

Motivaciones constitucionales en Habeas Corpus

I. Realidad de la situación jurídica.

Una de las grandes inquietudes de la actual Sala de lo Constitucional ha venido siendo la preocupación en los razonamientos que realizan los operadores jurídicos. Justificaciones que deben servir como antecedente explicativo de las decisiones que son tomadas en las sentencias. Ha sido, sin ninguna duda, un avance importante en las actividades desempeñadas por los jueces en pro de criterios uniformadores hacia la intraorganicidad judicial. El caso es que dentro de nuestro costumbrismo jurídico las razones han estado ausentes, si en sentido estricto hacemos una elaboración de búsqueda en las resoluciones veremos muchas páginas en blanco con dos frases que colapsan con el señalamiento de un artículo determinado. Equivocadamente la razón ha sido únicamente la ley desligada del caso concreto. En este sentido no se interprete una inclinación de alejamiento de la norma legal sino la fundamentación para refundir el caso real con el caso hipotético planteado en los supuestos normativos. La situación presenta a los operadores jurídicos —no todos, pero sí algunos— en una labor estimativa en que la ley lleva una razón intrínseca para justificar la decisión, lo cual no es equivocado; pero si lo es, al desligarse cuasicompletamente de la lógica jurídica que implica plasmar motivos certeros del por qué utiliza en la solución de la controversia tal o cual artículo. En otras palabras, la razón era el art. “X”, sin acomodarlo expresamente a las razones que se dan en la situación fáctica “Y”.

El problema es por tanto de adecuación de la norma al caso que se les presenta. Y lo embarazoso de las soluciones judiciales viene dado en base a que los considerandos o justificaciones de las sentencias sólo han venido citando artículos, sin dar con la conexión lógica. A veces el grado de la solución es todavía más negativa, cuando en algunas sentencias las justificaciones se remitieron a fórmulas vacías. Aquí tenemos los famosos “viniendo en forma se proveerá”, “declárase sin lugar la demanda presentada por el peticionario”, “sin lugar por ser improcedente la demanda presentada”, “decrétase la detención provisional por existir suficientes elementos de juicio sobre la participación delictual”

y así, innumerables frases que dentro de la organización judicial se han venido dictando. Sucedió entonces que el abogado tenía que ir a preguntar al resolutor o al juez dónde estaba la justificación de su resolución, convirtiendo la motivación judicial en una situación extracuerpo de la sentencia, en tanto que a pesar de ser un sistema prácticamente escrito, los fundamentos habíanse de buscar fuera de la sentencia, es decir en la boca —literalmente— del juez o la de sus colaboradores jurídicos.

II. La obligación jurídica de justificar

La Sala recalca en el deber de justificar al observar las dificultades en la estructura del razonamiento penal. En la sentencia 23-V-95 reclama sobre el formulismo judicial sin contenido al sostener que cuando la resolución judicial únicamente dice que “hay mérito”, o que “existen suficientes elementos de juicio”¹, deja un enorme margen de arbitrariedad por parte del juez de la causa, respecto de los procesados y del ejercicio en la defensa, puesto que si dicho mérito o elementos de juicio no son analizados utilizando la sana crítica no legitiman la fundamentación de la sentencia. Por tal razón se insiste en la obligación de los jueces de fundamentar sus resoluciones respecto a los extremos de la imputación.

Los magistrados constitucionales dicen que las exigencias de justificar jurídicamente están legalmente señaladas en el procedimiento penal, por lo que, la obligación de motivación debe estar presente en la actuaciones decisorias de los jueces penales. Las sentencias 1-J-96, 1-I-96 agregan la necesidad de fundamentar conforme los arts 487 y 488, además del 489 Pr.Pn. En la sentencia 5-Q-96 al comentar la motivación, la Sala estima que: “Todo esto nos lleva a la motivación de las sentencias interlocutorias penales, las cuales suponen no solamente la aplicación del artículo 247 en una forma mecánica ...1º) que conste suficientemente probada la existencia de un delito; y 2º) Que hayan elementos de juicio suficientes para estimar que el imputado tuvo participación en el mismo,.. sino una obligación constitucional que si bien es cierto no está expresamente determinada en el texto de la ley fundamental, encontramos por vía interpretativa disposiciones de las cuales deriva este derecho, para el caso el art.1 y 2 de la Constitución”.

En la sentencia 5-Q-96. siguiendo la argumentación de la obligatoriedad de las motivaciones de las sentencias penales, la Sala encuentra su opinión en las palabras de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, que: “desde el punto de vista amplio, ésta supone, la obligación de todo tribunal de justicia de exponer las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustenta” (Motivación de las sentencias penales”,

artículo tomado de la publicación "Seminario sobre" El Poder Judicial en el conjunto de Poderes del Estado y de la Sociedad", publicado en la Revista de Derecho Constitucional Nº 4, julio- septiembre de 1992. Página 17),

La obligación de motivación no se desliga del marco del método permisible en la esfera penal, es decir, el de la sana crítica; como tampoco de la advertencia de no quedarse en el mero cumplimiento de las formas jurídicas y de hacer una elaboración justificativa que sirva a la consolidación y legitimación de la legalidad que debe imperar en la solución de los casos. En la sentencia 23-V-95 añade que "los jueces están en la obligación de motivar o fundamentar sus sentencias (art.489 Pr.Pn.) sobre todo porque el sistema de valoración de la prueba vigente en materia penal es el de la sana crítica. Ello no solo implica el cumplir con un *formalismo normativo* sino porque además fundamenta y apoya el principio de legalidad, y facilita a los interesados (partes), los datos, explicaciones y razonamientos necesarios para que el ciudadano pueda saber el porqué de su pretensión, y en todo caso posibilitando un recurso o un remedio procesal"; Al encontrarnos con la sentencia del 21-S-95 la Sala de lo Constitucional dicta que el juez de lo penal debe justificar las razones por las cuales confirma la medida cautelar decretada por el juez de paz y no sólo limitarse a confirmar por estar conforme a derecho .

II.1. El deber de justificar racional y razonablemente

La motivaciones judiciales deben cumplir con dos criterios básicos para ser consideradas jurídicamente una justificación. La primera nos lleva por el método y el otro con la claridad de cómo este puede ser expresado y la facilidad para ser interpretado en el cuerpo de la sentencia. Estos dos criterios básicos se miden a partir de la racionalidad y razonabilidad que deben estar incorporadas en el documento procedimental penal. En la sentencia 1-CH-96R nos dice que los jueces deben motivar debidamente sus providencias, ya que se parte de hechos conocidos y probados, para concluir en una hecho desconocido, por lo que se debe de conocer el proceso de inferencia lógica . Determina así las necesidades que tiene el operador jurídico de usar la lógica jurídica usando el método deductivo en sus razonamientos, y la prohibición de hacer del proceso penal un método mecánico en la aplicación de las normas. De ahí que la primeras peticiones de la Sala adquieren el rumbo metodológico para incorporar con sanidad jurídica el producto de las investigaciones abocadas en la sede judicial. El inicio de sus reclamos preconiza a los operadores jurídicos que sus sentencias sean *razonadas*. Así, por medio del ejercicio de la razón, y muy especial en el campo del derecho penal por su vinculación con la sana crítica, se estima que las decisiones sean conforme a los patrones de lo permitido en el razonamiento jurídico. Este es el primer paso de la Sala.

La nota que caracteriza el ámbito de la racionalidad es insistido en la sentencia 23-V-95 en que la motivación en la sentencia penal, debe concretarse esencialmente en tres aspectos: (1) *la motivación respecto a los hechos*; convicción que genera la prueba recabada al juzgador, los indicios probados y la valoración de éstos a partir de los principios de la lógica, la experiencia y conocimientos científicos. (2) *la fundamentación de la subsunción*, a partir de la aplicación del derecho a los hechos estimados como probados, tanto descriptivos como normativos del tipo penal, (3) la individualización de la norma penal al caso concreto.

El segundo es la exigencia que el razonamiento realizado por el operador jurídico pueda ser comprensible, como resultado se requiere claridad en la exteriorización del pensamiento, que es de otro modo la condición de entendibilidad de la solución judicial. Por tanto, no basta que el juez y sus colaboradores jurídicos sepan autoexplicarse la decisión, ni que puedan expresarla verbalmente cuando el abogado llega a consultarles las razones de la decisión, sino que la decisión pueda ser captada en sus justificaciones por las personas que intervienen en el juicio o acuden a este con la sola vista del expediente. La Sala estampa el segundo criterio en el ámbito de la razonabilidad, exigiendo por tanto que la sentencia sea *razonable*. Y este entorno de lo razonable está marcando que las expresiones —razones— judiciales tengan un cuerpo inteligible. La sentencia 5-Q-96 en las palabras de Ignacio Sierra Gil, la Sala termina argumentando que esta motivación debe tener como característica que debe ser comprensible no solamente para el profesional del derecho que la lea, sino para el ciudadano, en una forma clara y breve, en respuesta a la pretensión por él formulada.

Debemos concluir que la Sala entiende que para considerar una sentencia justificada se necesitan al menos dos criterios que la conviertan en racional y razonable. De ahí que la motivación debe ser razonada y razonable. Razonada en tanto que el juez deduce los hechos a partir del análisis de la medida (5-Z-95 y 3-B-96) ;se sostendrá que la sentencia razonada viene dada por *el análisis de la prueba y la justificación de la medida* (9-C-95); en relación a lo razonable, ha de entenderse que ello es a efecto que tanto las partes como el tribunal superior en grado, comprendan fácilmente dicho análisis, es decir, que esta sea inteligible.(H.C. 5-Z95 y 3- B-96).

II.2. La justificación conveniente

En su actividad jurisprudencial la Sala observará los criterios enunciados. Lo racional y lo razonable se muestran en una tarea repetitiva, recaladora, recordatoria y exigente para afinar y terminar de dar forma a la seriedad lógica, expresiva y comprensible dentro de las decisiones judiciales. El papel de la Sala, y he ahí lo valioso de su gestión en este sector de las motivaciones permite acentuar el reflejo de los intentos de la depuración del razonamiento judicial. En

definitiva, nos encontramos con una función que recae sobre primeras impresiones que contribuyen a la delimitación del concepto jurídico de la motivación judicial. Retomando el sentido anterior, a la motivación judicial se le valora no solo por una expresión literal, lo que puede convertirla en ciertos instantes como una valoración sin sentido, sino que la jurisprudencia constitucional entra a determinar si la motivación a pesar de haber sido puesta es la correcta. Así se verán resoluciones en que la Sala advierte que únicamente el juez de la causa dio una justificación material pero no real.

Sin embargo, a pesar del criterio de la razonabilidad y racionalidad en las justificaciones judiciales que representan dos elementos básicos, suponemos que ocupar con diligencia y apropiadamente el método razonador y hacer que sea inteligible puede no tener tangencialmente el elemento de la conveniencia jurídica para dar por satisfecha la solución. De ahí que nuestro parecer hace necesario incorporar el asunto de la conveniencia, medible —desde el punto de vista de la referencia en norma jurídica—. Habida cuenta aclaramos que no es lo mismo la conveniencia de la justificación que la justificación conveniente, que es —la última— a la que nos limitaremos en este apartado. La primera estaría referida más bien a los fines que se persiguen con la motivación judicial en sede penal, persiguiendo de esta manera una especie de “justificación de la obligación de motivar las sentencias”, la segunda en cambio es un criterio que se añade al método motivador, no representa de por sí la justificación del método o de los criterios que se ocupan para justificar; de esta manera la justificación conveniente aparece aunada a los criterios de lo razonable y de lo racional en la sentencias.

Con la introducción, a nuestro modo de ver, de la justificación conveniente acentuamos que la sentencia no se agota desde la evaluación de la fundamentación con la verificación de lo comprensible. Debemos tener en cuenta que la tarea motivadora judicial a su vez no termina con la satisfacción del elemento racional, ya que es necesario que la sentencia se haga además de cumplir con ambos requisitos señalados reiteradamente por la jurisprudencia, con una adecuación en vista a la conveniencia jurídica, aparte de que la decisión sea correcta y sea la más apropiada al caso concreto que se presenta.

La conveniencia implica escoger de varias decisiones posibles la que mejor solucione el caso. De tres posibles decisiones y siendo las tres jurídicamente posibles, deberemos escoger la mejor. Los criterios de conveniencia pueden ser muchos. Sin embargo tres pueden bastarnos: uno, debe haber más de una posibilidad de decisión aplicable jurídicamente al caso; segundo, que existan circunstancias históricas que determinen la toma de decisión; y tercero, el raciocinio del juez debe escoger la mejor respuesta. Con esto asumimos que de varias respuestas correctas el juez coloca la más conveniente. No se olvide tampoco que la conveniencia sólo es un elemento de complemento para lo racional y lo razonable, nunca un criterio sustituto de ambos.

III. Fines de la motivación.

La justificación de las motivaciones judiciales representa otra cuestión importante en la actividad de la Sala de lo Constitucional. La Sala subraya el sentido antiarbitrario, anticonfidencial —en su significado restringido—, negador de una desprotección jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales competentes y en otras sentencias inclusive nos presenta la motivación con el fin de demostración de la “sapiencia judicial en el área jurídica y humanística”, tal es el caso de la 5-Q-96.

En la sentencia 23-V-95 ac. del 25-08-96 el tratamiento finalístico de la motivación judicial es dado conforme que la exigencia de la motivación, consigue: (a) La exclusión de la arbitrariedad; (b) la publicidad; y (c) la posibilidad de defenderse ante el tribunal superior. La motivación judicial al fin y al cabo no se reduce a una mera individualización de la norma penal, ni a una simple actividad de subsunción, aunque estos dos supuestos son parte de la actividad de motivación en las esferas judiciales. Sino, que encuéntrase tras de sí, una serie de fuerzas lógicas que endurecen la petición para que los jueces en cada resolución o sentencia que dictan, las hagan presente con evidencia real y formal, de contenido y según las reglas preestablecidas.

III.1. Negación de la arbitrariedad

La motivación judicial desde la percepción de los fines intenta hacer que las resoluciones no sean arbitrarias, en el sentido que al colocar el razonamiento, no se hace aparecer que la decisión pende absolutamente de una voluntad subjetiva y personalísima del operador jurídico, si quisiésemos hacer una conexión con los criterios que ha fundamentado la Sala, la antiarbitrariedad estaría intrínsecamente más cerca del lado del elemento racional.

III.2. Publicidad

Al mismo tiempo, con la motivación judicial se permite al menos una razón de publicidad. En cuanto el juez, al dictar su decisión, no ha terminado escondiendo u ocultando las causas que ha considerado para dar la solución. Interesa en esta senda el conocimiento y la percepción por las partes de las causas por las cuales se adopta una u otra medida por el operador jurídico. La explicación dicho de otro modo es cognoscible y la interpretación del juez es entendida por el resto de sujetos que se abocan a ver el desenlace de la investigación; de este modo la publicidad de la decisión se enlaza cercanamente con la razonabilidad de las decisiones y con la oportunidad de defensa para los sujetos procesales cuando sus decisiones son revisadas o sujetas a control en tribunales superiores.

III.3. Seguridad, tutela jurídica, y vigencia del principio de inocencia

La Sala resalta también como fines inherentes de la motivación la persecución de concreción de la seguridad jurídica, la representación de condiciones para la plena vigencia de la tutela jurídica, y la protección de uno de los principios esenciales del proceso como lo es el de inocencia. En la sentencia 5-Q-96 se estima que los arts.1 y 2 establecen la seguridad jurídica, en los cuales se fundamenta el Art. 489 Pr.Pn. Además sostiene que en el primero se enuncia expresamente este principio y en el segundo se establece la protección, conservación y defensa de los derechos individuales, tales como el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el debido proceso legal.

En la mencionada sentencia retomando al maestro Vicente Gimeno Sendra, la Sala nos dice que "...la sentencia ha de ser , en primer lugar, motivada, porque el deber de motivar la sentencia se encuentra implícito en el derecho a la tutela, máxime cuando de esta falta de motivación pudiere derivarse la infracción de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la libertad; en segundo, porque de no reflejarse expresamente en ella la prueba de cargo, el tribunal constitucional no podría, si dicha prueba en la indiciaria, apreciar si se ha producido o no una vulneración de la presunción de inocencia, no puede el tribunal constitucional entrar a conocer de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal ordinario..."

Opinamos que esta exigencia de la Sala podría ser colada por medio de lo que señalamos como justificación conveniente, haciendo primar en base al criterio de la tutela judicial, la efectividad de la sentencia, puesto que no se trata que la resolución del juez sea una simple declaración poética sino que en los planos empíricos sea verdaderamente cumplida, y siendo el cumplimiento efectivo una de las razones que alimentan la tutela judicial efectiva, la conveniencia como criterio de justificación que se adiciona a lo razonable y racional, puede aparecer como un nuevo enlace y perfeccionamiento para lo fines pretendidos con la obligatoriedad de la motivación judicial.

III.4. Demostración de conocimientos jurídicos y humanísticos

Como contenido de los fines de la motivación la Sala ha repuntualizado en las exigencias que como ostentador del cargo el funcionario-juez debe demostrar. La capacidad técnica, e idoneidad para el ejercicio de la judicatura es en estas circunstancias desde las finalidades de las justificaciones acentuada por la Sala. Por ello, el juez debe saber expresar sus conocimientos jurídicos y comprobar su debida competencia técnica al ser él la persona resolutora del conflicto. Se añade también la exigencia de comprobar la instrucción humanística al operar en el sistema judicial. La sentencia 5-Q-96 citando a Ignacio Sierra Gil de la Cuesta magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español la

Sala transcribe, respecto de la motivación de las sentencias que: “es un deber del juzgador, que demuestra, así sus conocimientos humanísticos y jurídicos; que es un derecho del ciudadano que inquiere los motivos de una decisión que le afecta ya directamente e indirectamente...”

IV. Efectos de la motivación judicial.

IV.1. Confirmación o no de las medidas adoptadas ordinariamente

Delimitados los ámbitos genéricos de la motivación judicial pasamos ahora a encontrarnos con las consecuencias que origina. De lo expuesto se deduce que la motivación persigue legitimar la decisión del juez, ¿qué sucede entonces si la motivación no es adecuada, o en un caso extremo no existe motivación?. Se le presenta con ésta interrogante a la jurisdicción constitucional de hábeas corpus el valorar la *obiter dictum*² —el fallo— del juez. Es decir, si la decisión puede ser aprobada en sede constitucional o el juez debe cambiarla al ser reprobada la decisión en el razonamiento constitucional. Hay consecuencias jurídicas en este sentido. Primero, la restricción a la libertad o privación es legal o, segundo, es ilegal e inconstitucional. No vamos entrar a los especímenes de las restricciones o privaciones legales o ilegales de libertad. Tan solo queremos mostrar los dos géneros que origina la presencia o ausencia de motivación judicial.

En principio, una motivación judicial debidamente justificada ocasiona confirmación por el ente juzgador constitucional; y la ausencia de motivación, o motivación indebida —material pero no real— produce la reprobación de la Sala de lo Constitucional. En la sentencia 18-C-96 decreta la libertad de los favorecidos por estimar que no hay fundamentación. La Sala sostiene lo siguiente: “Lo expuesto por el juez ejecutor refleja parcialmente lo que la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido reiteradamente, con la salvedad que también ya se ha explicado en resoluciones del tribunal que la presunción de inocencia y el juicio previo, no se ven afectados por un auto de detención provisional, que no esté debidamente motivado, porque de ser así, al motivarse la detención provisional, el detenido ya sería culpable, lo que no es correcto”. En el siguiente párrafo la Sala continua: “En conclusión, no todo lo sostenido por el peticionario y el juez ejecutor es correcto, pero sí lo es, el exceso en la fase de instrucción, y la no fundamentación del fallo, de acuerdo a todo el ordenamiento jurídico aplicable: Código Procesal Penal, y Pacto internacional de los derechos civiles y políticos”.

Si bien es cierto que la motivación de las sentencias es requisito para valorar la ilegalidad o no de la detención, hay que tener en cuenta que la violencia ejercida en algunos principios y derechos procesales puede llegar también a su concesión (decretar la libertad) a pesar de encontrarse materialmente justificada.

Esto es, y en general salta a la vista en cualquier proceso lógico, que si se han violentado garantías constitucionales del tipo relacionado es procedente conceder la libertad. La sentencia 3-R-96 sostiene que “aún cuando la adopción de la medida cautelar de fs.250 (segunda pieza) se encuentre materialmente justificada, se ha transformado en ilegal e inconstitucional porque se han omitido e infringido las garantías y derechos fundamentales reconocidos en el art.12 Constitución y artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 9.1; 14.1,3 literal “d” y “e” del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8,1.2 literal c.f. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” En otro caso siguiendo un poco la línea de la materialidad en la justificación, o en la apariencia justificadora la Sala previene a los jueces que sustenten sus resoluciones con una mayor fuerza, dotando a estas de una mayor capacidad de convencimiento. En la sentencia 3-Z-96 dice: Las resoluciones de los jueces se exige sean justificadas; pero esta justificación debe ser con argumentos sólidos y no llenarse con meras palabras sin contenido real.

Hasta aquí las soluciones son bastante evidentes, no necesitamos un mayor esfuerzo para tener presente las dos opciones de respuesta al hacer la valoración. Y es en esta senda que la Sala de lo Constitucional comienza sus pronunciamientos. Así, decretada una detención provisional, y no existiendo motivación judicial o existiendo pero no está debidamente justificada, procede la libertad del favorecido. Y existiendo motivación judicial y siendo que está debidamente justificada procede confirmar la detención del favorecido. Digamos que hasta acá la Sala retoma las implicaciones de la motivación judicial para los casos simples.

IV.2. La subsidiariedad constitucional de la motivación judicial

Sin embargo, entremos en una faceta diferente: ¿puede la Sala subsidiar la motivación judicial?. En principio la respuesta es negativa. Ya que implicaría adentrarse en las zonas que mellan la independencia judicial. No obstante hay casos, cuya delicadeza y cuyo impacto social es tan grande, —puede ser visto en el trasfondo de algunas resoluciones— además de las circunstancias en que se cometieron los hechos, la naturaleza del delito en cuestión, las agravantes que concurren en el acto delictivo, y en las que a pesar de no existir motivación judicial la Sala entra a subsidiarla. Ante tales casos, aún no habiendo motivación judicial expresa de parte del juzgador ordinario, la Sala asume la motivación. La consecuencia jurídica por tanto es que habiendo razones para la confirmación del fallo judicial, a pesar de que la lógica del juez de la causa no fue muy acertada para sustentarlo la Sala confirma la decisión.

En cuanto a la motivación de las sentencias, con bastante antelación a las sentencias de finales de 1996 se vino sosteniendo en las discusiones, dónde se encontraba el verdadero fundamento del deber de motivar la sentencia; con cier-

to pesimismo en el ordenamiento normativo, se estableció que en nuestro sistema jurídico se carecía de un mandato expreso, por ello se mezcló a la Constitución en el debate y se previno la actividad legislativa y la actividad interpretativa judicial, para que este, ante las abstenciones del primero produjese efectivamente el complemento de la norma. Era en las palabras de la Sala una tarea de armonización. La sentencia 19-V- 95 señala que la justificación de la privación de la libertad —reléase la del *periculum in mora*³— no está prevista en el ordenamiento: “es ahí donde radica el vacío de la legislación en relación con la Constitución, pues la justificación no se encuentra plasmada en el texto legal y el legislador no ha armonizado la normativa secundaria con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución”, en este sentido añadirá más adelante en dicha sentencia que el juez constitucional y el ordinario deben dotar de armonía al orden jurídico con su papel interpretativo, respetando los precedentes y los principios constitucionales. Al final de cuentas previsto expresamente o no, hemos de atender la obligación de justificar la sentencia de privación de la libertad.

La Sala en un intento de proteger los intereses plasmados en el sistema jurídico, sigue recogiendo en otras sentencias la falta de fundamentación, en las cuales concluirá que a pesar de la ausencia de fundamentación es posible que se continúe con la restricción de la libertad del favorecido, por constar dentro de la materialidad de las situaciones procesales elementos materiales que la justifican. En este sentido se manifiesta: Si bien el Juez A quo, debe cumplir con la obligación procesal de exponer los fundamentos jurídicos para estimar o desestimar algún elemento probatorio especialmente en la interlocutoria donde se adopte la medida cautelar, así como justificar la existencia del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, la falta de dicha fundamentación no implica que los requisitos exigidos por los tratados internacionales no existan materialmente dentro del proceso (sentencia 37-A-96).

En el caso del Juez Ventura con cierta relatividad refleja la falta de fundamentación en la sentencia que ordena se detención provisional. El sentido subsidiador se hace funcionar. La presencia de la carga de los méritos en forma tan evidente hacen que la detención provisional decretada se mantenga. Para algunos este caso llamará la atención porque ha sido un cambio de criterio. Otros lo atacarán con una falta de uniformidad en la actividad sentenciadora. Bien o mal, es inevitable hacer aparecer esta sentencia desde los razonamientos judiciales como un caso especial. La excepción está en la extrema evidencia que se aporta a la Sala a través del mismo proceso, en el cual a pesar de que el juez de la causa no justifica con el deber y criterios del razonamiento y de la razonabilidad, se acepta el mantenimiento de la medida cautelar decretada. Cabe señalar, no dejar pasar por alto esta resolución ya que comienza a iniciar nuevas visiones jurisprudenciales desde la excepcionalidad de las motivaciones judiciales. Y más importante todavía, por los efectos que ocurren en las ausencias del razonamiento combinadas con las gravedades de las conductas sujetas a control

judicial y sometidas los criterios de la evidencia y al mérito suficiente. La Sala señala que grave falta es, cuando en el proceso existe suficiente mérito para una detención, pero el juez no consigna en la resolución todos aquellos aspectos probatorios y razones para fundamentar la detención, haciendo aparecer la resolución como arbitraria. La Sala detecta que el juez no tomó en cuenta las declaraciones de algunos testigos para el razonamiento de su providencia judicial. Luego, la Sala pone al debate el criterio que ha venido sustentando en relación a la motivación, en el que dice: "el art. 52 de la Ley de Procedimientos Constitucionales expresa que, si no existe auto de detención, pero sí mérito, se debe ordenar que permanezca en detención aunque no totalmente razonado como lo exige el Art.489 Pr.Pn, pero sí se desprende del proceso que las justificaciones de la detención se pueden encontrar en él". Este apartado servirá a la Sala para fundamentar su fallo en el que declara: "Continué Luis Arturo Ventura con la orden de detención decretada en su contra. (8-V-96).

En la sentencia 23-V-95 juicios acumulados (24-V-95; 28-C-95 y 29-C-95) la Sala de lo constitucional introduce un caso muy importante en atención a la motivación, en cuanto a pesar de no haber sido establecida por el juez de la causa, estima que dentro de su competencia en hábeas corpus puede subsanarla. "Al respecto, la Sala ha sentado jurisprudencia en el sentido de que si advierte dentro del proceso la necesidad de mantener la medida cautelar adoptada, por darse dichos supuestos (*periculum in mora*), y el juez no lo haya justificado así, la Sala puede subsanar dicha omisión, con la respectiva sanción al juez infractor"; en sentencias anteriores, ha venido resaltando dicho criterio, obtenido por medio de una interpretación extensiva que se lo ha posibilitado el art.52 de la Ley Procesal Constitucional. La Sala dice que "el art.52 de la L.Pr.Cn., señala que si no existe auto de detención, pero hay mérito para decretar el auto, debe resolverse que se permanezca en la detención en que se halla el detenido. Con mucha mayor razón, si existe auto de detención, aunque no debidamente razonado por el juez, se debe de resolver que permanezca en la detención".

IV.3. Efecto para el operador jurídico de la motivación subsidiaria constitucional

Con la sentencia que presentamos a continuación, traemos a colación otro de los efectos de la motivación judicial, en cuanto la ausencia implica falta del juez del causa. Por eso la ausencia de fundamentación acarreará en la versión de la Sala una amonestación para el juez de la causa. Aunque aún no se ha presentado suponemos que la persistencia en este sentido de no fundamentar la sentido puede hacer concurrir negligencia inexcusable para el juzgador y conseguir con esto una consecuencia jurídica de mayor naturaleza como sería la destitución del cargo.

A la vez el criterio subsanador de la Sala se repite en el caso que sigue en la sentencia del 16-L-96, el rigor lógico que debe tener una resolución que decreta una detención, está totalmente ausente en la actuación del juez mencionado. "Ningún razonamiento, ninguna fundamentación, ni siquiera la cita de folios en los cuales conste esa comprobación que dice que existe...En el presente caso existe auto de detención, existe mérito para la detención, solamente que el juez no la fundamentó como ordena el Código de Procedimientos Penales, luego se debe ordenar que se permanezca en la detención en que se encuentra y amonestar al juez por no fundamentar sus decisiones".

IV.4. Subsidiariedad constitucional parcial

La Sala se encuentra de nuevo con el problema de la motivación. Es importante por el presupuesto que sostiene en este nuevo caso, al aceptar justificaciones parciales y retomar como en los casos anteriores su función subsidiaria en la fundamentación judicial. "Es evidente que estando procesado por tres delitos cometidos juntos con otros procesados por extorsión y homicidio, es un grave riesgo para la investigación de los hechos decretar su libertad mediante otra medida cautelar distinta de la detención, tratándose este de un caso de excepción a la regla general sobre la detención, es oportuno mencionar, que el juez debe pronunciarse sobre este punto en todos los casos que se le sometan a su conocimiento, y en defecto de él, la sala considera conveniente hacerlo, por el art.52 Pr.C. que si no existe orden de detención en que se encuentra; con mucha razón debe ordenarse, si existe la orden de detención, aunque justificada parcialmente con la legislación interna" (sentencia 6-N-96)

En la sentencia 65-M-96 la Sala nos dice que: "No obstante de advertir la falta de fundamentación de los anteriores presupuestos, esta Sala como en repetidas ocasiones ha tenido que hacerlo, sin que esto constituya una desplazamiento de la actividad propia del juzgador dentro de su función jurisdiccional".

En conclusión las sentencias recientes de la Sala en jurisdicción de habeas corpus señalan la competencia autoatribuida y legitimada del quehacer subsidiario vía jurisdicción constitucional de las justificaciones o motivaciones judiciales dictadas en sede ordinaria. Se sostiene por tanto un cambio jurisprudencial respecto del primer tiempo cuando la Sala de lo Constitucional abrió el razonamiento de la falta de fundamentación para legitimar las sentencias dictadas por los jueces ordinarios, y que consecuentemente hizo posible decretar la libertad de los favorecidos por dicho proceso de protección de la libertad personal. Sin embargo, este criterio es recortado en reciente y reiterada jurisprudencia confirmando que aún con falta de fundamentación y existiendo la concurrencia de los diferentes criterios y requisitos que hacen posible precisar la decisión de adopción de una medida cautelar, es que la medida cautelar debe ser confirmada.

Al respecto las opiniones divergentes de algunos círculos jurídicos intensamente manifiestan el descontento por el cambio de criterio, arguyendo una delegación de competencia no permisible en el ámbito jurídico. La verdad de las cosas, que a pesar de ello, en principio, el actuar de la Sala conforme al cambio de opinión no deja de tener justificaciones más fuertes que los reclamos en pro del procedimiento. En el fondo la Sala, presenta un antiformalismo procedimental, que no hemos de confundirlo con una “gracia de que los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces” y hemos de observar que la intencionalidad, medida en su jurisprudencia respecto del quehacer subsidiario, no es más que un celo que linda con la diligencia constitucional de hacer posible no sólo una efectiva tutela jurídica, sino confirmar la obligación que le dejó prescrita axiológicamente el constituyente en el art.1 Cn en tanto, el deber general que vincula al Estado, de organizarse para la consecución de la justicia y no su burla pretenciosa por medio de un decisionismo argumentativo que linde con la ineffectividad judicial.

V. Motivación judicial de medidas cautelares.

Hasta el momento nuestro intento de abordar la temática de las justificaciones judiciales. El ámbito en el que nos hemos movido ha sido metodológicamente genérico. Nuestro intento era tener con los precedentes generales un acercamiento consecuente con los criterios todavía más específicos que la motivación judicial debe tener en cuenta. Estos criterios pueden operar también como requisitos dirigidos a los jueces de las causas cuando decretan una medida cautelar. El asunto relevante en este punto es por tanto, un mayor grado de concreción para estimar que la medida cautelar adoptada es legítima o ilegítima, en consecuencia legal o ilegal, cuyo resultado sea el mantenimiento de la medida, sustitución de la medida o su eliminación.

Los criterios que mostramos a continuación no se han salvado de las críticas sobre su supuesta legalidad, especialmente cuando el hábeas corpus se entrelaza con las esferas penales⁴. Se ha sostenido que no reúnen el requisito de previsión normativa. A nuestro juicio, creemos que la actividad judicial con las implicaciones en materia penal, deja abierta la facultad para rellenar vacíos en la norma en un área en la que el despertar creativo del juez constitucional está permitido. Recuérdese que las interpretaciones extensivas, de las cuales mucho se ha dudado, están permitidas en hábeas corpus. La pretendida labor no está ausente en vista del área de interpretación que es la constitucional. Con el objeto del hábeas corpus se ha aclarado que no se discuten —en los casos de supuestas violaciones a la libertad— en procesos penales, cuestiones o criterios únicamente penales, sino criterios constitucionales, y que la mayor parte de las demandas de servicio judicial están íntimamente ligados con el quehacer de los jueces penales. El asunto es en definitiva cuestión de metodología e interpretación constitucional que busca la protección del derecho a la libertad personal.

V.1. Mínima concepción de las medidas cautelares

Para hablar con propiedad de las justificaciones específicas en las medidas cautelares es un deber de responsabilidad aclarar ciertas concepciones: una, la función de las medidas cautelares; dos, la graduación de las medidas cautelares; y tres, tipos básicos de medidas cautelares.

V.1.1. Función

La función de las medidas cautelares procesalmente, están definidas como resguardos de seguridad. Una medida cautelar representa en este sentido un dispositivo pro-eficacia de las averiguaciones procesales. Es la precaución judicial expresada en un tipo de decisión para lograr que la verdad procesal sea más certera, y por otro lado, para permitirse una efectiva tutela judicial en grado de ejecución de la sentencia que fallará sobre la supuesta violación del derecho. La sentencia 2-B-96 insiste en que las medidas cautelares, son depositarias de un carácter de instrumental, es decir, no son fines en sí mismas sino que obedecen al logro de la eficacia del proceso y la sentencia 9-C-95 radica la instrumentalidad de la detención provisional en la no frustración del proceso, y en que se haga realmente efectivo la ejecución del futuro fallo.

V.1.2. Graduación

Con la graduación de las medidas cautelares, entramos en el campo de la adopción en razón de la gravedad que sustentan por sí mismas. Es decir, las medidas cautelares tienen mayor restricción a las libertades o tienen menor capacidad para restringirlas. Unas poseen mayor fuerza o rigor y otras representan una inferior afectación del derecho a la libertad. Téngase en cuenta que la capacidad de aumentar la restricción de las libertades se ha fundamentado tradicionalmente en la gravedad de los hechos de ahí que, no olvidemos que esta justificación será directamente proporcional para el mantenimiento, sustitución o eliminación de la medida cautelar. Por ello se dice, y se habla operativamente de la necesidad que la medida cautelar a imponer sea proporcional y al mismo tiempo temporal. Nuestra jurisprudencia se adentrará además de la justificación mencionada en otras que discutiremos adelante. Sirva por el momento tener presente que las medidas cautelares al gravar a la libertad no son uniformes. Sus fuerzas de choque contra la libertad son de diferentes categorías.

V.1.3. Tipología básica

Respecto de los tipos básicos de las medidas cautelares y llevadas de la mano a partir del sentido de la gravedad, se suelen presentar por medio de una

escala jerárquica así, nos encontramos con la detención provisional como una de las medidas más graves de afectación a la libertad personal, en el otro extremo están otras medidas: las detenciones administrativas, las detenciones en flagrancia hechas por personas particulares o por autoridades investidas de la fuerza pública, las detenciones por el término de inquirir; luego podemos encontrarnos con otras medidas de menor envergadura —en la restricción a la libertad— aquí están presentes las prohibiciones para no abocarse a lugares determinados, las prohibiciones para no salir del territorio nacional, las obligaciones de presentarse periódicamente ante los tribunales que llevan el juicio; y otras que están en orden económico como son las diferentes cauciones juratorias; véase también que el operador jurídico algunas veces limita la libertad a partir del juramento que sea hace a través de una caución juratoria.

V.2. Justificaciones de la medidas cautelares

Nuestra actividad sentenciadora constitucional en materia de hábeas corpus, y no es para menos, ha centrado sus justificaciones en un grueso de casos que incumben las restricciones a la libertad en las esferas judiciales. Propiamente la mayor cantidad de quejas constitucionales han remitido al hábeas corpus como un proceso de ataque contra un tipo especial de medida cautelar, la de máxima gravedad, como es la detención provisional. Por eso, no hay que sorprenderse en los comentarios que vienen a continuación, siendo que están referidos en su mayoría a la detención provisional.

El tema de la detención provisional como medida cautelar no deja de ser interesante en nuestro país. Representa un asunto de vital importancia y de urgentes cambios. La detención provisional en El Salvador refleja una coyuntura histórica muy importante y al mismo tiempo tajante en las violaciones a los derechos humanos desde esferas judiciales. Tampoco se mal interprete que éste ha sido un problema único de El Salvador. Las realidades jurídicas latinoamericanas muestran fehacientemente la ocupación de un similar patrón en la temática de las detenciones preventivas. Su fuerza histórica la estanca como medida cautelar sin justificación, lo cual la traduce como pena anticipada, y como una regla general presumible para el presunto infractor de la tipificación delictual. Error a estas alturas que se trata de solventar conforme la reedificación de nuevos argumentos e instituciones jurídicas que hacen de la libertad un bien jurídico preciado.

En este contexto es inevitable valorar la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional cuando, contra marea, se toma el atrevimiento con el respaldo jurídico, de cambiar una realidad jurídica de afectación desmedida a la libertad personal y volcarla por una protección medida hacia la libertad. Entiéndase que volcarse hacia la libertad no

guarda un dato necesariamente implicativo de que más personas saldrán libres cuando los decretos de detenciones provisionales sean conocidos por el ente juzgador constitucional, sino que entiéndase en el sentido de que la metodología revive principios básicos que mandan al juzgador operar jurídicamente conforme lo favorable a la libertad. A menos que en el curso del proceso constitucional surjan datos procesales que hagan que la opinión jurídica inicial cambie por una en que la libertad salga desfavorecida pero nunca eso sí, anulada.

V.3. La detención provisional como medida cautelar.

Tal como lo hemos mencionado en notas anteriores, el análisis de la detención provisional conlleva en primer lugar el encuentro sobre su naturaleza. ¿La detención provisional es una decisión definitiva o tiene por el contrario el carácter de ser una decisión temporal y preventiva?. La jurisprudencia constitucional acierta en el carácter de precaución de la detención provisional. Al tratar de descifrar su genética jurídica, encuentra en ésta su pertenencia a las especies de las medidas cautelares. Por ello, la detención provisional debe y sólo puede mirarse, como una medida de tipo precautorio.

Descifrar el carácter de medida cautelar tiene mucho que ver con las finalidades que persiguen éstas en común. En esta forma el sentido asegurativo se palpa dentro de sus peculiaridades. La sujeción del sujeto al proceso se vuelca como otro fin de las precauciones que debe presupuestar el juez ante quien se dilucidan los hechos. Esto permite que al término del juicio el proceso no termine siendo una mera investigación y aclaración de los sujetos que han delinquido o infringido la norma jurídica, sino que, conforme las pautas de un verdadero concepto de tutela judicial, el juicio prosiga con una efectiva ejecución de las sanciones merecidas por parte del condenado o del reo. Es decir, conforme las opiniones vertidas por el juez ejecutor en la sentencia 18-A-96, el objetivo con la implementación procesal de una medida cautelar es el de garantizar la responsabilidad penal del imputado, art.247 Pr.Pn. Un fin preventivo podemos desentrañar con el intento que se persigue al adoptar la medida cautelar en razón de evitar la reiteración delictiva. Siguiendo los criterios del antecedente policial que delata probables y futuras acciones del sujeto imputado, el juez impone la medida y lo hace por un bien social traducible en la seguridad colectiva e individual.

Los contenidos en el ámbito de las finalidades de las medidas cautelares respecto de la detención provisional pueden ser vistos conformes las declaraciones que se dan en la sentencia 9-C-95. En la misma se sostiene que la medida cautelar tiene por objeto garantizar la comparecencia del procesado al acto del juicio; sea éste, entendido como vista pública o como vista de la causa en los casos que conoce el tribunal de conciencia y en los que el juez ha de fallar de mero

derecho; al mismo tiempo dicha sentencia añade, siguiendo la obra del Doctor José María Asencio Mellado, “La Prisión Provisional”, que la detención provisional no quiere la frustración del proceso, sino que la instrucción tenga éxito, aparte de evitar que se oculten futuros medios de prueba; también se persigue evitar la reiteración delictiva en base a los criterios de habitualidad del procesado, y en definitiva la medida cautelar no es más que la satisfacción de las demandas sociales de seguridad. La medida de la prisión provisional no es una pena anticipada, sino que su verdadera naturaleza radica en ser una medida cautelar.

V.4. Criterios para imponer una medida cautelar

La imposición de la medida cautelar, ha sido reevaluada bajo criterios muy específicos. en los que la Sala ha tenido una evolución jurisprudencial importante al ir asentando toma de posesión en las reglas que siguen:

V.4.1. La rebus sic stantibus.

Que las razones por las que se adoptó la medida cautelar permanezcan inmutables hacen que la medida cautelar pueda seguir manteniéndose. Esto es lo que se conoce como la *rebus sic stantibus*. Es decir, el juez para apoyar una detención provisional debe estar atento que las circunstancias justificantes de su decisión no hayan sido mudadas en el caso. El cambio, por tanto, de las circunstancias y de las justificaciones hacen imposible desde la Sala de lo Constitucional que la detención provisional siga surtiendo efectos.

La sentencia 2-B-96, y 9-C-95 insisten en la regla “rebus sic stantibus”, en el sentido de que las razones por las cuales se pronunció la medida cautelar se sigan cumpliendo en el curso del proceso, puesto que al desvanecerse o modificarse pierde su razón de ser la medida cautelar. La sentencia 41-A-96 es muy expresiva en este sentido: La regla rebus sic stantibus hace referencia a la dependencia de la vigencia de la prisión preventiva en un proceso determinado, de subsistencia o invariabilidad de las razones y motivos que constituyeron la base de la adopción, la cual si dichos motivos desaparecen o varían a lo largo de la causa, correlativamente la medida cautelar hace surtir los efectos derivados de tal modificación y, consecuentemente, debe ser levantada o acomodada a la nueva situación, dicha nota se encuentra relacionada, únicamente, con las causas o motivos justificativos del acuerdo tomado para decretar la detención provisional: dichas razones son la del “fumus boni iuris”, “el periculum in mora”, la “jurisdiccionalidad” y “la legalidad de la medida”.

La evolución jurisprudencial de las razones comprensivas de la regla rebus sic stantibus han sido depuradas a través de diferentes sentencias. El objetivo se vuelve esclarecedor y amplificador del contenido de la regla que nos atañe. Por

ejemplo, al examinarse la sentencia 2-B-96 se restringe la regla al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, en cambio la 9-C-95 los amplía a la jurisdiccionalidad y legalidad de la medida. Adelante la Sala dará un criterio todavía más amplio al remitirnos al concepto genérico de las medidas cautelares. Por ejemplo la 19- V-95 toma en cuenta las cuatro, pero bajo el criterio de identificación de las medidas cautelares y no sólo como regla “*rebus sic stantibus*”, a la cual se restringen el “*fumus boni iuris*”, y el “*periculum in mora*”. En cambio en vuelve a restringir el criterio al sacar a trasluz las concepciones de Asencio Mellado en la sentencia 5-Q-96 quien dice sobre este punto y en especial sobre la motivación del auto de prisión provisional que, “los extremos a los que ha de hacer referencia el auto de prisión y, en concreto, tal resolución judicial ha de contener los hechos o cargos esenciales y, además, ha de reflejar el razonamiento que el Juez ha seguido para concretar la existencia de unos efectivos *periculum in mora* y *fumus boni iuris*”.

V.4.1.1. El *Fumus boni iuris*

Esta regla de justificación ingresa en el razonamiento jurisprudencial en un sentido que deriva en las exigencias al operador jurídico para que justifique su decisión en el ámbito del derecho. No se le puede pedir otra cosa al juez, respecto de las motivaciones de sus decisiones, que explique conforme a los presupuestos legales su decisión. La restricción a la libertad debe tener como fundamento la aplicación de buena fé de la regla jurídica, y para ello es necesario que la detención provisional deba informarse de las condiciones generales de toda medida cautelar “*fumus boni iuris*”, o apariencia de buen derecho para ser pronunciada (Opinión del Juez Ejecutor en sentencia 18.A-96 y 9-C-95), y que en nuestro derecho viene representado por los supuestos procesales que establece el 247 Pr.Pn., como son el cuerpo del delito y la participación delincuenciales en la comisión del mismo por parte del procesado, hechos con los cuales se fundamenta el supuesto hipotético que adopta el legislador como requisito esencial de tal medida cautelar (9-C-96).

La sentencia 37-A-96 lo representa en cuanto a la existencia de un derecho violado y la amenaza de una alteración del orden jurídico y social de nuestro país. El imputado en este caso había sido detenido por el ilícito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito de drogas. Y en la sentencia de inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96 (Ac) al hacer la justificación de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 14 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado la Sala estima que la transformación jurídica legislativa que se hace del 247 Pn. conforme el art. 14 de la Ley transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, al limitarse la motivación judicial de la detención provisional a la existencia de elementos de juicio suficientes para estimar

que el imputado tuvo participación en el delito es una violación de los arts. 2, 8 y 12 de la Constitución. Puesto que de la sola lectura del enunciado de la norma, aparece evidente que se pretende que la detención provisional se dicte de modo mecánico o automático, pues al preceder el vocablo *bastará* deja de lado el derecho a la presunción de inocencia. En dicha sentencia los magistrados constitucionales escriben que el *fumus boni iuris*, es la apariencia o justificación del derecho subjetivo, que en el proceso penal —tratándose de la futura actuación del *ius puniendi* como consecuencia de la comisión de un delito—, estriba precisamente en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada.

V.4.1. 2 El *periculum in mora*

La manifestación de actos evasivos a la aplicación del régimen sancionatorio penal y de los diferentes efectos jurídicos que se dan en la secuela procesal, justifican esta regla adicional. Que el imputado en un instante determinado se pierda, se extravíe, se esconda, se vaya fuera del territorio nacional, o desaparezca de las actuaciones que le incumben en el proceso penal, viene siendo otro tanto justificador para la adopción de una medida cautelar. El legislador constitucional, vía jurisprudencia en *hábeas corpus* advierte y trata de asegurar los futuros débitos que se impliquen por la autoridad juzgadora. La deuda social, desde esta perspectiva no puede quedar impagada por las lesiones ocasionadas a los diferentes bienes jurídicos protegidos en las esferas jurídicas penales. Se trata de evitar que la sociedad acreedora no salga frustrada, ni sea expuesta tan siquiera a una probabilidad casi certera de falibilidad penal. En este marco el “*periculum in mora*” tiene que consistir en atender al peligro de que el imputado se fugue y eluda la acción penal o bien que exista obstaculización del proceso investigativo. (Opinión del Juez Ejecutor en sentencia 18-A-96).

Colocar el criterio que ante la existencia del peligro de mora procesal, es necesario mantener la medida cautelar más grave del sistema jurídico penal no es tan simple. Se evidencia así, que es obligatorio hacer una labor de especificación. Para ello se vuelve evidente la obligatoriedad de individualizar la combinación de este criterio. La sentencia 41-A-96 añade que el *periculum in mora* puede ser justificado con base en la alarma social que suscita la acción delictiva. Pero este no puede ser el único criterio a utilizar, ya que se encuentra vinculado con otros criterios —generales— medidos objetiva y subjetivamente en la circunstancia comisiva de la acción antijurídica. Desde este punto de vista en dicha sentencia se imponen además, los siguientes criterios para su adopción: criterios tanto objetivos como subjetivos, los primeros referidos al hecho punible atribuido al procesado, la gravedad de éste, las circunstancias coincidentes en su realización, formas perfectas o imperfectas de la comisión del delito; y los subjetivos relacionados con la persona del imputado, tales

como grados de participación del autor, antecedentes policiales, delincuenciales, reincidencia, habitualidad etc....

En la sentencia 8-J-96 que confirma la detención provisional de una imputada, por los delitos de homicidio doloso en grado de tentativa y delito imperfecto de asesinato, los aspectos objetivos son medidos a partir de la gravedad de las infracciones que se imputan, como es el atentado contra la vida, la presencia no de un delito sino de dos delitos, las circunstancias de violencia que corren en la realización delictual, además del aporte que brinda el médico siquiatra indicando que la actitud de la imputada refleja falta de capacidad en cuanto al control de sus impulsos. "Es así como se deduce que sí existe peligro de fuga", que de concretarse "conllevaría a la pérdida de eficacia del proceso penal por la falta de cumplimiento de una futura resolución judicial".

El peligro de fuga del imputado es un hecho preocupante para la Sala. En algunas sentencias lo vierte como peligro de fuga sin adjetivos, y otras como la que comentamos a continuación, salta como nota que no se puede dejar pasar, la realidad extrema y cuasiposible concreción del peligro de fuga. Por eso considera que el caso que conoce el peligro de fuga es real. En la sentencia 1-I-95 la Sala al conocer en revisión de la sentencia de hábeas corpus pronunciada por la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, con sede en Usulután en la que se atacaba la supuesta detención ilegal de los procesados por parte del Juez de Primera Instancia de Jiquisisco con sede en Usulután agrega el *peligro real y cierto de fuga* de los procesados, para confirmar la detención provisional de los indiciados. Véase que no es simplemente un peligro de fuga, sino el énfasis que coloca en esta sentencia, es decir, en la certeza y concordancia extrema de la realidad. La Sala llega a esta conclusión ante la declaración del testigo en la que manifiesta temer por su propia vida.

Una resolución llamativa es lo que personalmente podríamos denominar una presunción judicial de fuga evidente, y es que la Sala al encontrarse frente a un reo ausente, y conforme la naturaleza del delito supuestamente cometido, considera que se configura de por sí, evidencia real y cierta de que su intención es la de eludir la justicia. En la sentencia del 15-P 96 agrega que una razón muy fuerte para sustentar la detención provisional, no ya tanto desde el peligro de fuga, sino desde la concreción de la fuga (presunción judicial a la que llega la Sala), puede ser deducida y pronunciada con base en que la reo está ausente y el tipo de delitos por los cuales está siendo procesada. Veamos la nota que coloca la Sala en esta sentencia: "La Sala ha reconocido que la detención provisional no es la regla general, sino la excepción, pero también reconoce que cuando existe peligro de fuga, debe decretarse la detención. En el presente caso la imputada está ausente, no estamos ante el peligro, sino ante una realidad. La persona no está capturada porque evade la detención, en consecuencia su caso es de aquellos en que es pertinente mantener la restricción ordenada por el juez.

Téngase en cuenta que fue procesada por utilizar documentos falsos de identidad para trámites, salidas y entradas al país”-.

La naturaleza del tipo delictual cometido se vuelve a mostrar como una constante en el criterio del peligro de fuga como justificación para mantener la medida cautelar de detención provisional. En la sentencia 35-C-96 el peligro de fuga vuelve a ser la nota importante para legitimar en esta ocasión la detención provisional, supliendo la falta de motivación del juez ordinario. La Sala asume el peligro de fuga a partir del tipo delictual que lleva en su propia regulación la tipicidad de evadir la autoridad. Se motiva en este sentido que “Del estudio del proceso resulta que también está siendo procesado... por el delito de favorecimiento de la evasión, pretendiendo.... que no fuera capturado, lo que indica que existen circunstancias que determinan el peligro de fuga...”

Las circunstancias en que fue capturado el imputado vuelcan el razonamiento confirmatorio de la Sala respecto de la detención provisional. El hecho de que el imputado pretenda huir con el ánimo de no ser capturado, al momento que la policía llega, hace una prueba muy dura que opera a favor de la asunción de la intencionalidad de fuga. En la sentencia del 39-M-96, se pone en evidencia en forma bastante concreta el peligro de fuga de los imputados. La Sala recoge los pasajes del proceso en que los imputados están siendo procesados por el delito de robo —vehículos—, en que según el dicho de los testigos, manifiestan que el imputado que se pretende beneficiar con el habeas corpus, intentó escapar al momento de su captura.

La condición política del sujeto procesado ha venido siendo otro criterio circunstancial dentro de la adopción del criterio de peligro de fuga. Por eso la condición de extranjero al momento de cometer una acción delictual de por sí, sustenta la confirmación de la medida cautelar. Con la sentencia 37-A-96 el peligro de fuga se manifiesta a partir de la nacionalidad del imputado. La Sala fundamenta que ...el peligro de fuga, está determinado de manera a priori, en el sentido que el favorecido es de nacionalidad colombiana y el riesgo de salir del país es inminente . El peligro de fuga asentado en el criterio de la nacionalidad, se verá confirmado en la sentencia 2-F-96 en la que la Sala encuentra presente una excepción a la regla general de libertad. Justificando la excepción, o sea, la asunción de la detención provisional en cuanto que la condición de extranjero implica la presencia de un peligro de fuga. La Sala escribe: “tomando en cuenta la condición de extranjero, el peligro de fuga está presente, y su detención cae en las excepciones a la regla general.”

El peligro de mora procesal conlleva un mandato genérico para el operador jurídico. En el sentido que la serie de actos jurídicos que realiza, no terminen siendo infructuosos e inefectivos al final, ni en el transcurso de los procedimientos. Aquí, la nota es la infalibilidad del proceso penal versus la capacidad de falla e ineficacia del régimen sancionatorio. Asumiendo los diferentes criterios

que nos conectan con la ineficacia procesal y que hacen que el juez quede en deuda con la sociedad, disminuimos los riesgos de que el juicio termine siendo una averiguación sin un resultado jurídicamente efectivo. Sabiendo los defectos que no permiten operar con eficiencia y eficacia al operador jurídico procesal, nos permitimos asegurar la minimización de los efectos y circunstancias dañosas al proceso. El peligro de mora por tanto no puede verse, a nuestro entender únicamente, como un peligro de fuga, sino como el peligro de que en este caso el proceso penal sea falible o inefectivo para una tutela judicial.

El peligro de mora es por tanto un criterio, que al estar presente y haber sido advertido en la decisión judicial, ajusta e incrementa una tutela judicial efectiva. Partiendo de este concepto general, el peligro de fuga es un caso para que el proceso penal no llegue a feliz término, la obstaculización de la investigación será otro criterio del peligro de mora procesal, que atendiendo la conceptualización que manejamos no necesariamente puede significar peligro de fuga. Por ejemplo: el delincuente que desde la cárcel amenaza gravemente a los testigos que le son desfavorables para una futura libertad, no es ni puede ser un peligro de fuga, sino más bien una obstaculización procesal para desligarse del peso de la ley. En ese instante el delincuente no intenta fugarse sino lograr su libertad por medio de otros artilugios que definan una inculpabilidad respecto de los actos por los cuales es acusado.

La casuística que maneja la jurisprudencia constitucional respecto del peligro de mora procesal un datos interesante: por un lado la obstaculización de la investigación y de otro el peligro de fuga. En el peligro de fuga la jurisprudencia constitucional sistemáticamente introduce una variedad de situaciones jurídicas: que el peligro de fuga es una circunstancia jurídica que legitima la adopción de la detención provisional, que el peligro de fuga debe ser real, que frente a un reo ausente opera una especie, a nuestro entender, de presunción judicial de fuga evidente, que el hecho de eludir una captura es otra circunstancia que deriva para estimar que el reo quiere eludir no sólo la acción policial, sino otra que puede serle todavía más fuerte —por la expectativa de años que puede pasar en prisión— como sería la de carácter judicial. La condición de nacional o extranjero legitima la existencia de un posible escape. El tipo de delito cometido no sólo por su gravedad sino por la conexión que conlleva a evadir justicia -la falsificación de documentos para salir del país, por ejemplo—, el número de delitos, y cuando la actitud del reo, medida a través de un especialista siquiátrico, indica falta de capacidad en cuanto al control de impulsos hacen que dentro del “homini” se establezca la querencia por librarse de cualesquier fallo dictado en el derecho, esto es configuración de nuevo del peligro de mora judicial.

Nuestro punto de vista a modo de crítica constructiva, y con la pretensión de contribuir en la depuración de los criterios que importan en el asentamiento de los datos legitimantes del peligro de fuga, nos inclina a las siguientes considera-

ciones: por una parte la peligrosidad del sujeto no debería observarse como peligro de fuga, sino más bien como peligro a la investigación procesal; que las simples amenazas a un testigo difícilmente en la misma circunstancia, configurarían un peligro de fuga, sino más bien un peligro de mora; que el hecho de eludir la acción policial si bien es cierto es una acción concreta de fuga, no debería verse como una regla acircunstancial, para ello sería necesario una valoración pormenorizadamente en el tipo de intento de escape; hay que centrarse en la importancia de la sicología individual ante la impotencia frente una acción policial: “el hombre normalmente huye del peligro o de aquello que puede ocasionarle daño”; la valoración aislada de la condición de extranjero no puede verse como un criterio independiente, sino interdependiente de la naturaleza del delito y al arraigo que aquel tenga en el país, visualizar la condición de extranjero como criterio único y legitimador de la medida cautelar de detención provisional puede ser una justificación en contra de la permisión constitucional. Remitámonos al art. 3 Cn en donde existe prohibición expresa para hacer discriminaciones, entre ellas la nacionalidad. De ahí, que la valoración de la condición política, en cuanto pertenencia a un Estado extranjero, tendría que aunarse a los diferentes criterios ya mencionados para determinar el peligro de fuga.

V.4.1.3 Gravedad del delito

Un criterio que perfila la jurisprudencia para justificar o no una medida cautelar extrema como es la detención provisional es atender la naturaleza del delito cometido. Se considera bajo esta óptica la tipificación delictual en que la importancia del bien jurídico tutelado puede convertir la conducta como grave. Así, lo delicado de la conducta hace que se tomen medidas extremas para frenar la violencia en los bienes jurídicos objeto de protección. Colocamos por ejemplo: en procesos en que se discuten, robos, extorsiones, homicidios, secuestros, portaciones de armas de fuego hacen que la conducta sea grave, de lo cual derivamos que los delitos al ser de los más dañosos legitiman una medida cautelar de alto grado. Un criterio paralelo en la jurisprudencia constitucional se encuentra en medir la gravedad del delito conforme la pena que establece. En esta forma delitos que colocan 10 o 15 años, por poner un ejemplo, la estimación necesaria tiene que incurrir con un criterio de gravedad. No olvidemos que este criterio no puede observarse reduccionistamente, ya que debe atender también a las circunstancias en que el delito se comete. Se nos ocurre desde una interpretación constitucional —el ejemplo es nuestro— que la primera etapa investigativa en la que se ha cometido un homicidio doloso en legítima defensa debe permitirse una medida cautelar de inferior categoría a la detención provisional, por supuesto asegurando los criterios objetivos y subjetivos que ya hemos mencionado en apartados anteriores.

Conforme a lo que venimos esbozando la jurisprudencia constitucional presenta la sentencia 23-V-95. En ésta, la Sala permite concluir que hay peligro de fuga con base en los hechos, siendo estos muy delicados o graves. Por ejemplo, pone de relieve la gravedad de los hechos que se atribuyen a los procesados —secuestro, homicidio en grado de tentativa y tenencia, portación y conducción de armas de guerra—, *el modus operandi* en la ejecución de los hechos atribuidos, así como la posible pena a imponer. La Sala en este fallo considera también que: “consta en el proceso que opuso resistencia y enfrentó a la policía al momento de proceder a la detención de otro de los procesados contra quien existía orden de detención administrativa... por lo que le detuvieron en flagrancia”; más adelante la sentencia añade que existe un peligro de obstaculización en el proceso puesto que el procesado amenazó de muerte a uno de los testigos y familiar de la víctima.

La constancia del argumento de la gravedad delictual se verá reflejado en la sentencia 25-G-96 en que los imputados son procesados por tenencia portación y conducción de armas de guerra. La Sala considera que siendo así que los extremos procesales de ese delito, se han establecido suficientemente mediante prueba testimonial, y al existir fuertes indicios de la participación de los procesados y dada la gravedad de los hechos, la medida cautelar debe mantenerse, porque existe peligro real y cierto de fuga de los procesados y peligro de obstaculización de la investigación, ya analizado por el juez de la causa al denegar el cambio de medida cautelar; siendo procedente confirmar la privación de libertad por estar justificada conforme a derecho.

En la sentencia 34-C-96 la Sala retoma similar argumento en el caso de un robo en grado de tentativa al establecer que: “Es el caso de considerar la necesidad de imponer la medida cautelar de la detención decretada, si se tiene en cuenta la grave pena cuyo máximo es de diez años de prisión, si se hubiera consumado el robo, habida cuenta de que para pretender ejecutarlo se empleó el asalto personal relacionado por el dicho de la testigo, o sea la violencia sobre la persona. Como también el hecho que se hace constar en el acta de captura de fs.1 sobre la versión que dieron las personas que estaban cerca de cuando fueron detenidos, relativa a que los individuos capturados momentos antes les habían querido robar a ellos, por lo que a uno de los dos se les decomisó un cuchillo, lo cual demuestra peligrosidad”.

Con la sentencia 31-C-96 la Sala considera una vez más la gravedad del delito, para que el imputado continúe en la detención en que se encuentra —aquí tenemos que el sujeto está siendo procesado por homicidio doloso y homicidio doloso en grado de tentativa—. Véase que la Sala sostiene que: “este tribunal considera que si bien efectivamente en otras, ocasiones ha reconocido el carácter excepcional de la detención provisional, esta no se ha efectuado de manera deliberada y caprichosa pues la medida como excepción obedece a elementos

que si bien no los desarrolla la legislación nacional tanto interna como internacional, sí se armoniza por lo establecido en las leyes, siendo estos, —entre otros— el peligro de fuga, la obstaculización del proceso y la gravedad del hecho; por lo que en el caso en estudio se advierte del proceso que la infracción penal cometida constituye un delito grave y además el intento de fuga por parte del favorecido, se vuelven aspectos que caen dentro de los presupuestos establecidos, que en caso de no preverse llegarían a entorpecer el desarrollo normal del proceso, razones por las cuales se justifica la medida”.

La sentencia 23-R-96 es otro claro ejemplo en que la Sala reconvierte de nuevo el argumento de la gravedad cuando en las imputaciones de homicidio agravado y homicidio agravado imperfecto estima que debe confirmarse la restricción establecida por el juez de la causa, ante la gravedad de las infracciones penales cometidas y al no haberse encontrado ilegalidad dentro del proceso que degene en infracción constitucional.

La gravedad del hecho se hace patente asimismo en la sentencia 9-D-96 cuando se transcribe que: “la detención debe justificarse en cada caso por el juez de la causa. Sin embargo dada la naturaleza de los delitos imputados al detenido, robo, extorsión, portación y conducción de armas de guerra y homicidio, como dice la defensa, este tribunal debe reconocer que se está ante un caso de excepción en que la libertad ambulatoria debe ser restringida por el peligro de fuga del imputado, que no garantizaría su presencia a los actos procesales que se requieran de él o a su posible sentencia condenatoria”.

V.4.1. 4La flagrancia.

La oportunidad o el momento en que el delito es detectado y el sujeto capturado ha influido en la adopción de la detención provisional. Es de nuestro parecer que esta situación que concurre con la figura delictual ha sido determinante, en forma expresa o tácita para que la Sala confirme o no la detención provisional, en razón de si el sujeto fue capturado en flagrancia o no lo fue. En la sentencia 3-M-96R la flagrancia juega un papel circunstancial poderoso para que la Sala confirme la detención en que se encuentra el imputado por delito de tentativa de violación. La Sala considera que: “En el procedimiento administrativo policial no consta que exista orden de detención escrita, pero dado lo relatado se reconoce que se trataba de un caso de flagrancia, repárese en la frase “ratito antes la abia (sic) querido violar”, por eso la Policía Nacional Civil no actuó ilegalmente. Ya el detenido a la disposición del juez, éste ordenó la detención por inquirir, lo que es legal; y luego con las diligencias ordenadas en el término dicho, decreta la detención provisional, y aunque acá la prueba se refiere a hechos sucedidos antes de la fecha de la captura, la resolución del juez está dentro de sus atribuciones. Legal fue la detención policial; como también la judicial”.

En la sentencia 39-M-96 nos encontramos con un caso adicional de flagrancia, que aunque la Sala no lo toma expresamente, hemos de observar que está implícito en la situación jurídica en la que se configuró el delito. Los sujetos de este proceso son capturados cuando la policía les vió llegar conduciendo un Mercedes Benz rojo junto con otros que conducían un Chevrolet rojo. La captura se efectúa después que los captores (P.N.C) averiguaron por medio del departamento de informática de la P.N.C. que las placas no correspondían a dichos vehículos. Los sujetos son capturados por tanto en flagrancia. Decimos que esta situación está implícita en las consideraciones de la Sala, puesto que el fundamento jurídico expreso de la Sala es que los sujetos intentaron escapar al momento de su captura, de donde la Sala dedujo que se establecía con plenitud el peligro de fuga de su captura. Pero se denota sin discusión que la flagrancia estaba presente en esta nueva situación para fallar confirmando la detención provisional.

La flagrancia se presenta dentro de un razonamiento mediano para seguir manteniendo la medida de detención en la sentencia 56-M-96 en que la Sala al estimar la flagrancia desvirtúa la ilegalidad de la detención. Así dice que: “estudiando el proceso, a fs. 5 y 6 se encuentra el acta policial en la que consta el allanamiento a la vivienda, el registro en el cual “se encontró una bolsa plástica conteniendo en su interior veintinueve porciones pequeñas de hierba seca al parecer marihuana envuelta en papel periódico... lo cual dio positivo a marihuana” procediendo a detener a Monterrosa Bonilla. La detención fue en flagrancia y como consecuencia no existe la ilegalidad alegada”

4.1.5. La jurisdiccionalidad de la medida cautelar.

El principio del juez natural es un dato interesante en el aspecto valorativo de algunas restricciones a la libertad personal. En este caso, asúmase que estamos en presencia de las medidas cautelares que necesitan pronunciamiento jurisdiccional o medidas que van a ser legitimadas en sede jurisdiccional. Este concepto del criterio operativo de la jurisdicción en las medidas cautelares nos permite ser más explicativos y congruentes con la clasificación de medidas cautelares que hemos sostenido. En tanto que podemos detenernos en algunas medidas que no necesitan de decisión judicial para adoptarse, pero sí necesitan de un aval judicial que legitime dentro de la legalidad que la adopción no fue y ni está en contra de las normas que rigen el acto. Por ejemplo, la detención en flagrancia, es de nuestro parecer, que no hace necesario que la medida cautelar tenga en un primer momento pronunciamiento alguno en sede jurisdiccional, en esta, eso sí necesitará la revisión judicial sobre si las actuaciones que constituyeron la detención efectivamente configuraban la flagrancia. Sin entrar en otros pormenores espinosos, creemos que la jurisdiccionalidad de la medida cautelar va encaminada a explicarnos la legalidad de la restricción con base en la revi-

sión de actuaciones —de particulares, de órganos auxiliares— que hace el juez de la causa y con base en la competencia jurídica en el juez para tomar como decisión y no únicamente como simple revisión la adopción de una medida cautelar, aunque se incluya esto dentro del principio de jurisdiccionalidad.

La Sala retoma en forma cuasiabsoluta el criterio de que las adopciones de medidas cautelares fuera del ámbito jurisdiccional aparentemente no pueden darse. Por eso, la regla de que la medida cautelar sólo puede adoptarse en el ámbito de la jurisdicción es otra constante en el ámbito sentenciador. Este sentido, sin embargo, debe entender el principio jurisdiccional bajo un concepto más amplio, como revisor de la adopción y como creador de la adopción de la medida cautelar. De otro modo, creemos que la casuística que ha venido conociendo le ha llevado a tomar dicha regla. Con base en que la mayor parte de casos le han sido vinculados con la discusión acerca de la legalidad de detenciones provisionales. En este sentido impera una concepción de medida cautelar con base en las detenciones provisionales, y según a otras medidas que pueden ser tomadas en sede jurisdiccional —cauciones económicas que vinculan o disminuyen el grado de restricción de la libertad—.

La Sala nos dice que la medida cautelar es exclusividad de la jurisdicción que la pronuncia con el objeto de garantizar el ejercicio del “ius puniendi”, que le corresponde exclusivamente a la jurisdicción (art.14 y 172 Cn); tal medida únicamente puede ser pronunciada por el juez legal o natural, es decir el que de conformidad al art.15 Cn, ha sido establecido previamente por la ley, que como afirma Linares Quintana en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*,

“... Juez Natural es todo Magistrado Judicial creado por las Leyes de la República... de acuerdo con la Constitución..., e investido por ella de la Jurisdicción y competencia respectivas..., por lo que de acuerdo a lo afirmado por Gimeno Sendra, en su obra *El proceso de Habeas Corpus...* el juez legal que tiene conferida la potestad para proceder a la restricción de la libertad de una persona no ha de ser otro que el juez ordinario Penal”(9-C-95).

V.4.1.6. El Principio de legalidad en la medida cautelar.

La previsión legal es otro de los principios importantes para la adopción de una medida cautelar. Se hace referencia a que los supuestos jurídicos aplicables al caso concreto estén dados de antemano en las formas y contenidos de la norma jurídica. No estamos hablando de que literalmente estén presupuestados, sino que la interpretación permitida dentro de la legalidad hagan estimar que el caso ha sido normativamente formulado por el legislador. Aquí entramos a los espacios de movilidad interpretativa que tiene autorizado el juez de la causa.

Espacios que en el ámbito penal se vuelven sumamente restringidos, y a la inversa, ampliados en la pro-protección de la persona humana y su dignidad en los mandatos constitucionales.

Por ello la Sala, coloca en los fundamentos jurídicos que la adopción de la medida cautelar queda a criterio del juzgador, pero no sujeta a su arbitrariedad, en consecuencia, la medida cautelar sólo ha de pronunciarse en los supuestos concretos establecidos por la ley. (9-C-95, 19-V- 95). En la sentencia 23-G-95 la Sala sostiene que: “no basta con que se cumplan los extremos procesales a que se refiere el art.247 Pr.Pn. sino que como se afirmó anteriormente, deben cumplirse los supuestos anteriormente citados con el objeto de evitar la frustración del proceso evitando la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción y evitar que el procesado oculte o altere medios de prueba. Y como se dijo con anterioridad la detención debe ser una medida excepcional”.

V.4.2.La detención provisional como medida excepcional.

El eterno conflicto entre las reglas generales y excepcionales se traduce en las medidas cautelares de alto grado: en este caso la detención provisional. Es relevante este punto en cuanto el cambio de mentalidad que impulsa la jurisdicción constitucional, contraponiendo a la libertad frente a la no libertad —detención provisional—. La regla general de libertad, y la excepción a la regla general de libertad —la detención— es una tarea recogida como un asunto de cambio operativo en las decisiones judiciales. El costumbrismo judicial de fallar conforme una regla general de detención y excepcional de libertad es puesto por la actual Sala en un debate histórico que mezcla la creciente inquietud por una adecuada interpretación constitucional y protección de los derechos humanos.

La Sala ha venido diseñando por tanto un marco medible en la regla general y otro en la excepcionalidad. Por un lado, unas situaciones jurídicas que avistan la aplicación del principio pro-libertad y en otro lado las situaciones jurídicas que impiden la aplicación del principio general. Recuérdese que en esta relación de reglas generales y excepcionales se da una relación de comunicación diferente a las que se concretan en la aplicación de reglas generales y especiales. En éstas existe una relación de complementariedad y subsidiariedad en el sentido de que la relación es medida en base a un principio de carácter ético que posibilita la aplicación de los principios generales en los casos generales y en los casos especiales. En cambio las reglas excepcionales y generales se encuentran vinculadas conforme un principio antitético o no complementario que no es otra cosa que la búsqueda de aplicación de los principios generales en los casos generales y la no aplicación del principio general frente a una situación excepcional. En este rumbo es que se adentra la jurisprudencia. Para ello diseña el mapa de aplicación en base a los criterios para adoptar medidas cautelares. Su significado

estará en este sentido, que la regla general implica situaciones jurídicas en que el principio de libertad se vuelve válido en la aplicación, esto es, que no estamos frente a la serie de justificaciones que legitiman la adopción de una medida cautelar. No hay peligro de mora, no existe peligro de fuga, no hay mala fé en la observancia del derecho en el caso concreto que conoce el juez de la causa. Con lo cual, derivamos, que el sujeto procesado no amerita la detención provisional. El sujeto por tanto está en el marco de la regla general.

Intentando ubicar el marco excepcional, el razonamiento debe ser contrario. El principio general de libertad es inaplicable porque está en presencia de una excepción. El marco de las excepciones se verá configurado y delimitado por la asunción valorativa del operador jurídico de que los criterios justificativos de adopción de medidas cautelares están impresos en el caso que conoce. La existencia del peligro de mora, del peligro de fuga, la mala fé en la observancia del derecho, la gravedad delictual, las intencionalidades en las reiteraciones delictivas son una buena muestra de reglas que nos descubren el posicionamiento judicial para estimar que se está frente a supuestos jurídicos excepcionales en la aplicación de la norma jurídica, y por lo cual la legalidad fundamenta la oportunidad para adoptar la medida cautelar de detención provisional.

La actividad sentenciadora de la Sala va a presentarnos con bastante precisión de lo que venimos hablando. Suponiendo la libertad como regla general y la detención provisional como una excepción. Al mismo tiempo imprimiré la advertencia de no mecanizar el proceso. Es decir, la Sala insistirá en que la valoración del juez implica un accionar dinámico e investigativo al adoptar la medida. En la sentencia 67-M-96 del 11-12-1996 se dice: "La excepcionalidad de la detención provisional no significa que en todo delito sin distinción, deba darse el cambio de medida cautelar de tipo personal por uno de tipo real, solo porque la normativa interna de carácter internacional así lo diga y prevalezcan como lógica consecuencia sobre la ley ordinaria, sino que da la facultad al juez de valorar la aplicación de este principio". En otra de sus sentencias esa excepcionalidad la ubica como una triste necesidad social, en la 5-Q-96 del 22-08-96 transcribiendo a Vicente Gimeno Sendra, la Sala agrega que: "mediante la adopción de esta medida cautelar, se restringe uno de los derechos fundamentales más preciados del ciudadano, cual es su derecho a la libertad en un prematuro estadio procesal, en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume inocente. En ese conflicto entre el ius puniendi y el derecho constitucional a la libertad, circunstancial al proceso penal, la necesidad de asegurar la presencia del imputado en el momento del juicio obliga inclinar la balanza de ese inestable equilibrio en beneficio del primero y detrimento del segundo, lo que hace convertir a la prisión provisional en una triste necesidad social".

La armonía viviente con el principio de libertad es un acento imposible pasar por alto, junto a otros de los principios que imperan en la bondad de los procedi-

mientos como es la presunción de inocencia. En vista de ello, es señalado, que la sentencia de detención provisional debe ser coherente entre la presunción de inocencia y el principio prolibertad. Esto significa que la detención provisional gira en torno de la excepción y no alrededor de una regla general. Al tenor pueden observarse las reglas internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.1, Pacto Internacional de los Derechos Humanos y Políticos, art. 9.3; Declaración Americana de los Derechos Humanos, art. XXVI y Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José, art. 7.2, 8.2. (Opinión de Juez Ejecutor en sentencia 18-A-96 del 6/6/96, 9-C-95, 11/01/96). Son interesantes en este punto *las referencias* que hace la sentencia 9-C-95 para confirmar por medio de las experiencias y tendencias del derecho comparado la excepcionalidad de la detención provisional, además de confirmar la necesidad de la proporcionalidad y temporalidad de la detención provisional, en tanto tener que ser sometida a un plazo razonable de duración. Junto a Fix Zamudio y su "diccionario Jurídico Mexicano" del Instituto de Investigaciones Jurídicas se exponen otras medidas cautelares menos restrictivas de la libertad personal, como serían las de la libertad vigilada y el arresto domiciliario. Así también los límites de la extensión temporal del encarcelamiento preventivo, en atención a la grave violación de la libertad personal que provoca en muchos de los casos los encarcelamientos preventivos prolongadísimos y que en la legislación comparada aparece ya definida con claridad, siguiendo las normas generales tendríamos seis meses en el enjuiciamiento penal argentino, y cuatro meses en el procedimiento penal francés. (9-C-95)

En la sentencia 5-Q-96 del 22-08-96 se recuerda a la excepcionalidad de la detención provisional, en la que citando las disposiciones del párrafo precedente, y que aparecen reconocidas en los tratados internacionales, llevan a estimar que la detención provisional no debe funcionar como regla general. Sin que esto signifique que la libertad no pueda estar "subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del procesado al acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso para la ejecución del fallo, sin perjuicio de que continúe el proceso". La sentencia aludida retoma una de las sentencias que se han proclamado como la nueva era en la asunción de criterios innovadores para aprobar en un decreto judicial la detención provisional. Así dice: "las sentencias de hábeas corpus proveídas por esta Sala: 9-V-94, 18-A-96, 3-H-96, 6-B-96, 3-C-96, entre otras, convergen sobre lo mismo.

En la primera de ellas se dijo lo siguiente: "... Así comprendida la detención provisional, esta no puede nunca constituir la regla general de los procesos penales, circunstancia además expresamente prohibida en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por lo que la misma, no puede funcionar automáticamente por la sola concurrencia de los datos objetivos que contempla el artículo 247 Pr.Pn; sino que debe existir una valoración del juez, específica y propia de cada caso, que estime la necesidad y conveniencia de

dictar la detención provisional; y es que, como limitación de la libertad individual de un inocente, la detención provisional sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales. En esta línea de ideas, es indispensable pues, que cuando el Juez Penal decreta la detención provisional, consigne en la resolución respectiva los motivos que justifican el pronunciamiento de aquélla; y, de no hacerlo así, la resolución no llena los requisitos que la Constitución contempla...” (Caso 9-V-94, Joaquín villalobos contra providencia del Juez Octavo de lo Penal por el delito de difamación en perjuicio del señor Orlando de Sola)”.

“Con base a lo anterior, podemos concluir que el principio de excepcionalidad, es aquel que garantiza la presencia del imputado al juicio, por medio de otra medida cautelar de tipo real (que recae sobre los bienes muebles o inmuebles para garantizar no solo la responsabilidad civil y costas procesales, sino la comparecencia del imputado al juicio, operando con garantías, entre las cuales se encuentra la presentación del imputado al tribunal al ser requerido) sin necesidad de privarlo de su libertad.”

En sentencias recientes, la 7-E-96 la Sala de lo Constitucional ha sostenido que: “Conforme a lo que aparece en autos, la favorecida... ha sido la imputada en dos procesos en los que se ha decretado detención provisional en contra de ella, por delitos cometidos sucesivamente en los que se advierte se han empleado maniobras y falsedades, lo cual podría denotar cierta tendencia por parte de quien ha cometido ésta clase de hechos, a que continuaran verificando en perjuicio de la buena fe y de la inversión que hacen las empresas, por lo que su caso, es una excepción a la regla general de la no detención”. Hay que tener en cuenta que en este caso a la favorecida se le ha imputado en el proceso ordinario penal administración fraudulenta (244Pn) y falsedad material (216 Pn.).

La Corte por medio de la Sala de lo Constitucional considera en otras ocasiones a los delitos de bagatela, sustentado respecto de ellos que no merecen el tratamiento con el alto grado de restricción que conlleva la detención provisional. Así la sentencia 9-V-94 considera errónea la actuación del juez, en vista de que: “sobre todo tomando en cuenta que estamos en presencia de un delito de bagatela, cuya figura ha sido incluso descriminalizada en países cercanos y reducida a lo sumo a una infracción que da lugar a una indemnización pecuniaria, pero no a una pena privativa de libertad, la cual ha sido harto comprobado que no cumple la finalidad rehabilitadora”..

V.4.3. La temporalidad de la medida cautelar.

La medida cautelar guarda en este sentido un carácter intrínseco. Una peculiaridad que es permanente en su naturaleza jurídica. Vista negativamente sería, que la no definición es una nota inamovible en toda medida cautelar. En la

sentencia 2-B-96 la Sala razona que las medidas cautelares son provisionales, por tanto no definitivas; si la precaución y previsionabilidad nos ubican con las finalidades funcionales perseguidas por las medidas cautelares, la temporalidad nos sitúa con la conformación biológica de una medida cautelar. La sentencia 9-C-95 supone que hay que conjugar la medida con la temporalidad, ya que no se puede mantener por largo tiempo o por tiempo indefinido. La medida cautelar nunca es definitiva ya que dependen de la existencia de un proceso pendiente y de la sentencia firme que habrá de extinguirla, por lo que no puede extenderse más allá del proceso o de su fase ejecutiva.

La temporalidad nos encamina por la negación de que la medida cautelar sea adoptada definitivamente. Significa por tanto un “para mientras”, y un “hasta cuando” el sujeto implicado en la medida cautelar puede esperar una medida de tipo definitivo y que debe fijarse con base en reglas de seguridad jurídica. Las medidas cautelares partiendo de la nota esencial que forma su ser jurídico, hace considerar que no puede ser duradera por siempre, ni después de una medida definitiva. Sino que la medida cautelar presupuesta la determinación de un tiempo, de un término o de un plazo para poder ser eliminada o sustituida por una medida cautelar de menor grado a una de mayor grado; de la detención en flagrancia ascendemos a la detención por el término de inquirir, y de ésta podríamos ascender en el criterio de gravedad sustituyéndola por la detención provisional; para poder ser eliminada o sustituida por una medida de mayor grado a una de menor grado: de la detención provisional, se impone una medida cautelar de carácter económico; o para ser eliminada o sustituida la medida cautelar por una medida definitiva —jurídicamente hablando—: de la detención provisional pasamos a la adopción de una detención definitiva o al decreto de auto de prisión formal. Es de observar en todo este espectro de posibles funcionamientos de las medidas cautelares que su adopción no puede ser permanente sino por el contrario limitada a un tiempo antecedente a las decisiones definitivas.

La temporalidad de nuestras medidas cautelares prácticamente ha sido determinada constitucionalmente o a nivel de normas ordinarias. Por ejemplo: hay plazo constitucional para las detenciones administrativas y por el término de inquirir, conforme lo establecido en el art.13 de la Cn.. No obstante, encontramos una medida cuyo tiempo de duración no ha sido determinado en la normativa. La preocupación del juez constitucional se va a mostrar respecto de ésta, y no podía ir para menos ya que dicho tipo de medida cautelar representa restricción de alto grado para la libertad. La detención provisional por tanto viene siendo una preocupación constante en la necesidad de precisar con exactitud los límites que fijan la temporalidad de ésta medida. Creemos que al menos por cuatro razones:

Una, en tanto que, la laguna normativa establecida en el actual Código Pro-

cesal necesitaba ser eliminada vía interpretación constitucional; dos, el ser la detención provisional una medida cautelar extrema y al venir siendo adoptada en la práctica como regla general era necesario precisar y limitar conforme al tiempo la duración de la misma, con ello se daría una mayor virtualidad a la persecución de un menor daño para la libertad al colocar las notas esclarecedoras de la duración de la restricción a la libertad y además de que permitiría ir cerrando el límite bajo un parámetro muy certero de que la detención provisional es excepcional —no precisar tiempo hacía refutar este carácter y confirmarla como regla general—; tres, con base en la introducción y previsión que hacen las normas de los tratados internacionales interiorizados nacionalmente de que la detención provisional no debe durar más allá de un plazo razonable; un sustento último radicaría en que el plazo se relaciona con la brevedad, y ésta con la celeridad, el plazo breve y rápido es la expresión, al menos una de las facetas más importantes de una pronta y cumplida justicia, la antítesis de la brevedad es el alargamiento de los plazos y de la celeridad el retraso, alargamiento y retraso en los plazos nos lleva a una tardada e incumplida justicia, lo cual no está permitido constitucionalmente.

La importancia de que la Sala debería determinar el plazo razonable de la detención en el juicio se obtiene desde las opiniones jurisprudenciales en las que, al tenor de José María Ascencio Mellado, se produce el discurso que recalca en la medida de la detención objeto de estudio, en cuanto ésta debe atender a la provisionalidad y la temporalidad ;"siendo imposible mantener la detención provisional como medida cautelar por largo tiempo; de ser así dejaría de cumplir su finalidad la detención provisional pues se convertiría en una restricción excesiva al derecho de libertad".(sentencia 41-C-96)

Haciendo un esfuerzo interpretativo armónico de la normativa ordinaria y constitucional junto con los tratados internacionales, la Sala establece que el plazo de la detención provisional ha de extenderse hasta lo que considera como plazo razonable. Esto es, dentro de los parámetros fijados por el Código Procesal Penal, y que regulan los plazos para la instrucción del proceso, como son cuarenta y cinco días para el juicio Sumario y noventa o ciento veinte días como máximo si fuere necesario para el juicio ordinario art.123 Pr.Pn. También, la Sala argumenta el plazo razonable al tenor del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora a un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y *tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...*, similares términos ocupará el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.(9-C-95). En esta sentencia el procesado favorecido por el beneficio de la libertad, sin perjuicio del resultado que se sigue en su contra, tenía de estar detenido provisionalmente desde el 28/11/1990. Téngase en cuenta que la sentencia que concede el habeas corpus se dicta el 19/10/ 1995. En la sentencia 5-

P-96 se vuelve a confirmar el razonamiento anterior al decretar la libertad provisional del favorecido por haber un exceso del plazo legal de la fase de instrucción, afectando en consecuencia el debido proceso.

El plazo razonable se atisbaba, *en gestación* en algunas sentencias anteriores al tiempo en que fueron dictadas las sentencias mencionadas en el párrafo precedente. Para el caso nos encontramos con la sentencia 3-O-94, en la cual, a pesar de no haberse mencionado expresamente nos conectamos con la necesidad de que las diligencias judiciales sean llevadas con celeridad. En este marco de ideas es que se mueve dicha sentencia al establecer en sus fundamentos jurídicos que las citas de los testigos deben verificarse y las declaraciones judiciales recibirse a la mayor brevedad posible .

En la sentencia 6-M-96R del 13-08-96, la sala confirma una vez más, la infracción al plazo razonable en atención que el proceso aún se encuentra en la fase de instrucción, excediéndose el plazo legal pues ya ha transcurrido más de un año. “Sin pronunciarse la Sala si procede o no el sobreseimiento, pues no le corresponde; se puede afirmar que constituye violación a los derechos fundamentales del procesado, mantener una orden de detención provisional vigente por más de un año, pues la persona tiene restringida su libertad no de conformidad a la ley” .

La sentencia 46-R-96 insiste en el plazo razonable, y el acento lo coloca en los plazos de instrucción. Los magistrados juzgadores advierten que el juez ha elevado a plenario la causa, pero que dicha resolución no está firme, pues no ha sido notificada a los defensores ni al imputado, encontrándose el caso jurídicamente en la fase de instrucción. “El Código Procesal Penal establece un plazo máximo para la instrucción del proceso de cuarenta y cinco días para el juicio sumario; y de ciento veinte días, si fuere necesario para el juicio ordinario; encontrándose en este caso que ya transcurrieron más de 365 días o sea tres veces más del plazo máximo todavía en esa fase del proceso. Afirma que la detención vigente va contra la obligación del juez de tramitar el proceso conforme a la ley, es acertada, pues no se puede permitir que el estado de detención provisional se vuelva de una duración indeterminada”. La Sala concluye que las violaciones en los plazos son violaciones al debido proceso y a la seguridad jurídica violándose con ello la Ley y la Constitución.

Es de hacer notar que el plazo razonable que ha delimitado la Sala tiene su propio límite y este es el establecido para el plazo de la instrucción. Si la petición de hábeas corpus se pide cuando el proceso ha superado dicha fase, surge una imposibilidad jurídica para justificar un hábeas corpus favorable a los intereses y derechos constitucionales del favorecido. En otras palabras, la interposición de una exhibición personal fundada en exceso de plazo razonable no es razón jurídicamente aceptable de parte de la Sala de lo Constitucional cuando el proceso ha sido elevado a plenario. En la sentencia 34-G-96 la Sala dice : “En

cuanto al plazo ocupado por la Jueza de lo Penal de Metapán, si bien es cierto que excede los límites establecidos en el art.123 Pr.Pn también es el hecho de haber concluido la etapa de instrucción por medio de la sentencia interlocutoria que eleva a plenario el presente proceso, y será en su oportunidad por medio de la sentencia definitiva se determine la situación jurídica del favorecido”

El criterio es insistido en otras sentencias que estiman la violación del requisito procesal de plazo razonable por excesos en los términos de instrucción. Es importante, una vez más esta observación, puesto que aún nos encontramos en la fase de instrucción. Con lo cual podemos deducir que los pronunciamientos que ha venido teniendo la Sala no conllevan a la duración del proceso totalmente, sino que habrá de entenderse que la fijación del plazo debe hacerse en razón de la razonabilidad de la duración de la fase investigativa judicial.

Pronunciamientos constitucionales expresos se repetirán para aplicar el razonamiento del plazo razonable en la etapa procesal plenaria, algunos apuntes en la sentencia 31-C-96 son de nuevo llamativos para establecer ciertos los criterios que asumen la negación de funcionamiento del plazo razonable en la fase plenaria. Obsérvese en la parte de la sentencia que se transcribe, que la Sala está frente a un sujeto detenido desde el 30-06-95, y está dando una sentencia el 13-09-96, o sea más de un año después de que la detención fue decretada. Con esta simple circunstancia tendríamos que los sujetos, con la regla del plazo razonable, deberían salir libres condicionados a la sustitución de una medida cautelar. En este sentido, la conclusión a la que, por las reglas generales debería llegarse, es negada cerrando la argumentación en esta sentencia, que el proceso se encuentra en la fase del plenario y sujeto a veredicto de un jurado quienes deberán decidir sobre la responsabilidad de lo sujetos. Por lo cual la Sala da un atisbo argumentativo sobre el funcionamiento del plazo razonable en sede plenaria, en tanto niega tal posibilidad. En otras palabras no hay plazo razonable en la elevación a plenario. Dice la Sala “sumado a lo anterior es de tener en cuenta que el proceso actualmente se encuentra ya en la fase de contradicción, pues ya existe elevación a plenario, por lo que lo más conveniente es que sea por medio de un veredicto de jurado que se llegue a establecer la responsabilidad del favorecido; es por todo lo anterior que este Tribunal no encuentra que haya operado ilegalidad dentro del proceso y específicamente al adoptar la medida cautelar”. No se olvide que en esta sentencia hubo una serie de hechos que colaboraron para negar la libertad, en vista de los tipos de delitos cometidos y de los hechos estimados como graves: homicidio doloso, homicidio en grado de tentativa.

El límite del auto de elevación a plenario para no justificar la motivación por plazo razonable es mantenido por la Sala en otras sentencias, esta vez estima que la detención es legal por estar pendiente una apelación de dicho auto. En las sentencias acumuladas 65-M-96 y 55-G- 96 la Sala dice que el favorecido debe continuar en detención, por estar pendiente de resolverse el recurso de apela-

ción incoado contra el auto de elevación a plenario, a pesar de que se dio un exceso en el plazo de la instrucción. Con tal razonamiento se refleja en suma que los excesos en el tiempo de duración de la detención para la etapa de instrucción no justifican la libertad del favorecido, por estar pendiente de resolver la apelación de la elevación a plenario.

La sentencia 57-C-96 es otro argumento recalculator del límite del auto de elevación a plenario para impedir el funcionamiento pro-libertad del plazo razonable sin embargo, interesa también, por la acuciosidad de la Sala al avisar sobre conclusiones erróneas. Nos referimos a la interpretación que conlleva, que al haber deslegitimación del plazo razonable, el hábeas corpus no pueda operar en la etapa plenaria. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, deja entrever la previsión de dicha inclinación y siendo así la niega —que no se pueda proteger la libertad en el plenario— para la jurisdicción constitucional. Por eso, la Sala abre su argumento que a pesar de no existir infracción constitucional por exceso en el plazo razonable, ello no va en menoscabo de la defensa constitucional del derecho a la libertad, en vista que, detectándose perjuicios a la Constitución en referencia a la libertad personal, y acaeciendo dichos actos en la etapa plenaria, el hábeas corpus se mantiene intacto con sus fines protectores. Es decir, que existiendo violación constitucional en la etapa plenaria el hábeas corpus seguiría siendo operable positivamente en el proceso constitucional protector de la libertad personal. En la sentencia, señalada, la Sala dice que el favorecido debe continuar en detención, por haberse elevado a plenario la causa, y *no existir violación a la constitución*, a pesar de que se dio un exceso en el plazo de la instrucción.

La negación de operatividad del plazo razonable en la fase plenaria creemos personalmente en un sentido bastante constructivo, obedece a temer por la liberación de delincuentes peligrosos respecto de los cuales la fase investigativa haya arrojado elementos más que suficientes de las vinculaciones que tuvieron con el cuerpo de delito. Asumimos que ha sido un temor lógico, y salomónico del juriconsulto constitucional para no tomar apresuradamente la aplicación del principio. Sin embargo, pensamos que hay que valorar la aplicabilidad del plazo razonable inclusive para la fase plenaria, claro está que con una remediación de tiempo muy diferente al establecido jurisprudencialmente conforme el plazo de la instrucción. Según nuestro parecer la justificación de permitir la aplicación del plazo razonable en la fase plenaria debe obedecer a cuatro razones básicas: el cumplimiento del debido proceso, la necesidad de evitar la negligencia judicial, la misma razón intrínseca al carácter de medida cautelar que es el ser temporal y al dejarla indeterminada para la fase plenaria consecuentemente implicaría una medida definitiva anticipada y la justificación radicada en la textualidad del art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en que el plazo razonable está en función del juzgamiento no con base en la duración de la investigación o instrucción.

V.4.5. Violación de derechos fundamentales

El ámbito de competencia del hábeas corpus ha sido limitado a la libertad personal. La infracción constitucional a otros derechos diferentes a la libertad personal implicaría la utilización de un mecanismo de protección constitucional diferente. La jurisdicción constitucional de amparo sustenta en este sentido la dilucidación del resto de derechos constitucionales que sean objeto de violación. El habeas corpus por tanto no es la competencia establecida para conocer del resto de derechos constitucionales. Sin embargo téngase en cuenta, dentro de esta justificación, muy oportuna por cierto, que se abre una especie de compuerta de competencia para que los derechos constitucionales y sus violaciones puedan ser conocidos en hábeas corpus. Diríamos que para ello necesitan una vinculación en la situación jurídica con el derecho a la libertad personal. Es decir, existe una condición jurídica esencial que acepta la competencia en hábeas corpus de otros derechos constitucionales cuando estos van de la mano con la libertad personal. Los derechos constitucionales al no estar vinculados con una supuesta violación a la libertad personal no ocasionarían la interacción jurisdiccional en sede de hábeas corpus, por ejemplo: una supuesta violación al derecho de audiencia desvinculada de la libertad personal, como podría ser la falta de oportunidad al demandado para ser escuchado en sede mercantil, legitimaría accionar por la vía del amparo. En estos instantes cabe hacer notar que el derecho de audiencia no está relacionado con situación jurídica alguna que despreteja la libertad personal.

El caso se vuelve diferente cuando el derecho de audiencia está vinculado con la libertad personal. El juez de la causa penal decreta una detención provisional sin dar oportunidad suficiente al imputado —personalmente o por medio de su representante— de contradecir los hechos objeto de la imputación delictual. Esta situación jurídica, del derecho de audiencia operando en un proceso penal junto al cuestionamiento de una restricción severa de la libertad hacen posible con base en esa vinculación, que el derecho constitucional de audiencia sea conocido en un proceso de hábeas corpus. Manéjese en éstas líneas por tanto, este presupuesto básico para que otros derechos constitucionales diferentes a la libertad personal discurren en la discusión jurisdiccional que busca proteger la libertad personal, y esta es cuando existe una conexión directa de la libertad personal con otros derechos constitucionales.

La violación de los derechos constitucionales ha servido a la Sala para valorar las detenciones en varias de sus sentencias. En ellas se marca muy con frecuencia, haciendo un razonamiento “a contrario sentido” que la no violación de derechos constitucionales legitima la medida cautelar impuesta judicialmente. Véase por ejemplo la sentencia 15-S-96 que expresa con claridad que: “El Tribunal Constitucional en este caso la Sala, no encuentra que en el proceso penal..., se le hayan violado sus derechos fundamentales, en consecuencia, se RE-

SUELVE: Permanezca... en la detención en que se encuentra”.

Al contemplar la sentencia 4-M-96 el rumbo argumentativo no cambia, al confirmar en revisión la resolución de Cámara que inició el conocimiento del hábeas corpus. En ésta, la Sala razona que: “En el caso que nos ocupa, si bien existe una restricción concreta a uno de los derechos de mayor jerarquía, esto se ha efectuado con apego a las leyes y a las disposiciones constitucionales; por lo que es función obligatoria confirmar la adopción de tal medida, debido a no encontrarse haber operado transgresión de derechos fundamentales”.

En la sentencia 11 E-95 el juez constitucional es muy diligente para mostrarnos la sujeción que los derechos fundamentales colocan en los procesos penales, máxime cuando la evaluación judicial pretende entrar en campos vedados y limitados por esta clase de derechos. El asunto de permitir la edificación de nuevos tipos delictuales viene siendo, en esta acepción, nuevas formas de conocimiento para el juez constitucional de derechos constitucionales que se perfilan con la libertad personal. Se dice que: “dentro de la actividad jurisdiccional el juez *a-quo* debe precisamente sujetarse a los parámetros dados con anterioridad por la Constitución y todo el ordenamiento jurídico no puede dejar a su criterio la aplicación y la creación de figuras delictivas que dañan o restringen derechos fundamentales de la persona, en este caso, el Derecho a la libertad del favorecido”.

En la sentencia 1-Ch-95 dice: “se reafirma que el objeto, alcances y límites del hábeas corpus, no trascienden a la esfera de la competencia de los tribunales ordinarios en materia penal, pues se limita a analizar dentro de la esfera del derecho constitucional, si la detención lesiona o no derechos fundamentales. En consecuencia, el hábeas corpus no puede absolver o condenar al privado de su libertad: Ello es competencia de los tribunales ordinarios. La sentencia 29-R-95 dice que: “el hábeas corpus es una garantía constitucional encaminada a garantizar los derechos fundamentales de la persona, principalmente el derecho de libertad cuando una persona o autoridad la restringe ilegalmente”.

La amplitud de protección y vinculación de los derechos fundamentales, hábeas corpus y libertad personal es visualizada en otro argumento de la Sala, en la sentencia 19-A-96, se considera que: “el hábeas corpus o exhibición de la persona es una garantía constitucional encaminada a garantizar los derechos fundamentales de la persona, principalmente la libertad ambulatoria, cuando una persona o autoridad la restringe ilegalmente. En ese sentido, tomando en cuenta la competencia conferida por la Constitución a este Tribunal, en casos como el presente, se circunscribe a la constatación del efectivo cumplimiento de los derechos y garantías procesales reconocidas por la ley fundamental al detenido, que haga legítima su restricción judicial y habiendo desaparecido las circunstancias que motivaron la iniciación del presente proceso Constitucional, en virtud que la autoridad demandada cesó los actos privativos de libertad del favorecido, es

procedente archivar las presentes diligencias.”

El interés de protección de los derechos fundamentales vía hábeas corpus es asumido en otra variedad de sentencias: en la 22-M-96 aparece que el “hábeas Corpus es el medio para reparar la violación de los Derechos Fundamentales del favorecido”; en la sentencia 23-A-96 se dice que: “el proceso de hábeas corpus, es el medio para hacer efectivo se decrete la libertad de un detenido, que lo ha sido violándosele sus derechos fundamentales” y la sentencia 20-C-96 menciona que :“advierte este Tribunal que en todo el desarrollo del proceso no se encuentra haber operado violación a derechos constitucionales ya que la resolución adoptada por el Juez no se ha realizado ilegalmente”, con lo cual presenciamos la insistencia en los derechos constitucionales cognoscibles en hábeas corpus.

Notas:

1. En la sentencia 23-M-94 del 23-01-95 la Sala de lo Constitucional plantea criterios para decretar la detención provisional tomando en cuenta la existencia de elementos de juicio suficientes. En este sentido, la Sala concibe los elementos de juicio suficientes como: los indicios, hechos, circunstancias, declaraciones indagatorias y testimoniales ya sean totales o parciales, los que individualmente considerados no aportan prueba suficiente; pero apreciados en su conjunto y al relacionarlos con la demás prueba de hechos y circunstancias guardan concordancia porque a través de deducciones puede hacerse un juicio sobre la participación del imputado .
2. Entiéndase que la sentencia judicial está compuesta de dos partes: una la ratio decidendi, en la que el juez incorpora los considerandos y fundamentos de hecho y jurídicos de su decisión; y la obiter dictum que es, en sentido estricto el fallo judicial, donde el juez dice, sí o no en concreto a las pretensiones de los peticionarios, el juez en esta parte de la sentencia falla a nombre de la República, en el caso del juez ordinario decretando o no la libertad personal, y el caso del magistrado constitucional decretando o no la confirmación de la medida adoptada por el juez inferior.
3. En esta sentencia se acepta que el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se encuentra contenido en el artículo 247 del Código Procesal Penal.
4. El hábeas corpus no sólo es un mecanismo de protección constitucional de la libertad en el género penal. Existen otras áreas: apremios en el orden civil, restricciones a la libertad en el orden familiar por ejemplo. Lo que hace diferenciable la técnica interpretativa, y los criterios que se colocan en las mesas judiciales para resolver, que no responden únicamente a un método de interpretación en sentido estricto de carácter penal.