertad, sino que ha de comprobarse “la existencia de un hecho delictivo, en los que se tengan suficientes elementos positivos que señalen al imputado como autor o partícipe, y que se trate de un delito grave o que haya causado alarma social”.

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

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

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

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

II. Por D. L. n° 733, de 16-I-2009, publicado en el D. O. n° 20, tomo 832, de 30-I-2009, se derogó completamente el cuerpo normativo que contenía la disposición impugnada en los

presentes procesos constitucionales acumulados. Ante tal circunstancia, es preciso señalar lo siguiente:

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

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

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

Así, ante cualquier modificación legislativa efectuada sobre el objeto de control propuesto en un proceso de inconstitucionalidad, lo determinante para este tribunal es establecer la permanencia en el ordenamiento jurídico de la *norma* que fue inicialmente impugnada, aunque la disposición en la que ella se contiene haya sido modificada –ello conforme a la línea jurisprudencial que distingue entre disposiciones y normas, desde la Sentencia de 20-VII-1999,

pronunciada en el proceso de Inc. 5-99-. Lo anterior, para evitar que, en virtud de maniobras legislativas, una disposición o cuerpo normativo pueda sustraerse del control de constitucionalidad.

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

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

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

C. En ese sentido, visto que la norma contenida en la disposición inicialmente inaplicada ha sido prevista en el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn., y dada la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, cuya finalidad es dirimir conflictos normativos respecto de la Constitución, debe entenderse que *el nuevo precepto normativo relacionado es el objeto de control del presente proceso constitucional*.

III. Dirimido lo anterior, y expuestos los fundamentos de las autoridades judiciales para inaplicar la norma contenida en el art. 294 inc. 2° del C.Pr.Pn.D. –ahora incluida en el art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn.–, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la constitucionalidad de dicha norma, y la opinión del Fiscal General de la República, es procedente establecer los contenidos de la presente sentencia.

En ese orden, en los presentes procesos constitucionales acumulados, en primer lugar, se van a efectuar algunas consideraciones jurisprudenciales respecto de la detención provisional,

específicamente en cuanto a su naturaleza, principios y presupuestos (IV); luego, se analizará cada una de las pretensiones sometidas al conocimiento de esta Sala (V); para, finalmente, emitir el fallo que corresponda conforme a tales premisas.

IV. 1. La detención provisional ha sido caracterizada por la jurisprudencia de este tribunal como aquella *medida cautelar* de carácter netamente personal, en virtud de la cual se priva a un presunto autor o partícipe de un hecho delictivo de su libertad física durante la sustanciación de un proceso penal (v. gr., Sentencia de 19-IV-2006, HC 217-2005).

Se advierte entonces que, a partir de su naturaleza estrictamente cautelar, su imposición debe perseguir fines constitucionales dentro del proceso penal: averiguar la verdad y asegurar la aplicación objetiva de la ley penal.

En efecto, tal custodia provisional durante el procedimiento penal constituye solamente una de las maneras de conseguir que se cumplan los fines del enjuiciamiento, a saber: la averiguación correcta de la imputación objeto del proceso, evitar entorpecer el descubrimiento de la verdad histórica, lograr el sometimiento del imputado al proceso para llevarlo a cabo –evitando realizar un juicio en contumacia– y, eventualmente ejecutar la condena. Por ende, es indiscutible su necesidad dentro del catálogo de aquellas medidas de coerción procesal que la autoridad jurisdiccional competente pueda utilizar.

De igual forma, en la Sentencia de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006, se sostuvo que la detención provisional tiene una naturaleza netamente *asegurativa*; y por tanto no se puede caracterizar como una sanción derivada de la infracción a una norma penal sustantiva. Por el contrario, es útil para el juzgador penal, a fin de ejecutar lo juzgado y evitar que el resultado del proceso quede burlado ante situaciones que podrían ser aseguradas mediante la tutela cautelar.

A partir de estas consideraciones, que se han reiterado en múltiples pronunciamientos previos, esta Sala ha configurado la naturaleza de la medida cautelar con una concepción eminentemente procesal, y sólo bajo tal razonamiento su justificación adquiere sustento constitucional; de esta manera, también se descarta *in limine* que dicha medida pueda fundamentarse en criterios extra-procesales –control del crimen, peligrosidad social, prevención general e inocuización, entre otras tesis históricas que se han desarrollado en ese sentido–.

Y es que, como enfáticamente se sostuvo en la Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, la detención provisional, no obstante constituir una privación de libertad personal, no lo es a título

de sanción sino con fines asegurativos, por lo cual es perfectamente válido caracterizarla como *medida cautelar*”.

2. Pese a lo anterior, no puede desconocerse, por la gravedad de sus consecuencias, que la detención provisional es una de las medidas que más afecta la libertad de una persona, así como a otros derechos fundamentales contemplados en la Ley Suprema –entre ellos la presunción de inocencia–. Y por tales motivos, se encuentra sujeta a una variedad de principios de clara raigambre constitucional; y, que igualmente derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre ello, la jurisprudencia constitucional –v. gr., Sentencia de 31-I-2000, pronunciada en el proceso de HC 452-99– ha reconocido cuatro principios que deben regir la aplicación de dicho instituto, a saber: (a) excepcionalidad; (b) jurisdiccionalidad; (c) provisionalidad; y (d) proporcionalidad.

A. La excepcionalidad de esta medida de coerción parte de una premisa básica: el imputado debe recibir un trato de inocencia hasta la sentencia que ponga fin al proceso. Por ende, su admisibilidad constitucional depende de que sea absolutamente imprescindible para los fines del proceso; y tal inferencia requiere, igualmente, examinar y llegar al convencimiento de que otras medidas menos restrictivas de derechos fundamentales puedan resultar un fracaso. En suma, constituye la *ultima ratio* de las medidas de coerción procesal de las que el juez puede valerse para asegurar las resultas del juicio.

Tal percepción es coincidente con la efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señaló que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual *su aplicación debe tener un carácter excepcional*, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Sentencia de 7-IX-2004, caso *Tibi vs. Ecuador*, párrafo 106).

B. Por otro lado, su imposición constituye una manifestación clara de la potestad jurisdiccional del juez penal, quien, luego de examinar objetivamente los datos que consten en el proceso, debe exponer un análisis motivado sobre la conveniencia de la citada medida en el caso concreto que juzga y que, a grandes rasgos, se relaciona con una sospecha seria de que el imputado ha cometido un delito, y que su actuar en libertad representa un peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad.

C. En cuanto a la provisionalidad, tal calidad es inherente a cualquier medida cautelar, en el sentido de que su duración es siempre temporal –hasta la finalización del proceso– y sujeta a la variación sustancial de las condiciones que han dado lugar a su imposición –el denominado principio *rebus sic stantibus*–. Conforme a este último, la prisión preventiva debe ser modificada o sustituida por otra medida menos invasiva de la libertad, cuando los fines de aseguramiento procesal puedan ser eficazmente garantizados en una forma menos extrema; e igualmente, concluir su duración cuando los plazos fijados en el art. 8 del C.Pr.Pn., sean cumplidos.

D. Por último, la duración de la prisión provisional no puede sobrepasar de ninguna forma la pena que correspondería ante una eventual sentencia condenatoria, particularmente de alguien que tiene un *status* de inocencia ante el Estado. Es decir, debe impedirse que, aun en los casos de encierro admisible, la persecución penal inflija a quien la soporta un mal irremediable y mayor que la propia reacción legítima del Estado en caso de condena.

3. Ahora bien, la procedencia de tal medida –conforme con los principios enunciados *supra*– supone además el cumplimiento de dos presupuestos delineados por una serie de decisiones de esta Sala, y que se relacionan con la necesidad de neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre los fines del proceso. Estos son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. En el primero se conjugan tanto aquellos peligros derivados de la posibilidad de fuga o sustracción del proceso penal, como la posible obstaculización de la investigación –alteración de los medios de prueba, confabulación con los testigos, etc.–; los cuales pueden impedir la aplicación de la consecuencia jurídica descrita en la ley penal en caso de una probable condena. El segundo presupuesto viene constituido por el juicio de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal de la persona contra la que se acuerda la medida.

La relación de ambos presupuestos debe realizarla el juez competente por medio de una decisión cuyo fundamento argumental se vincule con la probabilidad positiva de ambos presupuestos. Así, la presencia de una situación de peligro para los fines procesales debe mostrarse razonable y verosímil, con indicación de la presencia efectiva de algún hecho delictivo, circunstancias o comportamiento de las cuales se pueda derivar razonablemente su existencia (Sentencia de 20-III-2006, pronunciada en el proceso de HC 126-2005).

Lo anterior es una exigencia propia de la motivación judicial, sobre la cual esta Sala ha señalado su obligatoriedad en la materia y que se relaciona con el principio de independencia judicial y con el carácter excepcional de la detención provisional. Para el caso, en la Sentencia de

6-IV-2005, pronunciada en el proceso de HC 230-2004, se sostuvo que, al tratarse de una medida cautelar de tipo personal que restringe la libertad física de las personas, es preciso que la autoridad judicial la adopte mediante resolución motivada, pues al constituir la libertad la regla general, cualquier restricción a esta debe justificarse.

Y es que, como también lo ha sostenido la Corte Interamericana, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que *su aplicación* respete el deber de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007).

Por ende, cuando no se exponen las razones fácticas y jurídicas para adoptar la medida en mención, no resulta posible conocer si tal providencia ha sido pronunciada conforme con la Constitución y la ley. Por tanto, “...las resoluciones que decretan la detención provisional, requieren la exposición de las razones para creer que el o los acusados son con probabilidad autores o partícipes del delito que se les imputa, así como los motivos por los cuales se cree que los mismos puedan sustraerse de la acción de la justicia” –Sentencia de 6-IV-2005, pronunciada en el proceso de HC 230-2004–.

V. 1. A la luz de las anteriores consideraciones de carácter general, corresponde estudiar los razonamientos de los jueces requirentes en los presentes procesos de inconstitucionalidad acumulados, y que se relacionan: con la inobservancia de las disposiciones constitucionales relativas a la *dignidad humana*, la *libertad ambulatoria*, algunas concreciones del *proceso constitucionalmente configurado* e *independencia judicial* y *deber de motivación*.

A. Ahora bien, las primeras tres argumentaciones se vinculan en una sola, pues –de acuerdo con el planteamiento de las inaplicabilidades– tales derechos fundamentales se ven contradichos cuando la detención provisional se impone *ope legis* –en virtud exclusivamente de la ley–, aunque existan condiciones para su sustitución; con ello, adquiriría el carácter de pena previa al juicio, es decir, sin haberse indagado por autoridad judicial la viabilidad de restringir el derecho fundamental consagrado en el art. 2 Cn.

Así, el primer punto a deslindar, es el relativo a si la norma contenida en el art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn. establece una categoría de delitos en los que no es posible brindar una medida

sustitutiva a la detención provisional. Tales medidas alternativas o sustitutivas son aquellas que hacen cesar el encierro preventivo y que dan nacimiento a un estado de libertad dentro del procedimiento penal, pero sujeto a caución previa de naturaleza juratoria, personal o real, igualmente sometidas a las condiciones que aseguren la comparecencia del imputado a la vista pública o cualquier otra diligencia donde se requiera su asistencia.

B. Como segundo punto, corresponde examinar la argumentación sostenida en relación con la presunta violación a la independencia judicial, en tanto que la disposición inaplicada excluye la valoración judicial sobre sus presupuestos de aplicación en el caso concreto, y desconoce igualmente las características de provisionalidad y jurisdiccionalidad que son inherentes a la naturaleza cautelar de la detención provisional, y con ello se volvería entonces de aplicación automática.

En tal sentido se perfila la argumentación sostenida por el Juez Décimo Tercero de Paz de este distrito judicial, en la medida que las disposiciones internacionales relacionadas en su decisión, imponen la excepcionalidad de la detención provisional y esta característica debe ser resguardada por la autoridad judicial mediante la debida motivación en su dictado y en su permanencia hasta la conclusión del proceso penal mediante una sentencia firme.

2. Entrando en materia, el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn.— prescribe —de forma aparente— una prohibición legal de conceder cualquier medida sustitutiva a la detención provisional en cualquiera de los delitos antes mencionados, una vez que haya sido dictada dentro del transcurso del proceso; ello supone la imposibilidad de modificación del encarcelamiento preventivo luego de haberse dictado, aun y cuando las circunstancias que hayan originado su adopción puedan haberse modificado.

Si se interpreta así, estaríamos en presencia de una regla que podría entrar en colisión con las características de excepcionalidad, modificabilidad —*rebus sic stantibus*— y provisionalidad, cuyo análisis obviamente compete a la autoridad judicial que analiza el caso a fin de determinar la viabilidad de la medida en orden al aseguramiento de la aplicación de la ley penal.

Al efecto, el órgano productor de la disposición —el Legislativo—, argumenta que está facultado para decidir en qué casos puede privar de libertad a una persona, mediante una ley previa que les indique a los ciudadanos aquellas conductas cuya comisión les supondrá una privación de libertad por tiempo determinado.

En realidad, en este caso no resulta pertinente argumentar la capacidad motivadora que pueda tener una disposición netamente “procesal” a los efectos preventivo-generales del Derecho Penal; pues, mal puede predicarse de una disposición eminentemente instrumental, como la procesal, que ella pueda servir para generar una intimidación colectiva o una estabilización socialmente positiva en el ciudadano –prevención general negativa y positiva–. Al contrario, si se intenta dotar a la normativa relativa a la detención preventiva, de las finalidades que gozan las relativas a los delitos y las penas, se estarían trasladando finalidades sustantivas a un instituto de naturaleza cautelar, a una persona que aún se presume inocente.

Adicionalmente, tal entendimiento repercute gravemente en la actividad judicial, en la medida que, al encontrarnos en alguno de los supuestos regulados en las disposiciones en referencia, el juez se encuentra inhibido para cesar o modificar su aplicación, pese a que la sospecha de sustracción del proceso por parte del imputado sea mínima, y los fines de aseguramiento no permitan justificar una intromisión de tal calado en contra de la libertad de aquel.

Desde tal perspectiva, la justificación aportada por la Asamblea Legislativa supone admitir una invasión en la esfera de la valoración judicial, pues impone el mantenimiento de la detención provisional sin posibilidad de revisión alguna. Colateralmente, y con un claro perjuicio al procesado, impide al juez examinar y motivar cualquier situación relativa a una posible libertad caucionada durante el transcurso del proceso penal mediante el incidente de revisión de medidas contemplado en el art. 306 del C.Pr.Pn.D. –art. 343 del C.Pr.Pn.–, y se elimina entonces el deber de motivación judicial en este ámbito.

Por todo lo anterior, esta primera justificación del art. 331 inc. 2° del C.Pr.Pn. debe reputarse no conforme con los postulados constitucionales que informan la actividad cautelar y jurisdiccional. Y ello es así, por contradecir abiertamente el consolidado criterio establecido por esta Sala desde la decisión pronunciada el 14-II-1997 –Inc. 15-96– que postula que está constitucionalmente prohibido trasladar a la detención provisional los fines que supone la pena, pues ello supondría una inaceptable tergiversación de la presunción de inocencia (Considerando XVIII 4).

3. Sin embargo, resulta procedente indagar la posibilidad de una interpretación diversa del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn. y una construcción jurisprudencial del mismo que se muestre conforme

con los principios constitucionales que disciplinan la adopción, mantenimiento y cesación de la detención provisional.

En esta línea, el Fiscal General de la República esgrime una argumentación distinta a la formulada por la Asamblea Legislativa, entendiendo que el catálogo de delitos enumerados en la disposición impugnada hace referencia a aquellos hechos punibles donde el peligro de fuga es mayor. Es decir –afirmó–, es probable que, por la gravedad y por la pena que conlleva, el sujeto a quien se le imputa uno de estos delitos no se someta al proceso judicial o inclusive obstaculice la investigación. Asimismo –agregó–, por la gravedad de estos delitos generalmente se produce una *alarma social*.

De esta forma, el inicio de la interpretación del Fiscal General se muestra coincidente con la Sentencia de 12-IV-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 28-2006, en el sentido que, si la ponderación realizada por el legislador determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa alguno de los elementos que componen el presupuesto procesal del *periculum in mora* – como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la “alarma social” –, pueden establecerse excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas, y darle prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado.

Sin embargo, se sostuvo que tal configuración legislativa tiene una excepción en relación a los delitos menos graves de naturaleza sexual o contra la salud pública, y en los que el juez debe establecer mediante un juicio de ponderación si resulta idóneo dictar una medida alternativa o sustitutiva a la detención provisional.

4. La interpretación efectuada por esta Sala, y traída a cuenta por el Fiscal General, debe considerarse satisfactoria en atención al margen de configuración legislativa de la Asamblea; en la medida que, *si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga u obstaculización de la investigación (como también en lo que se relaciona al crimen organizado como promotor y ejecutor de los primeros), es factible establecer una regla en virtud de la cual no se pueda sustituir la detención provisional por otras medidas (sustitutivas o alternativas), y atender a la especificidad criminológica que presentan tales figuras.*

En efecto, bajo los criterios establecidos en la presente decisión, la privación preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de

legalidad, presunción de inocencia, *necesidad* y proporcionalidad, y sólo procederá de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos elementos normativos (Principio III.2: Excepcionalidad de la privación preventiva de la Libertad). [*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*].

A. No obstante lo anterior, esta identificación del *periculum in mora* –peligro de fuga, particularmente– con la gravedad del delito y de la pena, debe ser necesariamente complementado con el otro presupuesto cautelar de naturaleza constitucional, cual es el *fumus boni iuris*, y obligadamente con los mismos presupuestos subjetivos del *periculum in mora* relativos a las condiciones particulares del imputado.

Ello supone entender que el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial; pues deben ser considerados otros presupuestos que constitucionalmente han sido admitidos de forma reiterada por la jurisprudencia constitucional.

En tal sentido, esta Sala ha sostenido como uno de los presupuestos fundamentales la existencia del *fumus boni iuris*, el cual en la presente materia se ha entendido como la sospecha razonable de que se ha cometido un delito, y que en el mismo ha participado el encartado como autor o partícipe.

Desde tal presupuesto, la adopción de la detención provisional supone la existencia de elementos de convicción suficientes para acreditar positivamente tales extremos procesales conforme a un juicio de ponderación realizado por los jueces, es decir, no basta con la apreciación superficial de la imputación, sino que el juez también tiene el deber de argumentar que en efecto se está en presencia de esos tipos delictivos para proceder a adoptar la medida cautelar.

Una vez que se genera el efecto inverso –es decir, que no resulte plenamente establecida la existencia del hecho o la intervención del encartado en el mismo– el encarcelamiento preventivo, y por ende el mismo proceso penal, deja de tener sentido, y con ello resurge el estado de libertad del que goza el ciudadano.

B. Por otra parte, y entrando al ámbito del *periculum in mora*, si bien el legislador ha considerado que el peligro de fuga aumenta en razón de la gravedad del delito y de la pena, ello nada más supone un *elemento indiciario* dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado.

Sin embargo, desde una interpretación sistemática y teleológica, dicho peligro de fuga tampoco debe ser el único dato que el juez deba tener en cuenta, pues las condiciones personales del imputado deben ser valoradas igualmente. Y es lo que se conoce doctrinariamente como el aspecto subjetivo del *periculum in mora*.

Desde este enfoque, el arraigo –familiar, domiciliario y laboral–, la ausencia de antecedentes penales, los medios económicos de que dispone, cargas económicas familiares y otros datos relevantes, pueden ameritar la aplicación de una medida sustitutiva o alternativa desde el inicio del proceso o la sustitución de la detención provisional por alguna de ellas en el transcurso del mismo; y ello es complementario al hecho de que la gravedad del hecho –aisladamente considerada– no aporta justificación suficiente para petrificar la medida cautelar restrictiva de la libertad.

Las aseveraciones anteriores –que la gravedad del delito supone un mayor riesgo de fuga como dato que no puede considerarse aislado– imponen, al menos, cuatro elementos normativos importantes en relación con la disposición impugnada en el presente proceso constitucional:

a. La detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada *por ministerio de ley*, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a fundamentar la naturaleza de la detención provisional como mecanismo sustantivo para la prevención de los delitos, y por tanto, su entendimiento como pena anticipada. En términos claros, *no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn.*

b. El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan con *las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial*. De ahí que, si a mayor gravedad del delito también se advierte una mayor peligrosidad del imputado en relación con su fuga, o también con la presión o amenaza hacia quienes vayan a deponer como

víctimas o testigos en su contra, resulta argumentalmente admisible la imposición de la detención provisional.

Precisamente para que a la víctima o testigo se le dispense una asistencia jurídica y protección cuando su integridad física o moral, así como la de su familia, se encuentre puesta en peligro, antes, durante y después del proceso penal.

A ello se suma lo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha afirmado que también “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención” (Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006).

c. Por otra parte, si se atiende a la importancia del principio de proporcionalidad, *el criterio de la gravedad del delito también debe ser atemperado con otros como la penalidad – como se efectuó en la referida Inc. 28-2006, en relación con los delitos menos graves– o, incluso, el grado de realización del delito –preparación, ejecución, consumación, agotamiento– o la participación que pudo tener el imputado –autoría directa, mediata, coautoría, complicidad necesaria y no necesaria, instigación, etc.–*

En ese sentido, la gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal, lo cual determina una respuesta diferenciada en cuanto a su adopción y su mantenimiento. Asimismo, deben ser atendibles y valoradas por cada juzgador aquellas circunstancias que se relacionen con causales de exclusión de responsabilidad penal previstas en el art. 27 C. Pn., independientemente del tipo de delito, si precisamente el *fumus bonis iuris* se ve reducido por supuestos como la legítima defensa o actuar en cumplimiento de un deber, entre otros.

d. Por último, es pertinente reiterar que el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional, no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas.

Dentro del análisis judicial de modificación de la medida cautelar, el juez debe tener en cuenta los otros elementos que constituyen los presupuestos constitucionales para su aplicación.

En términos simples, *la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas a la privación temporal de libertad durante el proceso penal –art. 332 del C.Pr.Pn.–*

C. La construcción jurisprudencial realizada en esta decisión respecto de la disposición impugnada permite el examen judicial de los presupuestos habilitantes para la detención, conforme a los elementos normativos que acabamos de exponer, todos ellos derivados de una interpretación global e integradora de la Constitución y del sistema procesal penal en su conjunto –especialmente el debido proceso constitucional–.

Sobre este tipo de pronunciamientos, en la Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007, se ha reconocido la existencia de “sentencias aditivas”, aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente. En tales casos, la oposición con la Constitución no resulta de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador.

5. Los peligros procesales que se intentan evitar con la adopción de la medida cautelar deben acreditarse conforme un juicio de probabilidad positiva, concerniente a que: (i) el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (ii) podrá influir para que otros co-imputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera fraudulenta; o (iii) que en el caso que se le conceda la libertad, éste pueda inducir a los anteriormente relacionados o a otras personas a realizar conductas delictivas.

Por tanto, la tesis aquí sostenida sobre el art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn., mediante la cual se afirma que la gravedad del delito y de la pena –conforme el catálogo de tipos penales señalados– son elementos importantes que el juez debe examinar en su análisis particular, pero que habrá de hacerlo de forma conjunta con los otros presupuestos constitucionales, reportan el ineludible *deber de motivación*.

Al referirnos en términos generales sobre la motivación, de acuerdo con lo señalado en diferentes pronunciamientos de esta Sala, se ha caracterizado como la explicación de las razones –tanto de carácter fáctico como jurídico– que mueven de forma objetiva al aplicador a resolver en

un determinado sentido, posibilitando el convencimiento de los justiciables del por qué de las mismas (Sentencia de 23-II-2000, Amp. 20-2000).

En efecto, bajo el esquema de decisión judicial que la Constitución plantea desde los principios de independencia e imparcialidad judicial, juzgar implica una serie concatenada de decisiones previas y necesarias: la determinación del material normativo susceptible de ser aplicado (verificación, depuración e interpretación normativa); la comprobación inductiva del material fáctico que objetiva las alegaciones de las partes (depuración del material fáctico probado); la connotación misma de los hechos al ser encauzados en la estructura normativa depurada, y finalmente, la aplicación de las consecuencias jurídicas de la disposición hacia los hechos establecidos –Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003–.

Con la motivación se cumplen dos funciones esenciales, que no son privativas únicamente de la actividad judicial, sino también de la administración, a saber: (i) por medio de tal exigencia se intenta eliminar cualquier viso de arbitrariedad o voluntarismo que pueda introducirse en la toma de decisiones públicas, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la sujeción al derecho de los poderes estatales; y (ii) desde un punto de vista individual, permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales resulta privado o restringido de un derecho fundamental o de alguna facultad, posibilitando de esa forma el adecuado ejercicio de los medios de impugnación.

Así, con la motivación de las resoluciones –sean judiciales o administrativas–, se hace factible para las partes procesales conocer que una determinada decisión tiene como base un irrestricto apego al ordenamiento jurídico vigente y que igualmente tiene como base una interpretación racional del mismo. Con ello se descarta entonces, que su génesis devenga en una voluntad antojadiza o caprichosa.

Pero de forma más trascendental a la esfera procesal, con la exigencia de motivación se busca que el proceso de aplicación al derecho no permanezca en el secreto o en el arcano inconsciente del funcionario estatal que resuelve, sino que reciba la necesaria y suficiente publicidad como medio de aminorar cualquier arbitrariedad de los poderes públicos, en la medida que su convencimiento quede debidamente explicitado.

Dada la importancia que subyace en el deber de motivación, su inobservancia no solamente puede dar lugar a la nulidad del acto procesal como aparece prescrito en el art. 130 del C.Pr.Pn.D., o en el art. 144 C.Pr.Pn.; sino también, una específica responsabilidad administrativo-

disciplinaria según la magnitud que dicha ausencia haya podido ocasionar o no en la defensa de los interesados.

Para el caso, en la sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004, se sostuvo que, cuando no se exponen las razones fácticas y jurídicas para limitar la libertad del imputado, no resulta posible conocer si tal providencia ha sido dictada conforme a la Constitución y a la ley. Es así entonces, que “...las resoluciones que decretan la detención provisional, requieren la exposición de las razones para creer que el o los acusados son con probabilidad autores o partícipes del delito que se les imputa, así como los motivos por los cuales se cree que los mismos puedan sustraerse de la acción de la justicia”.

En consonancia con lo anterior, a nivel regional, la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la sentencia de 24-VI-2005 –Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*– que el necesario control judicial de estas restricciones de derechos es una medida que pretende evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, pues en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia (párrafo número 76).

De ello se desprende que ese deber estatal de motivación de las resoluciones judiciales, tanto las que imponen una sanción penal como una medida cautelar sea real o personal, guarda una estrecha relación con el derecho constitucional a la presunción de inocencia –art. 12 Cn.–, pues tanto la imputación como la actividad probatoria practicada para su comprobación, exigen que el órgano decisor exteriorice en la resolución dichas apreciaciones y consideraciones, que a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad legal y constitucional de la sanción o medida impuesta.

Por lo anterior, su contenido no queda satisfecho con la mera invocación de apreciaciones aisladas y mucho menos con el uso de frases ritualistas o carentes de sentido, sino que requiere la exposición del camino que le lleva a la autoridad judicial al convencimiento que concurre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, conforme una mínima actividad probatoria que sirve de fundamento (Sentencia de 6-IV-2005, HC 230-2004).

Tal exigencia no supone que la exposición de los fundamentos deba ser minuciosa o escrupulosa y mucho menos extensa –pues los términos de brevedad y concisión argumental no se confunden con falta de motivación–, sino que consten de un modo razonable cuáles han sido

los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión adoptada. En otras palabras, se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permitan identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos fácticos al supuesto legal conforme a criterios racionales.

En conclusión, y de acuerdo a los cánones interpretativos señalados en esta sentencia, la regulación impugnada no elimina el deber de motivación judicial tanto en la imposición como en la sustitución de la detención provisional; al contrario, potencia el análisis judicial, en la medida que la adopción o la sustitución por una medida alternativa, más allá del mero *datum legis*, debe fundamentarse adrede por la jurisdicción.

Por ende, corresponde descartar la inconstitucionalidad de la disposición controvertida, tanto porque no constituye una pena anticipada, como porque no debe entenderse como un límite al ámbito de conocimiento y decisión de los jueces penales en orden al examen de su aplicación y mantenimiento.

Por tanto,

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

Falla:

1. *Declárase* que, en el art. 331 inc. 2° del Código Procesal Penal, *no existe la inconstitucionalidad advertida en relación con la supuesta violación al deber de motivación deducido de los arts. 7.3 CADH, 9.3 del PIDCP en relación al art. 144 de la Constitución y a la independencia judicial consagrada en el art. 172 Cn.*

2. *Notifíquese* la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado.

---J. B. JAIME---F. MELÉNDEZ---R. E. GONZÁLEZ B.---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---E. SOCORRO C.---RUBRICADAS.

Voto particular concurrente del magistrado José Néstor Mauricio Castaneda Soto.

Coincido con el fallo de la anterior Sentencia de Inconstitucionalidad N° 37-2007 y otras acumuladas, en lo que respecta a declarar que en el art. 331 del Código Procesal Penal no existe la inconstitucionalidad advertida por la supuesta violación del deber de motivación basado en los arts. 7.3 CADH, 9.3 PIDCP en relación con el art. 144 Cn. y de la independencia judicial reconocida en el art. 172 Cn. Sin embargo, no estoy de acuerdo con las razones expuestas en esta sentencia para fundamentar dicho fallo, con base en las consideraciones siguientes:

I. Los argumentos centrales de la sentencia sostienen que:

a) “...*el catálogo de delitos contemplados en la disposición impugnada es un dato necesario para el mantenimiento del encarcelamiento preventivo, pero no suficiente, ni mucho menos el único al que debe atender el examen judicial [...] ello nada más supone un elemento indiciario dentro del análisis judicial para apreciar la peligrosidad procesal del imputado*”.

b) “La detención provisional no puede ser adoptada o su modificación denegada *por ministerio de ley*, únicamente por la gravedad abstracta del hecho, pues ello nos llevaría a [...] su entendimiento como pena anticipada [...] *no cabe la imposición automática de la detención provisional y su mantenimiento, únicamente cuando al procesado le es atribuido alguno de los delitos establecidos en el catálogo del art. 331 inc. 2° C.Pr.Pn.*”

c) “El juez debe ponderar también –además de lo referido a la gravedad del delito– otros estándares de carácter subjetivo que se relacionan *con las condiciones personales del imputado de acuerdo a las posibilidades que éste tiene de entorpecer el procedimiento judicial*”.

d) “La gravedad del delito debe considerarse como un criterio graduable según la entidad del delito, la penalidad, el grado de realización y la participación criminal” así como la existencia de causas de exclusión de responsabilidad penal.

e) “...*el catálogo de delitos contemplados en la prohibición de sustitución de la detención provisional no puede entenderse como una presunción de derecho –que no admite prueba en contrario– y, por ende, significar una denegatoria automática de medidas alternas [...] la carga procesal relativa al peligro de fuga puede ser desvirtuada mediante la incorporación de diferentes elementos de convicción que muestren la idoneidad de adoptar alguna de las medidas alternativas*”.

f) Todos estos argumentos, prosigue la sentencia, forman una “construcción jurisprudencial [...] respecto de la disposición impugnada” y un supuesto de “sentencia aditiva” que tiene lugar cuando se trata de “una disposición cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente”, cuando “la oposición con la Constitución” resulta “de una omisión relativa o parcial del legislador”.

II. Mi opinión es que semejante “construcción jurisprudencial” “de la disposición impugnada” es en realidad una completa sustitución del texto del precepto examinado, que prácticamente vacía de contenido a la prohibición legal de aplicación de medidas alternativas y de sustitución de la detención provisional, cuando se trate de los delitos enunciados en el art. 331 C.Pr.Pn. De esta forma, la desestimación de la inconstitucionalidad advertida por los jueces requirentes no se basa en la determinación de compatibilidad de la disposición analizada con la Constitución, mediante una legítima interpretación del texto legal objeto de control, sino que se fundamenta en una encubierta reformulación pretoriana de dicho texto, de ningún modo habilitada por el ámbito de competencia de este Tribunal. Si se cambia de esta manera el texto de la disposición examinada, la inconstitucionalidad propuesta se desecha mediante una suerte de licencia judicial para inaplicar el contenido auténtico de la ley, cambiando una prohibición expresa por una condición disponible en cada caso, sin el efecto vinculante pretendido por el legislador.

Con esta forma de proceder, la Sala abandona su papel de intérprete de la Constitución y sus herramientas de control constitucional para aventurarse en una función de reformulación legislativa, con una manipulación indebida de la disposición planteada como inconstitucional y evadiendo sin razón aparente su deber de definir con precisión y coherencia si existe o no la contradicción en examen, en lugar de dar una respuesta negativa en el fallo, precedida de una respuesta afirmativa en los considerandos de la misma sentencia. La seguridad jurídica queda en entredicho con este tipo de experimentos jurisprudenciales, pues los jueces siguen vinculados por una prohibición legal que no es inconstitucional, pero simultáneamente reciben el mensaje de que existe una variedad tan amplia de condicionamientos que la prohibición puede ser prácticamente difuminada en los supuestos concretos, mediante un ejercicio discrecional de los propios juzgadores. Una “prohibición” que *permite* su propia inobservancia ha dejado de ser una prohibición. Una prohibición legal no puede ser cambiada por un permiso jurisprudencial sin

amenazar la certeza jurídica de los ciudadanos y especialmente, en este caso, la de las víctimas de los delitos referidos.

III. Me parece que es más coherente retomar los criterios jurisprudenciales expuestos por esta Sala en la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 28-2006, del 12-IV-2007 que, aunque referidos a motivos distintos de supuesta confrontación con la Constitución, permiten resolver en igual sentido desestimatorio los argumentos de inconstitucionalidad sometidos por los jueces requirentes. En síntesis, en dicha resolución se determinó que la prohibición del ahora art. 331 C.Pr.Pn. se basa en una válida ponderación legislativa del *peligro procesal objetivo* que concurre cuando se trata de los delitos enunciados en dicha disposición y que esto justifica la aplicación en tales de casos de la detención provisional, *sin posibilidad de sustitución o alternativa por otra medida cautelar*. Según se dijo, además del legítimo fundamento cautelar de esa prohibición, su debida observancia responde al fin constitucionalmente reconocido de dar protección jurisdiccional a las personas frente a los actos delictivos que lesionan sus bienes y derechos fundamentales.

Textualmente, entre los razonamientos del precedente citado se expuso que:

a) “...la ponderación constituye una herramienta esencialmente judicial. Sin embargo, ello no excluye que el legislador pueda y deba ponderar, pues de hecho es el primer llamado a solventar, mediante concreciones legislativas, los posibles conflictos entre principios constitucionales. La ley, por tanto, representa una forma de ponderación [...] la actividad legislativa no ha de verse como una mera ejecución de la Constitución y [...] por tanto, dispone de una amplia libertad configuradora; pues la Constitución no es un programa cerrado, y sus contenidos, aun cuando se propugnen coherentes, pueden plantear tensiones en su aplicación y también en su proyección sobre la actividad legislativa.”

b) “...la legislación penal, tanto en materia sustantiva como en materia procesal, debe representar con énfasis especial, el objetivo primordial de tutela de los derechos fundamentales [...] los sujetos que aparezcan como posibles responsables de las violaciones de facto de los derechos subjetivos constitucionales, de acuerdo a la legislación penal, deben someterse al juzgamiento que corresponde, la que incluye la sujeción de medidas razonablemente establecidas”.

c) “...en el resguardo o tutela de los derechos fundamentales está interesada el universo de la población salvadoreña: es pues, materia de interés público. Por otro lado, también interesa

que el juzgamiento penal de responsabilidad individual, efectivamente someta a aquellos que razonablemente aparezcan como sujetos activos de la infracción penal, y en cuanto tal deben responder sin posibilidades de evasión, es decir, sin posibilidades de atentar impunemente contra los valores supremos reconocidos, o sin posibilidades de volverlos nugatorios; pero, todo sin menoscabo de asegurarles sus derechos fundamentales.”

d) “De manera reiterada esta Sala ha expresado en su jurisprudencia [...] que la libertad no es un derecho absoluto, como no lo son la mayoría de los derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.”

e) “...si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del *periculum in mora* –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la “alarma social”–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a [...] la libertad del imputado”.

f) “...si el legislador advierte que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican una mayor riesgo de fuga, obstaculización de la investigación o “alarma social”, como también que los delitos en que se presenta la realidad del crimen organizado, justifican establecer una regla en virtud de la cual no se sustituirá la medidas cautelar de la detención provisional por otras medidas cautelares, ello se encuentra habilitado por las especiales características de estos delitos”.

IV. Creo que estas consideraciones, debidamente relacionadas con los argumentos de inconstitucionalidad expuestos por los jueces requirentes, justifican la desestimación de tales argumentos, en primer lugar, porque una (genuina) interpretación conforme a la Constitución de la disposición controvertida concluye que su fundamento es en verdad cautelar y no punitivo, de modo que en ningún caso en que se aplique la prohibición legal se estará instrumentalizando a la persona detenida con fines de prevención general y, por tanto, no se afecta su dignidad humana. Claro que, con una dosis de realismo, como se reconoció en la Sentencia de Inconstitucionalidad N° 28-2006 citada: “Probablemente de los efectos inmediatos de la detención provisional pueden

derivar otros, como por ejemplo, cierto efecto disuasorio ante las inclinaciones de los potenciales agresores de los bienes jurídicos. Pero ello no obsta para que se confunda con la pena, porque las derivaciones directas o indirectas no constituyen su motivación esencial, sino el aseguramiento del proceso, tal como se ha dejado dicho.”

En segundo lugar, la estricta observancia del art. 331 C.Pr.Pn. es compatible también con el derecho de libertad deambulatoria, pues la excepcionalidad de las restricciones al ejercicio de tal derecho se cumple con el carácter cautelar (fundado en el peligro procesal objetivo inherente a los delitos referidos) de la detención provisional ordenada por la disposición legal analizada. Ese peligro objetivo no se desvanece por la inexistencia de un peligro “subjetivo” (fundado en las condiciones personales del imputado), pues aquél basta para justificar el aseguramiento procesal. En otras palabras, si como ha dicho esta Sala, el fundamento del artículo citado es asegurar los fines del proceso y, en sentido mediato, favorecer que este cumpla su función de protección de los derechos de las personas afectadas por esos delitos, la restricción del derecho de libertad fijada en la ley es una limitación razonable y no arbitraria. Esto la convierte en una limitación excepcional de la libertad del imputado, pues ella tendrá lugar *únicamente* cuando exista ese peligro procesal objetivo ponderado por el legislador, es decir, únicamente cuando se trate de los delitos catalogados en la susodicha prohibición legal.

En tercer lugar, la sujeción del juez al efecto imperativo de la prohibición legislativa en mención no atenta contra la independencia judicial, pues este principio tampoco es absoluto, sino que se define en términos de *sometimiento o vinculación del juez a la Constitución y a las leyes*. De este modo, si la prohibición de la sustitución o desplazamiento de la detención provisional por una medida cautelar distinta es una ley compatible con la Constitución –premisa demostrada en los párrafos anteriores y en el precedente desestimatorio citado– el cumplimiento de esa ley no sólo no viola la independencia judicial, sino que por el contrario es una manifestación del respeto a dicho principio fundamental de la configuración orgánica del poder judicial en el ordenamiento jurídico. La cuestionable simplificación del art. 331 C.Pr.Pn. como un supuesto de “aplicación automática” de la detención provisional, que suprimiría al juez sus facultades de decisión en el caso concreto es una falacia, pues *corresponde al juez*, en ejercicio de su competencia y con efectivas (aunque no tienen por qué ser “amplias”) opciones, *determinar que el caso pertenece a la lista legal de la prohibición, especialmente por medio de la verificación de la llamada “apariencia de buen derecho” de la pretensión cautelar*.

Por último, precisamente por ese *margen de elección* confiado como corresponde al juez (en la constatación de la existencia en el caso concreto del peligro procesal objetivo determinado por la ley), existe sin duda un espacio para el cumplimiento del deber de motivación de su decisión de detención provisional. Sobre todo porque, como se reconoce en esta misma sentencia, la motivación de las decisiones judiciales no tiene que ser “minuciosa o escrupulosa y mucho menos extensa –pues los términos de brevedad y concisión no se confunden con falta de motivación–”, sino que “se satisface plenamente esta exigencia constitucional cuando se permita identificar cuáles son las disposiciones que se aplican y cuál ha sido la operación argumental e interpretativa que ha precedido a la subsunción de los hechos [...] al supuesto legal conforme a criterios racionales.” Este estándar de fundamentación es compatible con el cumplimiento de la prohibición legal regulada en el art. 331 C.Pr.Pn.

En conclusión, estoy en desacuerdo con las razones por las que se desestima la supuesta inconstitucionalidad del art. 331 C.Pr.Pn., porque considero que este Tribunal no está autorizado para cambiar el texto de la disposición objeto de control y despojar a la prohibición legal que contiene de su fuerza imperativa, afectando con ello la seguridad jurídica de las víctimas de los delitos enunciados en dicho precepto.

---J. N. CASTANEDA S.--- PROVEIDO POR EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE---E. SOCORRO C.---RUBRICADA.

VO

TO DISIDENTE DEL MAGISTRADO EDWARD SIDNEY BLANCO REYES

No concuro con mi voto a la formación de la anterior decisión por las siguientes razones:

I.- En el análisis de las inaplicabilidades efectuadas por los jueces requirentes se sostiene que en el artículo 294 inc. 2° del Código Procesal Penal derogado establece la prohibición de sustituir la detención provisional en un catálogo de delitos dispuestos en dicha norma, se sostiene que existe la posibilidad de una interpretación conforme con los principios constitucionales que regulan esta medida cautelar.

La prohibición en comento se encuentra regulada en el artículo 331 inc. 2° del Código Procesal Penal vigente.

El fundamento sobre el que se apoya esta afirmación surge de la postura adoptada en el proceso de Inc. 28-2006 en tanto, al identificar el legislador que los atentados más graves a los bienes jurídicos vida, libertad y propiedad implican un mayor riesgo de fuga u obstaculización de la investigación, se justifica el establecimiento de una regla que impida la sustitución de la detención provisional y así “atender a la especificidad criminológica que presentan tales figuras”.

Sin embargo, más adelante se sostiene que existen ciertos presupuestos de necesaria concurrencia para que se pueda adoptar esta medida y que deben ser identificados por el juez para sostener su imposición. Así se dice que uno de los presupuestos fundamentales es la existencia del *fumus boni iuris*, el que supone, por parte del juez, la comprobación de la existencia de elementos de convicción suficientes para acreditar los extremos del delito; ello a efecto de justificar la adopción de esta medida.

Además, el peligro de fuga no concurre únicamente en razón de la gravedad y penalidad del delito atribuido, sino que es necesario que desde una interpretación sistemática y teleológica se analicen las condiciones personales del imputado, que es el aspecto subjetivo de dicho presupuesto procesal.

Considerar –se apunta– que esta medida cautelar pueda aplicarse de manera “automática” tendría como consecuencia que se le otorgara a la detención provisional una función de prevención de delitos y, en consecuencia, como pena anticipada.

Entonces, a decir de la sentencia de cuya decisión me aparto, es el juez el encargado de ponderar las condiciones de carácter subjetivo que permitan determinar que además de la gravedad del delito existan datos sobre la mayor peligrosidad del imputado en relación con su fuga o que tenga la capacidad de entorpecer la investigación, porque ello determinará la procedencia de la imposición de la detención provisional.

A partir de ello, se asegura que a partir de los razonamientos efectuados, es posible respecto de la disposición impugnada, efectuar el examen judicial de los presupuestos para la imposición y mantenimiento de la detención provisional; lo anterior a través de los parámetros contruidos en dicha decisión, frente a las omisiones que existen en la disposición acerca de los conceptos que contruidos jurisprudencialmente permiten sostener la constitucionalidad de la disposición legal en estudio.

Por último se concluye afirmando que el art. 294 inc. 2° C.Pr.Pn. para su aplicación requiere del análisis y motivación judicial no solo de la gravedad del delito atribuido sino de la concurrencia de los otros presupuestos que legitimen la imposición de la detención provisional. Es el cumplimiento del deber de motivación el que finalmente permitirá fundamentar la imposición y mantenimiento de este tipo de restricciones a la libertad de una persona.

II.-Aunque comparto algunos de los fundamentos expuestos en la decisión de la que emito mi disidencia, la solución a la que se arriba no cumple con las exigencias constitucionales dispuestas para legitimar la imposición y mantenimiento de la medida cautelar de detención provisional, con base en la disposición legal que se alega inconstitucional.

1. En primer lugar, debemos afirmar que los derechos fundamentales, en efecto, pueden ser limitados por disposiciones infraconstitucionales, mediante el establecimiento de ciertos impedimentos para su ejercicio, cuando está de por medio la garantía de otros derechos fundamentales, la seguridad de la generalidad y el bien común; sin embargo, el establecimiento

de dichos impedimentos ha de hacerse con respeto al principio de proporcionalidad, y en cumplimiento de la prohibición establecida en el art. 246 inc. 1º de la Constitución, es decir, que no se altere el núcleo de los principios y derechos fundamentales.

En ese sentido, es cierto que corresponde al legislador, ante la inevitable correlación de intereses constitucionales, determinar para cada caso cuál es el punto de equilibrio entre los mismos, pues las disposiciones constitucionales se caracterizan porque nunca son mutuamente excluyentes; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, pues se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible.

Por ello, la necesidad de la ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la de los demás.

Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todos los supuestos de conflicto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otros casos. Se trata de una preferencia móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente del otro, sino a la preservación abstracta de ambos; esto es, la búsqueda de una solución intermedia que, en puridad, no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

Así las cosas, al dotar de validez constitucional al inc. 2º del art. 294 C.Pr.Pn., se está avalando el establecimiento de una presunción –regulada a través de la ley– de “no inocencia” (o de culpabilidad), ya que permite que el legislador consigne supuestos en los que la detención provisional se constituye en una regla y no una excepción para la situación jurídica del acusado. Y, por tanto, se veda la oportunidad para que la autoridad jurisdiccional pondere en un número considerable de delitos si la exigencia de eficacia del proceso penal puede razonablemente ceder ante el derecho a la libertad personal, el derecho a la presunción de inocencia de la persona inculpada.

2. Si bien, la decisión de mis colegas Magistrados señala que es posible hacer una interpretación que permita sostener la constitucionalidad de la disposición en estudio, se parte de

una premisa incorrecta, y es la de considerar que los criterios jurisprudenciales dispuestos en dicha providencia sobre la necesidad de la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida, y la motivación judicial sobre ello, permite que la *prohibición* de sustitución de la detención provisional dispuesta en el art. 294 C.Pr.Pn. no se aplique por *ministerio de ley* sino que siempre será requerido la concurrencia de aquellos presupuestos.

Entonces, dicha construcción jurisprudencial desconoce el mandato legislativo contenido en la norma objeto de análisis, en tanto, el legislador claramente ha contemplado apriorísticamente conductas delictivas específicas que “ameritan” detención provisional, sin dejar margen para que el juzgador tome en cuenta las consideraciones específicas del caso en concreto.

Por tanto, no puedo compartir la afirmación de que la construcción jurisprudencial efectuada en la decisión, lo ha sido bajo la modalidad de sentencia aditiva, al indicar que la disposición examinada tiene un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente, porque lo prescrito en el art. 294 inc. 2° es una prohibición clara que impide el análisis judicial sobre la procedencia de sustituir la detención provisional para los delitos ahí dispuestos, no cabe otra interpretación cuando el legislador expresamente contempla “no procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado ...” No se trata de un contenido normativo que pueda ser armonizado a los preceptos constitucionales, ya que la claridad de su redacción no permite considerar que bajo alguna fórmula o construcción jurisprudencial, pueda alcanzar el estándar constitucional exigible.

3- Es preciso señalar explícitamente que esta postura se corresponde con toda una línea jurisprudencial que ha sido desarrollada ampliamente en el ámbito del hábeas corpus y compagina plenamente con un incontrovertible consenso que existe en la doctrina procesal penal contemporánea sobre el tópico concernido.

Consecuentemente, mi voto no debe interpretarse como una forma de desprotección de la comunidad ante el crimen, sino como una posición que otorga a la detención provisional su naturaleza de medida cautelar con fines determinados; con lo cual se separan las finalidades de la pena de prisión –prevención general, inocuización, etc.– del ámbito estrictamente procesal.

Esto es así, la autoridad judicial no se encuentra impedida de imponer la detención provisional, si del análisis de los presupuestos procesales para ello, determina que resulta el único medio para vincular al imputado dentro del proceso penal.

Es decir, en la labor de análisis de la situación en la que el imputado, respecto de su derecho de libertad personal, debe enfrentar el proceso penal en su contra, lo dicho no representa una imposibilidad de utilizar la medida cautelar de detención provisional para los fines indicados, sino que la autoridad judicial se encuentra obligada a realizar una labor de análisis sobre los presupuestos procesales legalmente dispuestos para ella, a partir de lo que conste dentro de la investigación del delito que se conozca; y si, luego de ello, llega a la conclusión de imponer dicha restricción, siempre que se fundamenten las razones para ello, no existen impedimentos para hacerlo.

Esto es aplicable no solo respecto al primer análisis que se realice ante el inicio de la acción penal en contra de una persona, sino además en las distintas etapas del proceso en las que legalmente se encuentre dispuesto la obligación del juez de pronunciarse sobre esta circunstancia, y cada vez que se requiera a partir de la solicitud de revisión de medidas dispuesta en la legislación procesal penal.

En ese sentido, debo aclarar que las reglas básicas contempladas en los arts. 292, 293, 294, 295 y 297 C.Pr.Pn.D., ahora previstas en los arts. 329, 330, 331, 332 y 335 C.Pr.Pn., concernientes tanto a la imposición como la sustitución y extinción de la detención provisional, quedan a disposición de las autoridades jurisdiccionales correspondientes; por tanto, no existe vacío legal derivado de la inconstitucionalidad que advierto en la disposición legal en estudio.

4- consecuentemente considero que la resolución que correspondía al presente caso era una sentencia que declare la inconstitucionalidad del artículo 294 inc. 2° del Código Procesal Penal Derogado, retomado en el artículo 331 inc. 2° del vigente, a fin de atender las características de las medidas cautelares, en especial la detención provisional, que debe imponerse en definitiva tras una valoración judicial del caso concreto.

San Salvador catorce de septiembre de 2011

--- E. S. BLANCO R.--- PROVEIDO POR EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE---
E. SOCORRO C.---RUBRICADA.