

Líneas de la Sala de lo Constitucional 2009 HABEAS CORPUS

ACTOS PROCESALES DE COMUNICACIÓN: CITACIÓN

La citación constituye un derecho del imputado que interactúa con su derecho de libertad y tiene como objeto único asegurar o provocar su comparecencia al juicio. Como acto de comunicación condiciona la validez del proceso, en tanto permite que una persona a quien se le inculpa un delito tenga un conocimiento real y suficiente de esa imputación y a partir de ahí pueda disponer de forma plena lo conveniente para su defensa. Es obvio entonces que la falta de citación tiene un efecto directo en el derecho de audiencia y de defensa de una persona; pero se ha sostenido también que para que exista vulneración a esos derechos o afectación derivada de un acto de comunicación deficiente, es necesario que su incumplimiento repercuta de manera real sobre las posibilidades de defensa.

Al respecto en la sentencia de hábeas corpus número 162-2003 de fecha ocho de marzo de dos mil cuatro, esta Sala sostuvo: "Es así que, mediante la actuación de la autoridad demandada; es decir, haber realizado audiencia especial en la cual impuso medida cautelar de detención provisional al favorecido sin garantizar la comparecencia del defensor; y debe aclararse que no sólo sin la presencia de defensor, sino que además, sin la presencia de las partes restantes, verbigracia el Ministerio Público, a través de la Fiscalía General de la República; se configura una violación al derecho fundamental de defensa en juicio del señor Ramos Ramos, por lo que el acto jurisdiccional mediante el cual se priva de su derecho de libertad, degenera en un acto contrario a la Constitución de la República.

Y es que, el derecho fundamental de defensa, en su concepción técnica, se construye a partir de la participación de esa persona conocedora del derecho que puede desarrollar la función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal, para poner de relieve sus derechos, pues al comparecer – el procesado a cualquier diligencia procesal, en la que de alguna manera se lleguen a restringir derechos fundamentales, sin la asistencia de aquella persona garante de pregonar la

defensa, quedaría al descubierto la inferioridad que puede reflejar el acusado en el desarrollo del proceso al sentirse disminuido ante el poder de la autoridad juzgadora (...)".

En el caso en análisis, como se expresó anteriormente, no queda constancia de que se haya intentado la cita del beneficiado, a efecto de su comparecencia al juicio, es decir, no se está ante un deficiente acto de comunicación, sino ante un acto de comunicación inexistente que repercute en la eficacia del proceso, pues su omisión ha imposibilitado el acto de intimación y como consecuencia, la comparecencia del imputado al juicio.

Debe tenerse claro que una de las obligaciones importantes del juez penal es procurar la comparecencia del imputado a los actos del juicio y para ello debe agotar las formas posibles de hacerlo. La negativa de una persona a quien se le atribuye un delito de asistir al juicio y especialmente a los actos en los cuales su presencia es imprescindible, provocará la declaración de rebeldía por parte del juzgador y tal situación sí fundamenta la existencia de órdenes de captura. En este presente caso, no consta que se haya efectuado la cita del beneficiado y tampoco existe una declaratoria de rebeldía; en tal virtud la decisión del Juez de Instrucción de Mejicanos en decretar la detención provisional contra el beneficiado, fuera de audiencia y sin garantizar su presencia en el juicio ha repercutido en sus posibilidades de defensa material y técnica, ya que se le ha inhibido la oportunidad de escuchar, contradecir o refutar los indicios o elementos de prueba recabados en su contra; esto obviamente se ha traducido en una afectación constitucional a sus derechos fundamentales de audiencia y defensa y así deberá declararlo esta Sala.

Debe aclararse que en virtud de que el proceso penal ha continuado su curso normal, las circunstancias nuevas que hayan determinado con posterioridad la situación jurídica del favorecido no pueden ser modificadas por esta resolución, la violación constitucional que reconoce esta Sala se circunscribe al momento procesal específico en el cual se produce la referida afectación constitucional y no puede hacerse extensiva a una situación diferente que esté al margen del presente estudio de constitucionalidad.

(SOBRESEIMIENTO de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 67-2007 de las 12:20 horas del día 18/6/2009)

ASUNTOS DE MERA LEGALIDAD

La Sala de lo Constitucional no es competente para revisar criterios que sustentan la detención provisional; ya que según se ha determinado, es el juez penal quien debe establecer la forma de garantizar las resultas del proceso penal, y por tanto adoptar la medida cautelar idónea para dar cumplimiento a ese fin. Es por ello que será éste quien deberá valorar las circunstancias particulares en cada caso, a efecto de aplicar la medida de detención provisional, mantenerla o revocarla, según consideren procedente. La inconformidad del solicitante con la decisión de la Cámara, quien, según expone, enfatizó de forma muy vaga sobre la penalidad del delito y a partir de ahí sobre la posible fuga y entorpecimiento de la investigación, constituye un asunto de mera legalidad que no es posible conocer a través de este proceso constitucional, pues, como se explica, tales circunstancias están fuera del marco de competencia de esta Sala, debiendo ser ante los jueces penales que se plantean este tipo de reclamos.

Respecto a los arraigos domiciliario y familiar, en reiterada jurisprudencia se ha sostenido que la concurrencia de esos aspectos personales del periculum in mora, únicamente puede ser valorada y establecida por los jueces penales, pues también es un asunto de mera legalidad que no corresponde ser analizado en esta sede.

Por todo lo anterior deberá sobreseerse este proceso constitucional, ya que no existe un elemento sobre el que pueda recaer el examen de constitucionalidad solicitado, debiendo aclararse que el sobreseimiento en un proceso de hábeas corpus no tiene ninguna incidencia sobre el proceso penal.

(SOBRESEIMIENTO de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 168-2007 de las 12:20 horas del día 22/6/2009)

COSA JUZGADA

El artículo 15 de la Constitución determina: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley". Esta disposición contiene el denominado principio de legalidad, el que como lo ha dispuesto esta Sala –vr. gr. sentencia del 21/VII/1998 emitida en amparo con número de referencia 148-97–, rige a los Tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder o competencia atribuidos previamente por la ley, la que los construye y delimita; lo cual significa que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca.

En consecuencia, el principio de legalidad se ve vulnerado cuando los tribunales realizan actos que no tienen fundamento legal o cuando no actúan conforme a lo que la ley de la materia establece.

Por su parte, la seguridad jurídica que se encuentra íntimamente vinculada con el principio de legalidad, la encontramos contenida en el artículo 2 inciso 1° de la Constitución, que dispone: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".

Respecto a tal categoría, esta Sala en la sentencia dictada en el proceso de amparo número 642-99 de fecha 26/06/2000, ha sostenido que: "Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica; una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Un juez, está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución al momento de impartir justicia. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica" (subrayado suplido).

Asimismo, en la resolución de fecha 10/6/2005 emitida en proceso de amparo con número de referencia 956-2003, se estableció que "El derecho de seguridad jurídica se entiende como la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara; en otras palabras,

la confianza del gobernado de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Esta categoría puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad".

Al inicio de todo proceso concurre una incertidumbre en cuanto si la petición del acusador será estimada por la autoridad judicial, situación que se definirá a través del dictamen de la resolución que ponga fin definitivamente al proceso; definición que, por seguridad jurídica, deberá ser protegida por medio de los efectos de la denominada figura de la "cosa juzgada".

En efecto, la cosa juzgada permite que la resolución proveída por el Juez alcance un grado de certeza, volviéndola irrevocable en el proceso que se dicta, y, a su vez, dotándole de efectos propios respecto a cualquier otro proceso presente o futuro.

Desde esa perspectiva, dentro del término de la "cosa juzgada" debe distinguirse "la cosa juzgada formal" y la "cosa juzgada material." La primera, es el efecto dentro del proceso, inherente a la inimpugnabilidad de una resolución y la ejecutabilidad de la misma, evidenciándose el valor formal de la cosa juzgada cuando existe imposibilidad procesal de atacar directamente el resultado plasmado en la resolución del proceso.

COSA JUZGADA MATERIAL

La cosa juzgada material por su parte, implica que el objeto procesal no pueda volver a ser investigado, ni controvertido, ni propuesto en el mismo proceso, y en ningún otro posterior, siendo esta la regla general; así pues, la cosa juzgada material se traduce en el efecto propio de determinadas resoluciones firmes, consistentes en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera órganos jurisdiccionales, ya sea a la misma autoridad juzgadora u otra diferente, respecto del contenido de la resolución dictada, es decir sobre lo decidido.

En ese orden de ideas, la cosa juzgada no sólo despliega sus efectos jurídicos en la resolución dada en el proceso, sino además en la misma actividad judicial, en cuanto a respetar y ejecutar lo que el juzgador con anterioridad ha examinado y resuelto; claro está, todo ello en atención misma a la seguridad jurídica, en cuanto a mantener lo decidido e incidido en las esferas jurídicas de los justiciables.

Ahora bien, en materia penal para atacar la cosa juzgada de las sentencias condenatorias firmes existe un mecanismo concreto, denominado "recurso de revisión", el cual supone la primacía de la justicia, al pretender la evidencia de la verdad material de los hechos controvertidos y no de la exclusivamente formal.

En efecto, la revisión penal tiene por objeto atacar la condena de una persona, cuando se le ha posicionado en tal condición jurídica a partir de una notoria equivocación; es decir, en definitiva, la persona es condenada cuando no le corresponde serlo.

RECURSO DE REVISIÓN

Por tanto, la única forma para revertir la condena firme impuesta en un proceso penal es la interposición del recurso de revisión; sin embargo, éste no puede solicitarse de forma antojadiza, sino cuando concurren aquellas causales que la normativa de la materia prevea para requerir el inicio de tal mecanismo y la anulación de la sentencia condenatoria.

Al respecto, el Código Procesal Penal derogado, contemplaba la figura de la revisión específicamente en el artículo 606, que señalaba: "Procederá el recurso de revisión de las sentencias condenatorias ejecutoriadas en los casos siguientes: 1°)- Cuando conste de modo indudable que el delito sólo pudo ser cometido por una persona y resultaren dos o más personas condenadas en virtud de sentencias contradictorias por el mismo hecho; 2°)- Cuando alguno haya sido condenado como autor, cómplice o encubridor real por homicidio de una persona que hubiere desaparecido, si se presentare ésta o alguna prueba fehaciente de que vive; 3°)- Cuando alguno haya sido condenado en virtud de lo dispuesto en el artículo 203 del Código Penal, si después de la condena se encontrare a la persona desaparecida o se demostrare que sobrevivió al desaparecimiento o que no tuvo culpa de su muerte el condenado; 4°)- Cuando la sentencia se apoye en documentos o dictámenes declarados falsos o en declaraciones

de testigos condenados por falso testimonio; y 5°)- Cuando después de la sentencia, sobrevengan o se descubran nuevos hechos o elementos de prueba, que hagan evidente la inocencia del condenado o la constatación de la inexistencia del delito. Procederá también el recurso de revisión cuando se hubiere dictado una sentencia sin aplicar irrestrictamente una ley penal más benigna, siempre que no se hubiere recurrido en apelación o casación".

En cuanto al procedimiento para instruir la revisión, el mismo cuerpo normativo lo establece en los arts. 608 al 613.

En el caso de revisión por no aplicación de ley penal más benigna, el tribunal reformará la sentencia, aplicándole al condenado la nueva pena que correspondiere.

Cuando la causal en que se funde la revisión sólo afecte una parte de la sentencia, esa parte será anulada y quedarán subsistentes las demás".

De los artículos relacionados, se desprende que conforme a la normativa procesal penal derogada, la revisión de la sentencia condenatoria podía ser pedida por, entre otras causas, estar dicha resolución cimentada en declaraciones de testigos condenados por falso testimonio.

El aludido supuesto partía de un hecho específico: Que una persona haya sido condenada con base en declaraciones de testigos, pero que éstos ante autoridad judicial hayan sido procesados penalmente por esas declaraciones que cimentaron la resolución condenatoria, encontrándoseles culpables del delito de falso testimonio, y esta última decisión configuraba el soporte probatorio del recurso de revisión promovido.

Por consiguiente, al cumplirse los requisitos formales del recurso y pedirlo junto con la presentación de la resolución judicial de condena de falso testimonio, suponía en principio la admisibilidad del medio impugnativo y la ejecución del procedimiento establecido en la ley.

Así, agotadas las etapas procesales correspondientes de la revisión, y advertido que la condena de la persona a cuyo favor se solicitaba el recurso, estaba fundamentada exclusivamente en declaraciones falsas (conforme a la sentencia de falso testimonio), la misma normativa derogada, establecía la actuación del juez, debiendo éste –de acuerdo al artículo 613 inciso 2º– anular la sentencia y ordenar inmediatamente la libertad del condenado.

La actuación requerida atendía a que al no poseer la condena recurrida de otro cimiento probatorio, sino sólo las declaraciones falsas, se advertía que a la persona se le había impuesto la condición de condenado con fundamento en prueba fraudulenta, demostrando que lo resuelto en el proceso penal no representaba la verdad material del ilícito investigado, lo cual dejaba patente el injusto mismo de la condena impuesta.

Y es que, de encontrarse la condena cimentada específicamente en declaraciones falsas, perdía su soporte probatorio, por lo cual no podía mantenerse y el condenado no debía permanecer privado de su libertad.

Previo a decidir tal situación, debe repararse en que el hábeas corpus como proceso constitucional persigue el restablecimiento del ejercicio del derecho de libertad física; de ahí que, cuando el favorecido se encuentra concretamente privado de su libertad, la emisión de la sentencia estimativa en la cual se reconocen los actos inconstitucionales emitidos por la autoridad o particular demandado, presupone generalmente la realización del efecto material del hábeas corpus: poner en libertad al justiciable.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 11-2005 de las 12:09 horas del día 3/2/2009)

DELITOS ADUANEROS: DELITO DE OCULTAMIENTO, FALSIFICACIÓN O DESTRUCCIÓN DE INFORMACIÓN

Debemos tomar en cuenta que el Derecho Penal contemporáneo en atención a la denominada globalización, no se limita a criminalizar aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos de carácter individual, ni tampoco se limita a penalizar los llamados delitos violentos, si no que sanciona con penas las acciones dañosas a la vida económica del Estado, por lo cual mencionaba que en los delitos aduaneros se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual, como se ha mencionado, decir que no tiene un sustrato empírico inmediato, como el caso de los que protegen bienes jurídicos individuales como la vida, la salud, el patrimonio, la fe pública, etc., pero que la afectación que se produce tiene de manera mediata daños gravísimos, es por ello que con la Ley Especial para Sancionar las Infracciones Aduaneras, se trata de evitar que los impuestos o tributos que deben generar las relaciones comerciales en las cuales se utilizan las aduanas, logren el tráfico comercial burlando el pago de los mismos, lo cual tiene razón de ser, en tanto que el Estado para sus sostenimiento requiere necesariamente de ellos, lo que ha obligado a proteger ese bien jurídico, en el entendido que los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas, de carácter sintético, protegidas por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática, básicamente en el delito de contrabando de mercadería, que tipifica el artículo quince de la ley mencionada, contempla varias acciones, pero cualquiera de ellas que alcance su aspecto consumativo encaja en el delito en mención, pues se les ha llamado con un mismo tipo penal a las diversas acciones o modalidades que contempla, pero básicamente lo que se contempla o se percibe son actos de engaño al rol económico del Estado, y obviamente de fraude en perjuicio del Fisco, o Hacienda Pública y asimismo las acciones contempladas en el tipo penal, implican la constatación de la antijuridicidad en su sentido formal y material, la primera encaminada a la contrariedad que se produce con el ordenamiento jurídico que prohíbe la conducta y la segunda que es la lesión al bien jurídico protegido por la norma, lo cual justifica o racionaliza la posible pena a imponer, es decir que si se ha seleccionado la Hacienda Pública como un bien jurídico protegido, es para determinar la intensidad de su protección siempre en el marco de lo razonable, pues todo deviene de lo disvalioso de las acciones típicas con las que se lesiona u ofende este bien, cabe aclarar que en este tipo de delitos, se requiere de manera axiológica que sean cometidos eminentemente de forma dolosa, a diferencia de las infracciones meramente administrativas, que pueden pertenecer al campo de la omisión, y por ende se sancionan de manera diferente, por eso es que en el delito de contrabando de mercadería, la sanción es de carácter penal, e impuesta por autoridad jurisdiccional de manera posterior a un Juicio, pues se pretende cautelar el interés fiscal del Estado, y la proscripción del no pago de los tributos, pues ello evita teóricamente que el Estado tenga los ingresos necesarios para viabilizar infraestructura y atención a programas sociales y se evita incluso no sólo el perjuicio del Estado si no a los demás comerciantes que actúen debidamente, pues quien evade impuestos lógicamente obtiene ventajas indebidas respecto de quienes si pagan los impuestos de manera

correcta, de modo que al analizar el cuadro fáctico de este proceso considera la suscrita que nos encontramos frente a una acción típica y a la vez antijurídica, puesto que se ha burlado el control aduanero establecido para ello, y de manera clandestina se ha sacado la mercadería en la cual varias personas han participado en ella, generando así una conducta mediante la cual se ha perjudicado la Hacienda y se ha generado una desconfianza en el control aduanero, es decir lo que en doctrina se conoce como el control de ingresos y egresos del Estado, por lo cual es necesario pasar a la fase de instrucción.

En relación al delito de Ocultamiento, Falsificación o Destrucción de Información, que tipifica el artículo veintitrés de la citada Ley, este literalmente prescribe: "Será sancionado con prisión de tres a seis años quien haya creado, ocultado, haga total o parcialmente falso o altere información de trascendencia tributaria a la autoridad aduanera o destruya libros de contabilidad o de control tributario, sus registros auxiliares, estados financieros y sus anexos, archivos, registros, mercancías, documentos, así como sistemas y programas computarizados o soportes magnéticos que respaldan o contenga la anterior información. Se considera incluso en este delito, tanto la persona que participe directamente en la creación, ocultación, alteración o destrucción de la expresada, como la que hubiere decidido y dado la orden para la ejecución de las mismas", considera la suscrita que del cuadro fáctico se colige la existencia de este ilícito, en tanto de que han existido diversas modalidades, dentro de las cuales se destaca, la alteración de documentos, ya que incluso existen facturas que han sido pagadas por consignatarios diferentes a los que aparecen en los controles de carga con los cuales la mercadería se retiró, asimismo los controles han sido alterados, y con estos se ha retirado mercadería sin que se hayan cancelado las obligaciones tributarias respectivas, y por la forma como ocurren los hechos, estos y las diligencias de investigación orientan a que existió mercadería declarada en abandono, pero que posteriormente esta tampoco se encontraba en las instalaciones, de modo que fue retirada sin pagar los impuestos que generaban esta y el almacenaje de la misma, y se omitió reportar si esta se encontraba en abandono (...).

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 7-2008 Acde las 10:00 horas del día 26/6/2009)

DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

La Sala de lo Constitucional –como cita en sentencia del 16/X/2007, correspondiente al proceso de hábeas corpus número 9-2007– ha sostenido que la consagración constitucional del derecho a la seguridad jurídica se encuentra en el artículo 2 inciso primero de la Constitución, que a la letra dispone: "Toda persona tiene derecho a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos."

Sobre tal categoría jurídica, este tribunal ha sostenido que: "Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica"

Además, la seguridad jurídica "es un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado; pero entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto o abstención sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida" (subrayado suplido). Sentencia de amparo con referencia 62-97, 21/VII/1998.

b) En cuanto al derecho a la libertad personal, es de indicar que constituye una categoría jurídica de rango fundamental, cuyo reconocimiento constitucional se halla en los artículos 2 y 4 de la Constitución, los cuales establecen, respectivamente, que "Toda persona tiene derecho a (...) la libertad" y "Toda persona es libre en la República".

Por tanto, debido a su naturaleza fundamental, el derecho en mención, según la jurisprudencia de esta Sala –verbigracia sentencia del 16/V/2008, dictada en los procesos de hábeas corpus 135-2005/32-2007 acumulado- conforma una serie de facultades o poderes de actuación reconocidas "a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad (...), que han sido

positivadas en el texto constitucional y que desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la propia Constitución (...) las cuales, por su reconocimiento constitucional, adquieren la naturaleza de preferentes e inviolables".

Asimismo, esta Sala ha sostenido –en la jurisprudencia citada–, que "puede afirmarse que la vigencia de los derechos fundamentales supone, por una parte, que el Estado no puede realizar intromisiones que impliquen una transgresión a dichas categorías, y, por otra parte, que debe generar todos aquellos elementos que supongan la garantía y goce de los mismos derechos, permitiendo su ejercicio y tutela efectiva".

Ahora bien, de las acotaciones anteriores se derivan dos consecuencias que interesa destacar en cuanto al derecho de libertad personal: 1) su carácter de límite al poder estatal consagrado a favor de la persona humana, de manera que toda autoridad debe abstenerse de ejecutar actos que quebranten o interfieran con el goce de dicho derecho, siendo admisibles únicamente las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico; y 2) su reconocimiento universal o erga omnis, lo cual implica que el derecho aludido pertenece a la esfera jurídica de toda persona humana, con independencia de sus condiciones particulares tales como edad, sexo, ocupación y nacionalidad, entre otras; debiendo preservarse el goce de tal derecho tanto si trata de un nacional como de un extranjero.

En consonancia con lo anterior, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985, establece en su artículo 5 que "los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes (...) de los siguientes derechos: a) El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

De manera que, tanto en el ámbito jurídico interno, como en el internacional, el derecho a libertad personal –entre otros– goza de pleno reconocimiento.

No obstante, el reconocimiento de un derecho fundamental requiere de ciertas garantías que aseguren su resguardo y/o restablecimiento en caso de vulneración. En ese sentido, respecto del derecho a la libertad personal, el artículo 13 de la Constitución establece que "Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley", de donde se deriva la garantía primordial del derecho a la libertad física, denominada como reserva de ley.

Dicha garantía tiene por objeto asegurar que sea únicamente el legislador el habilitado para determinar los casos y las formas que posibiliten restringir el derecho en comento; y ello ha de llevarse a cabo mediante un acto normativo que tenga el carácter de ley en sentido formal. De tal modo, queda excluida la posibilidad de que el Órgano Ejecutivo, haciendo uso de su facultad reglamentaria, cree supuestos y procedimientos que lleven a restringir la libertad personal.

Es de apuntar que la reserva de ley como garantía constitucional del derecho de libertad física, debe ajustarse además al principio de tipicidad; es decir, la regulación de los supuestos para restringir el aludido derecho ha de ser concreta y taxativa, de modo que toda privación de libertad se ejecute teniendo como base el respectivo precepto legal. Ello, en tanto a partir de lo dispuesto por la Constitución, la validez de una privación de libertad dependerá de que el supuesto de hecho que la originó esté claramente previsto en la ley; lo cual lleva a sostener que si no existe un precepto legal que contemple el supuesto de hecho en cuya virtud se ejecuta la restricción del derecho a la libertad, dicha restricción sería contraria a la Constitución.

En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que la reserva de ley predicable de los límites ejercidos sobre el derecho fundamental a la libertad, no sólo se extiende a los motivos de restricción del derecho de libertad física, sino también a las formalidades requeridas para su ejecución y al tiempo permitido para su mantenimiento.

Por consiguiente, corresponde al legislador contemplar los supuestos de hecho, las formalidades, y desde luego, los plazos de restricción del derecho de libertad personal; ello, a efecto de que la configuración de los límites en comento, no se deje al arbitrio del aplicador de los mismos.

Por tanto, el presupuesto básico e imprescindible para restringir el derecho de libertad física es la previsión legal hecha en los términos arriba referidos; y para ejecutar dicha la restricción, ha de seguirse el procedimiento dispuesto por ley.

Ahora bien, una vez constatada la aludida previsión legal, la adopción de una medida que limite el derecho de libertad física requiere de la satisfacción de otros elementos, tales como la necesidad de la restricción, la razonabilidad de esta y su proporcionalidad respecto del fin que con ella se persigue. Elementos estos que han de ser verificados previo a materializarse la restricción de la libertad personal, y cuyo cumplimiento se exige debido a la envergadura del derecho en cuestión, el cual –como se apuntó- es de naturaleza fundamental, por lo que su limitación implica una medida grave que, para ser compatible con la Constitución, debe cumplir con las exigencias señaladas.

c) Una de las modalidades previstas constitucionalmente para limitar el derecho de libertad personal es el arresto administrativo; el cual, según el artículo 14 de la Constitución, supone que "la autoridad administrativa podrá sancionar mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa".

La facultad administrativa referida, en tanto representa un límite al derecho fundamental de libertad física, está sujeta a lo apuntado en el apartado anterior respecto de la reserva de ley, de manera que solo podrá aplicarse el arresto administrativo cuando una ley lo disponga como consecuencia de la infracción de un precepto normativo específico y, observando las formalidades y los plazos que para ello haya requerido el legislador.

Así, las razones, el procedimiento y el término para aplicar el citado arresto, en ningún caso podrán ser configuradas por la Administración, quien únicamente está habilitada para hacer efectiva la sanción, cuando ocurran las condiciones descritas y requeridas por ley para tal efecto.

Precisamente, uno de los supuestos previsto por el legislador para aplicar el arresto administrativo es el contemplado en el artículo 60 de la Ley de Migración, cuyo tenor literal establece que "El Extranjero que ingrese al País violando la presente Ley, será

sancionado con multa de DIEZ a CIEN COLONES y expulsado del Territorio Nacional. Dicha multa será permutable por arresto hasta de treinta días, según el caso. Para los efectos del inciso anterior, los agentes de Seguridad Pública y las demás autoridades administrativas de la República, tienen obligación de informar a la Dirección General de Migración de los casos que se presenten, suministrando todos los datos posibles del infractor, para que dicha Oficina pueda seguir una investigación al respecto y solicitar en su caso, la orden de expulsión, que será emitida por el Ministerio del Interior".

A ese respecto, jurisprudencialmente –como cita, en sentencia del 19/III/1998, correspondiente al proceso de hábeas corpus número 70-98- "esta Sala ha reconocido la competencia que tiene el Ministro del Interior, y específicamente la Dirección General de Migración, de imponer las sanciones al extranjero que ingrese ilegalmente al país, de conformidad al art. 14 Cn.; atribución que ejerce con apoyo de la División de Fronteras de la Policía Nacional Civil, de conformidad al art. 14 de la Ley Orgánica de la P.N.C."

Ahora bien, es de enfatizar que la Constitución claramente establece que la imposición del arresto debe ir precedida por el proceso correspondiente. Dicho proceso, para el caso, está contemplado en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, lo cual se afirma a partir de lo expuesto por la propia ley, en cuyos considerandos se alude expresamente a la facultad contemplada en el artículo 14 de la Constitución y en su artículo 1 establece que "Esta ley regula el procedimiento para la imposición de arresto o multa por la contravención de leyes, reglamentos u ordenanzas, cuya aplicación compete a las autoridades administrativas. El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor".

En ese orden, es de destacar que la referida ley –como ella misma lo dispone- regula la facultad prevista en el artículo 14 de la Constitución, por lo que ha de acatarse para aplicar el arresto administrativo, salvo que el cuerpo normativo que prevé la infracción merecedora de arresto, contemple un procedimiento garante de los derechos de audiencia y defensa del infractor; sin embargo, en cuanto al caso sub iúdice, la Ley de Migración no establece el proceso mediante el cual ha de imponerse dicho arresto, por lo que se descarta la posibilidad de que la citada ley contemple un trámite garante de los derechos aludidos. Consecuentemente, resulta claro que para imponer arresto con fundamento en el artículo 60 de la Ley de Migración, ha de seguirse el trámite

establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

Así, es preciso apuntar que la aludida ley establece un procedimiento que, en términos generales, debe cumplir los siguientes requisitos: 1) la citación de la persona a la que se le atribuye la contravención para que comparezca ante la autoridad en el término de tres días hábiles para ejercer su defensa (art. 11); 2) derechos de nombrar defensor desde la iniciación del procedimiento, de ser considerado inocente durante el mismo, y posibilidad de acceso a las diligencias (art. 25); 3) facultad –del presunto infractor- de oponerse a la imputación hecha en su contra y de aportar prueba a su favor (art. 13); 4) dictar una resolución mediante la cual se acuerde el arresto (art. 14); 5) declarar ejecutoriada la citada resolución, hasta que haya vencido el término para interponer recursos (art. 15); 6) otorgar un plazo de ocho días -contados desde la notificación de la resolución ejecutoriada- para presentarse a cumplir el arresto (art. 15); 7) ordenar captura del infractor solo en caso de que este no se presente a cumplir el arresto (art. 15).

Por tanto, la imposición del arresto contemplado en el artículo 60 de la Ley de Migración, de conformidad a lo exigido por la Constitución, debe satisfacer los pasos reseñados supra, dado que a partir de los mismos se configura "el debido proceso" al cual alude la Norma Suprema como requisito para proceder a la ejecución de la sanción en comento. De lo contrario, la imposición del arresto devendría en inconstitucional, puesto que no fue precedida por el procedimiento legal correspondiente.

En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que este tribunal ya ha señalado que la facultad para restringir el derecho de libertad personal otorgada a la Administración, ha de materializarse en estricto respeto de lo prescrito por la misma Constitución, en el sentido de que, como se definió en el antecedente jurisprudencial citado, "la autoridad administrativa (...) debe cumplir previamente con el respeto al derecho de audiencia, derecho de defensa, que comprende la oportunidad de controlar la prueba de cargo, controvertirla, refutarla, y ofrecer prueba de descargo; derecho que presupone la existencia de un plazo para ejercer tales derechos, y que es parte de las llamadas garantías del debido proceso. En consecuencia, la sanción de arresto o multa, debe ser precedida de un juicio previo (...)".

Acotado lo anterior, es de subrayar que la duración de la restricción del derecho de libertad física a la que se somete al extranjero, en función de haber sido arrestado de conformidad al proceso correspondiente, no podrá superar el plazo establecido por la Constitución, esto es, cinco días.

Consecuentemente, no obstante la Ley de Migración señale que el arresto bajo análisis puede extenderse hasta treinta días, esta Sala ya ha establecido en su jurisprudencia – en la sentencia aludida supra- que "en relación a la sanción que puede imponerse al extranjero que ingrese ilegalmente al país, la Ley de Migración (...) prescribe una sanción con multa de diez a cien colones, y expulsión del Territorio Nacional. Señala además que dicha multa será permutable por arresto hasta treinta días. Sin embargo, se ha de partir de la noción que tal cuerpo normativo es de carácter preconstitucional, por lo que de conformidad al art. 249 Cn., la sanción de arresto que el Ministro del Interior [hoy, Ministro de Seguridad Pública y Justicia] puede imponer, conforme al ordenamiento constitucional, no puede ser de treinta días, pues está derogada tal sanción por el art. 14 Cn. (...). De lo anterior, se advierte que la autoridad administrativa, únicamente puede sancionar con arresto hasta por cinco días al infractor".

Debe indicarse además que este tribunal no desconoce que, de conformidad a la Ley de Migración, cuando se comprueba el ingreso ilegal de un extranjero, este puede ser expulsado del territorio nacional, y el legislador no ha señalado plazo para hacer efectiva dicha expulsión; no obstante, pese a la falta de un término legal para realizar dicho acto, la Constitución es clara al limitar a cinco días el plazo del arresto, por lo que el mismo no podrá extenderse más allá de dicho término; ello, no obstante la imposibilidad de efectuar la expulsión del foráneo.

En relación a lo anterior también se ha pronunciado esta Sala en la jurisprudencia relacionada, determinando que la omisión del legislador respecto de establecer término para llevar a cabo la expulsión de un extranjero, no puede afectar el plazo indicado por el constituyente como máximo de duración del arresto administrativo.

Y es que, es de enfatizar que el arresto administrativo al que hace alusión la Ley de Migración, es una sanción administrativa provocada por el ingreso ilícito de un extranjero al territorio nacional, por lo que no implica una aprehensión de naturaleza cautelar o asegurativa respecto del proceso de expulsión administrativo, pues en

nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición legal que habilite para detener a una persona por estar tramitándose su expulsión del territorio nacional.

Por consiguiente, si la expulsión administrativa del extranjero que ha sido arrestado no se ejecuta dentro del término de cinco días previsto por la Constitución como límite del arresto, una vez verificado dicho plazo, el arrestado deberá ser puesto en libertad, en tanto no exista alguna otra habilitación legal para mantenerlo detenido.

En ese orden, si se considera necesario retener bajo custodia a alguna persona sometida a un procedimiento de expulsión, con el objeto de garantizar la ejecución de tal procedimiento, es preciso e ineludible que exista habilitación legal para dicha retención; por lo que, desde esa perspectiva, corresponde exclusivamente al legislador fijar las medidas idóneas para garantizar el resultado efectivo del mencionado procedimiento de expulsión.

De tal forma, la falta de regulación sobre medidas para limitar el derecho de libertad personal de quienes son sometidos a un proceso de expulsión, impide a las autoridades migratorias hacer uso de mecanismos mediante los cuales se restrinja el mencionado derecho; posibilidad que está vedada incluso ante la necesidad de asegurar la ejecución de una expulsión legalmente acordada.

Por lo anterior, mientras no haya una ley que configure normativamente la posibilidad de privar de libertad a un extranjero con miras a ejecutar su expulsión del territorio nacional, dicho trámite solo podrá asegurarse mediante otros mecanismos previstos legalmente para tal efecto, pero en ningún caso se extenderá el término del arresto administrativo bajo el argumento de que ha sido imposible efectuar la expulsión de la persona arrestada, pues -como se apuntó supra- el arresto en mención es una sanción administrativa, mas no supone una medida lícita para asegurar el cumplimiento de la expulsión.

En consecuencia, es claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la detención de un extranjero como medida para asegurar un trámite gubernativo de expulsión; o bien, en caso de habersele arrestado -al extranjero-, la restricción a su derecho de libertad que rebase el término previsto en el artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 60 de la Ley de Migración, representa un soslayo al principio de

legalidad, y una violación a la seguridad jurídica con afectación al derecho de libertad física de la persona retenida. Violaciones estas que no pueden justificarse en función del cumplimiento de un trámite gubernativo de expulsión, pues la realización de un acto de autoridad acordado legalmente, no avala para su cumplimiento la producción de violaciones constitucionales.

Así lo indicó esta Sala en la sentencia relacionada en párrafos precedentes: "La dificultad o imposibilidad de ejecutar una orden de expulsión del extranjero que ha ingresado ilegalmente al país, no puede traducirse en un acto lesivo a los derechos fundamentales de éste".

es necesario traer a mención que, como se indicó en el considerando V de esta sentencia, la libertad personal es un derecho fundamental cuyo reconocimiento y protección se dispensa a toda persona humana; por lo que, si bien los ahora favorecidos –según consta en los expedientes administrativos relacionados en el apartado precedente- son extranjeros, incluso en esas circunstancias gozaban del derecho a la libertad personal y de la protección jurisdiccional del mismo, siendo admisibles sobre tal derecho, únicamente las limitaciones establecidas por ley; lo cual se fundamenta en el artículo 13 de la Constitución, que para el derecho de libertad personal ha dispuesto de manera expresa estar reservado al legislador la determinación de los supuestos, formalidades, plazo, etcétera, que debe concurrir en la restricción del derecho de libertad física.

Tales privaciones, de acuerdo al Ministro de Seguridad Pública y Justicia, constituían una medida cautelar del procedimiento de expulsión; la cual, en palabras del mencionado Ministro, volvía nugatoria el derecho de libertad física. Sin embargo -se insiste-, el ordenamiento jurídico no contempla la detención personal como una medida prevista para asegurar el proceso administrativo de expulsión.

Ante tal situación, debe subrayarse que, aun de considerarse necesaria, por razones fácticas, la restricción del derecho de libertad personal de quien será expulsado del territorio nacional, tal circunstancia –supuesta necesidad de retener para asegurar el cumplimiento de la expulsión- se vincula a un derecho fundamental –libertad física- que, por su propia naturaleza, tiene el carácter de inviolable y cuenta con la garantía denominada como reserva de ley, que habilita exclusivamente al legislador para configurar límites sobre el mencionado derecho.

Lo anterior, a su vez, excluye al Órgano Ejecutivo para hacer uso de su facultad reglamentaria, a efecto de crear supuestos y procedimientos que lleven a restringir la libertad personal, y del mismo modo, inhibe a dichas autoridades a que, de facto, configuren supuestos de restricción del derecho en mención, pues, se reitera que, en ausencia de precepto legal que prevea el supuesto de hecho en cuya virtud se ejecuta la restricción del derecho a la libertad, dicha restricción es violatoria de la Constitución; lo cual no cede ante la argüida necesidad de restringir el citado derecho en aras de ejecutar una expulsión, incluso si esta ha sido acordada legalmente; pues, es de enfatizar que la falta de configuración legal sobre medidas para limitar el derecho de libertad física de las personas sujetas a un proceso de expulsión, impide a las autoridades migratorias hacer uso de mecanismos mediante los cuales se restrinja el mencionado derecho; no obstante la necesidad de asegurar una expulsión lícitamente convenida.

Determinado lo anterior, este tribunal considera oportuno aclarar que, si bien –como se indicó en el acápite que antecede- el proceso gubernativo de expulsión no dispone para su cumplimiento de medidas cautelares de coerción personal; y que, por otro lado, el arresto previsto en el artículo 60 de la Ley de Migración es una mera sanción administrativa por el incumplimiento de un precepto legal, mas no una medida asegurativa del procedimiento de expulsión en comento; tales circunstancias no constituyen óbice para que dichas figuras –expulsión y arresto- concurren temporalmente en una misma persona, y sea el caso que dentro de los cinco días de arresto, se ejecute la expulsión del extranjero; siempre y cuando estos –el arresto y expulsión- atiendan a las condiciones reguladas por la Constitución y por la ley.

En ese orden, debe dejarse en claro que las autoridades administrativas pueden seguir el trámite legal correspondiente para arrestar a un extranjero cuyo ingreso al país sea ilícito; asimismo, pueden expulsarlo por tales motivos, pero en ningún caso han de suponer que el desarrollo de un trámite de expulsión habilita el arresto del infractor a efecto de asegurar el éxito de dicha expulsión, por un término mayor a cinco días; pues de hacerlo, se viola la Constitución –art. 14-, aunque la Ley de Migración establezca otro plazo.

Asimismo, esta Sala considera necesario advertir que lo resuelto en el presente hábeas corpus no debe interpretarse como un impedimento constitucional para adoptar mediante ley, las medidas que, sin afectar derechos fundamentales, resulten necesarias e idóneas para garantizar la ejecución de un proceso de expulsión legalmente acordado; pues lo que este tribunal rechaza es que, sin tener habilitación

constitucional, se restrinja la libertad física de quienes han de ser expulsados del territorio nacional, con el solo objeto de asegurar dicha expulsión, cuando no existe de por medio habilitación constitucional.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 19-2008 de las 12:06 horas del día 14/5/2009)

DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO

Esta Sala advierte que el pretensor invoca como derecho supuestamente vulnerado el derecho al libre tránsito, cuya regulación constitucional se encuentra en el art. 5 Cn.; no obstante, lo alegado podría encajar como una posible afectación al art. 11 inc. 2° Cn. referido al derecho a la libertad personal —objeto protegido por el hábeas corpus— en relación con lo dispuesto en el art. 12 inc. 1° Cn., que consagra la garantía, integrante del debido proceso penal, de la presunción de inocencia.

Por ello, en atención a lo dispuesto en el art. 80 de la L. Pr. Cn., el cual faculta para suplir de oficio las omisiones u errores de derecho en que hubieren incurrido las partes, se procederá a determinar en esta sentencia si ha existido vulneración al derecho a la libertad física, en su relación con la presunción de inocencia, arts. 11 inc. 2° y 12 inc. 1° Cn.

Por otra parte, el Ejecutor mencionó como derecho vulnerado por las actuaciones de la Policía Nacional Civil y el entonces Ministerio de Gobernación, el derecho a la propia imagen del beneficiado, derecho consagrado en el art. 2 inc. 2° Cn.

Este derecho tiene por objeto material justamente la "imagen", es decir, el presupuesto que permite la identificación física del individuo, y tiene dos dimensiones: (i) la positiva, que implica la facultad de cada persona natural para obtener la reproducción, de forma reconocible, de rasgos, facciones o la figura del titular del derecho, reproducirla o publicarla; y (ii) la dimensión negativa para impedir tal

obtención, reproducción o publicación, con la consiguiente facultad de recabar la protección jurisdiccional frente a terceros, ya sea mediante la adopción de medidas cautelares frente a la amenaza de vulneración, o mediante el reclamo de la consiguiente indemnización por su uso indebido.

Este derecho sólo puede ser afectado por autoridades con fines de persecución penal —como en el presente caso, mediante la divulgación de afiches con la fotografía de un "sospechoso"—, cumpliendo con las garantías del debido proceso penal. Y, en cuanto es susceptible de una relación de conexidad con la libertad personal, la propia imagen es un derecho también protegible por el hábeas corpus.

En consecuencia, también en este proceso se procederá a examinar la posible violación al derecho a la propia imagen del favorecido, como parte del *thema decidendum* de este hábeas corpus.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 231-2006 de las 10:00 horas del día 19/8/2009)

DERECHO DE DEFENSA

El artículo 12 de la Constitución literalmente establece: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa."

En base a la disposición señalada supra, el derecho de defensa implica el aseguramiento de las garantías fundamentales dentro del proceso, para que la persona objeto de imputación disponga efectivamente de su ejercicio para controvertir los hechos atribuidos en su contra.

Tal defensa, se materializa a partir de actuaciones específicas del propio imputado dentro del proceso, interviniendo de forma directa y personal realizando actividades encaminadas a preservar su libertad, impedir la condena u obtener la mínima sanción posible -defensa material-; y por medio de actuaciones a cargo de un profesional del derecho quien interviene en el proceso, para asistir y representar al imputado, rebatiendo los argumentos contrarios, participando en la reproducción de las pruebas, o bien formulando conclusiones -defensa técnica-.

Asimismo la Constitución en el artículo 13 inciso 3°, establece: " La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término."

De tal manera, en cuanto a las formalidades que deben observarse para la celebración de la audiencia inicial, el Código Procesal Penal ha establecido su desarrollo en el Art. 254 numeral 1): "Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de Paz convocará a las partes a una audiencia dentro de los plazos siguientes: 1) Cuando el imputado se halle detenido y el fiscal estime que debe continuar en ese estado, dentro del término de inquirir..." Asimismo, en el inciso cuarto del mismo artículo se establece: "Si el imputado no ha sido capturado o no puede concurrir por un obstáculo insuperable, pero hubiere nombrado defensor, la audiencia se realizará con la presencia de éste."

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 96-2007 de las 12:40 horas del día 21/1/2009)

DESAPARICIONES FORZADAS

El efecto restitutorio general -sin perjuicio de algunas excepciones- de la sentencia estimatoria en materia de hábeas corpus, es la puesta en libertad del favorecido o la orden del cese de restricciones al derecho de libertad personal del beneficiado.

En tal sentido, el artículo 72 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece: "Si la resolución fuese concediendo la libertad del favorecido, librará inmediatamente orden al Juez de la causa, o a la autoridad que hubiese restringido la libertad de aquél, para que cumpla lo ordenado, sin perjuicio de ordenar lo procedente conforme a la ley según el caso."

Sin embargo, en casos relacionados con desapariciones forzadas, específicamente cuando estas acaecieron durante el finalizado conflicto armado, la sentencia estimatoria dictada en un proceso de hábeas corpus no puede tener un efecto restitutorio inmediato, no sólo por el transcurso del tiempo, sino también por desconocerse, precisamente, el lugar donde la persona vulnerada en su derecho de libertad personal, se encuentra restringida del mismo, así como la autoridad o particular que al momento se encuentra ejerciendo la restricción.

Y es que, en el presente caso por haber transcurrido más de veinticinco años de la desaparición de la cual ahora se conoce, se ignora la autoridad o el particular bajo cuya custodia pueda encontrarse la ahora favorecida. Por dicha razón, esta Sala en atención a lo dispuesto en el artículo 44 parte final de la Ley de Procedimientos Constitucionales, el cual establece que "Si se tiene noticia de la persona que padece -la restricción o desaparecimiento-, pero se ignora la autoridad o el particular bajo cuya custodia esté, se expresará en el auto que cualquiera que sea ésta presente a la persona a cuyo favor se expide.", al ordenar que se presente a la beneficiada, mantiene la imposibilidad material de ponerla en inmediata libertad.

En atención a la imposibilidad material de hacer cesar en los hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, la restricción ilegal o arbitraria al derecho de libertad personal de la favorecida, este Tribunal no puede soslayar que para lograr el efecto restitutorio de la sentencia por él dictada, se requiere de la actuación de otras instituciones del Estado, ya que no es la Sala de lo Constitucional la que de forma exclusiva debe tutelar los derechos fundamentales.

Por ello, dada la existencia de un mandato constitucional para el Estado y sus diferentes instituciones, consistente en la promoción y respeto de los derechos fundamentales, en casos como el presente, se requiere de aquellas otras instituciones del Estado que cuentan con los instrumentos legales y técnicos para realizar una efectiva investigación de campo y científica brinden una tutela de carácter material y

así establecer el paradero de personas desaparecidas, para el caso de la entonces menor María de los Ángeles Mejía.

Por tanto, en virtud de la existencia del referido mandato constitucional, las instituciones a quienes se dirige no pueden negarse a cumplirlo bajo el argumento que se trata de una materia reservada a esta Sala, pues se encuentran —al igual que cualquier otra institución del Estado- sujetas a la Constitución y además, porque legalmente es parte de sus competencias; para el caso el artículo 235 de la Constitución establece: "Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor (...) cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes."

En atención a lo antes expresado se vuelve necesario referirse al principio de legalidad contenido en el Art. 86 Inc. 3° Cn., sobre el que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que es una exigencia derivada del Estado de Derecho, y que se expresa, sobre la actuación de los funcionarios públicos en el sentido que, los órganos estatales y entes públicos, actuando por medio de sus funcionarios, deben hacer aquello que la ley les manda, y deben abstenerse de hacer lo que la ley no les autoriza.

Así lo ha señalado esta Sala —v.gr. la sentencia del 31-1-2001, correspondiente a la Inc. 22-96-, y ha sostenido que el principio de legalidad implica el sometimiento de la administración al cumplimiento de las atribuciones y competencias que por ley se le establecen.

Es decir, todos los entes públicos se encuentran vinculados por dicho principio en tanto que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como el ejercicio de un poder atribuido por norma jurídica, la que le construye y delimita.

Empero, el principio de legalidad no sólo hace referencia a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, que supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. En tal sentido implica no sólo sujeción a la ley, sino también -de modo preferente- a la Constitución.

Por consiguiente, atendiendo al hecho de que no sólo se trata de reconocer la violación al derecho de libertad personal de la ahora favorecida , sino -y ese es el objetivo del proceso de hábeas corpus- de que cese la vulneración constitucional, en los casos de hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, resulta ser que la institución idónea tanto constitucional como legal, de entre los entes del Estado para llevar a cabo las acciones respectivas, es la Fiscalía General de la República.

Y es que, la Fiscalía General de la República de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 193 ordinal 1°, 3° y 7° Cn., le corresponde "Defender los intereses del Estado y de la sociedad; (...) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; (...) Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones (...)".

Asimismo, el artículo 18 literal m) de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República establece que, son atribuciones del Fiscal General: "...nombrar comisiones o fiscales especiales para el ejercicio de sus atribuciones, oyendo al Consejo Fiscal".

Por tanto, es dable aseverar que la Fiscalía General de la República, cuenta de forma directa o indirecta con medios técnicos o científicos para coordinar investigaciones, y entre sus atribuciones constitucionales y legales se encuentra velar por el respeto a los derechos humanos y garantías constitucionales —art.26 literal g) de la Ley Organica de la Fiscalía General de la República-; por lo que deberá ser, la que ha instancia de parte o de oficio por mandato constitucional, inicie y lleve a cabo todas las acciones necesarias a efecto de establecer la situación material a este momento de la ahora favorecida.

Determinada la obligación constitucional y legal de la Fiscalía General de la República para coadyuvar al cumplimiento de la sentencia estimatoria de hábeas corpus relacionado con desapariciones forzadas, es importante aludir que el contenido de la potestad jurisdiccional de esta Sala no se agota con el dictamen de la decisión que reconoce la violación constitucional y que insta al ente fiscal para que realice todas las acciones necesarias para dar con la ahora favorecida, ya que en casos como el ahora conocido, ello resulta insuficiente para dar entera satisfacción al derecho que se pretende tutelar.

Por dicha razón, a efecto de lograr la efectividad de las resoluciones de hábeas corpus, es indispensable mantener una intervención posterior a fin de dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la presente, sólo así se evitará que la misma se convierta en una mera declaración de violación al derecho de libertad física de María de los Ángeles Mejía; y, considerando que según lo dispone el artículo 172 de la Constitución a: "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial, corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional (...)", esta Sala se halla facultada para dar seguimiento al cumplimiento de su resolución, estableciendo los mecanismos de control que considere pertinentes, a efecto de garantizar que las instituciones llamadas a colaborar en la determinación de la situación material en que se encuentra la ahora favorecida, cumplan con ello.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 198-2007 de las 12:15 horas del día 25/11/2009)

FLAGRANCIA

Debe recalcarse que una nota esencial de la flagrancia es la evidencia del delito, entendida como la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido o visto directamente en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito. Se destaca entonces que para que exista flagrancia debe establecerse una relación directa o de inmediatez entre el presunto infractor con el objeto actual del delito que permita presumir su responsabilidad en el mismo. Esta situación –presente en el caso actual- justificó la intervención de la autoridad policial, sin esperar las resultas de un examen pericial a la sustancia que, a juicio de los agentes policiales, evidentemente era droga.

Es necesario reiterar que una detención de este tipo deberá estar siempre determinada con base a motivos suficientes que la justifiquen, y que puedan posteriormente sustentar una imputación, pues de lo contrario se estaría dando

espacio a procedimientos policiales arbitrarios con efectos negativos en los derechos y garantías de los justiciables.

Respecto a la ruptura de la cadena de custodia de la prueba, no puede esta Sala en el caso particular emitir un pronunciamiento, pues en el escrito que dio inició a este hábeas corpus únicamente se menciona la falta de embalaje y de etiquetado de la evidencia incautada; hecho así el reclamo, el mismo constituye un asunto de mera legalidad, y como tal deberá ser abordado en la etapa procesal oportuna por los jueces de sentencia correspondientes, quienes determinarán y valorarán la eficacia probatoria de las evidencias recabadas. En el planteamiento efectuado por el solicitante no se señala como se produce la ruptura de la cadena de custodia y como esta supuesta ruptura incide en los derechos constitucionales del favorecido. Tampoco se expresa si a partir de ese hecho el ingreso de la prueba al proceso incumplió con las exigencias legales y constitucionales, circunstancia que posibilitaría un análisis de constitucionalidad, en tanto implicaría una posible afectación al derecho de defensa en juicio y a la seguridad jurídica del beneficiado; sin embargo, como se expone, este elemento está ausente de la pretensión y siendo un aspecto fáctico sustancial no puede esta Sala suplirlo de oficio.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 74-2008 de las 12:20 horas del día 30/3/2009)

HÁBEAS CORPUS PREVENTIVO

El hábeas corpus, en principio, constituye un mecanismo destinado a proteger el derecho fundamental de libertad física de los justiciables ante restricciones, amenazas o perturbaciones ejercidas en tal categoría de forma contraria a la Constitución, concretadas ya sea por particulares o autoridades judiciales o administrativas.

Ahora bien –como se ha dispuesto en la citada jurisprudencia–, el aludido proceso puede adoptar diferentes modalidades, siendo una de éstas el hábeas corpus preventivo, el cual no se encuentra expresamente regulado en la Constitución; sin

embargo, este Tribunal ha determinado que con fundamento en el artículo 11 de la Constitución, es posible conocer del tipo de proceso en comento, con el objeto de proteger de manera integral y efectiva el derecho fundamental de libertad física, cuando se presenta una amenaza inminente e ilegítima contra el citado derecho, de forma que la privación de libertad no se ha concretado, pero existe amenaza cierta de que ello ocurra.

Desde esa perspectiva, el hábeas corpus preventivo amplía el marco de protección al derecho de libertad física, pues para incoarlo no se exige que la persona se encuentre efectivamente sufriendo una detención; sino, basta que sea objeto de amenazas inminentes y contrarias a la Constitución, de las cuales se prevea indudablemente su privación de libertad.

De tal manera, para configurar una exhibición personal preventiva se requiere necesariamente que la amenaza al derecho de libertad física sea real y no conjetural; es decir, que la previsibilidad de la restricción no puede devenir de sospechas o presunciones, sino de la existencia de una actuación concreta generadora del agravio inminente, evidenciada, por ejemplo, a partir de una orden de restricción decretada por cualquier autoridad y que la misma no se haya ejecutado aún pero sea próxima su realización.

cuando se inicia un proceso de hábeas corpus deben plantearse en la pretensión circunstancias enmarcadas dentro de la competencia de este Tribunal, las cuales, por consecuencia, sean susceptibles de control constitucional por esta Sala.

En efecto, este Tribunal reiteradamente ha manifestado que su ámbito de competencia en el proceso de hábeas corpus se circunscribe al conocimiento y decisión de aquellas circunstancias que vulneren normas constitucionales y lesionen directamente las categorías señaladas en el artículo 11 inciso segundo de la Constitución, encontrándose normativamente impedida para examinar circunstancias que no inciden en tales categorías, o cuya determinación se encuentra preestablecida en normas de rango inferior a la Constitución y le corresponde dirimir las a otras autoridades, siendo estas últimas las denominadas asuntos de mera legalidad.

Por consiguiente, en la pretensión de hábeas corpus es necesario que su fundamentación evidencie que lo objetado está referido a vulneraciones constitucionales con incidencia directa en el derecho de libertad personal o la integridad física, síquica o moral del detenido, y a la vez que ello no constituya una cuestión propia y exclusiva del marco de legalidad, limitada al conocimiento y decisión de otras autoridades.

Lo manifestado responde a que si este Tribunal entrara a conocer y decidir asuntos cuya competencia es atribuida a otra autoridad, ello implicaría invadir la esfera de legalidad, lo cual en definitiva, por la salvaguarda misma a la Constitución, no puede materializar en su labor juzgadora constitucional.

En esa perspectiva trazada, esta Sala en su jurisprudencia ha sostenido que "por no constituir un tribunal de instancia más, está imposibilitada para revisar la prueba aportada en el proceso penal y considerar si es o no suficiente para tener una convicción de la participación de los imputados" (resaltado suplido, resolución de 12/VII/2006, hábeas corpus 174-2005); y "que no forma parte de su competencia valorar si los elementos de prueba con los que contó la FGR al momento de ordenar la detención administrativa, eran o no suficientes; ya que ello corresponde en exclusiva al órgano fiscal, quien sobre la base de lo recabado en los actos de investigación inicial, decide sobre la necesidad o no de ordenar la detención administrativa del inculpado a efecto de hacerlo comparecer al proceso penal. Asimismo, esta Sala no puede valorar si lo declarado por un testigo tiene la apariencia de veracidad y objetividad, y si debía o no ser tomado en consideración para decretar y, posteriormente, ratificar la detención provisional (...) puesto que de hacerlo -este Tribunal- se estaría atribuyendo competencias propias de los jueces de lo penal, y se convertía, además, en una instancia más dentro del proceso penal" (resaltado suplido, resolución de 3/V/2004, hábeas corpus 166-2003).

Además, en la jurisprudencia se ha expresado: "pretender que esta Sala realice funciones tales como (...) ordenar la realización de ciertas pruebas que a criterio del solicitante debieron haberse efectuado durante la tramitación del proceso, implicaría desconocer los límites del hábeas corpus, en tanto proceso constitucional que es, al servicio del derecho fundamental de libertad física, pues lo requerido por el favorecido es una labor encomendada por ley a las autoridades judiciales competentes en materia penal" (resolución de fecha 21/XII/2004, hábeas corpus 211-2004).

Así, tomando en cuenta los reseñados criterios jurisprudenciales y ante los alegatos propuestos, referidos a suficiencia y acreditación de elementos, es de afirmar que sobre ellos este Tribunal no puede realizar un análisis constitucional, pues no le compete determinar si en el proceso penal existen "suficientes" elementos probatorios para establecer el convencimiento del juzgador sobre la participación delincinencial del favorecido, o cuáles elementos probatorios deben aportarse en la misma causa para tener por establecido tal presupuesto.

Lo anterior, en vista que la autoridad jurisdiccional competente en el proceso penal es quien realiza el juicio valorativo sobre si concurren o no los "suficientes" elementos que le generen "convicción" del cometimiento del ilícito por parte de los procesados, a afecto de determinar si existe posibilidad de determinar su culpabilidad o inocencia, situación jurídica que este Tribunal no puede establecer; además, este Tribunal tampoco puede determinar cuáles elementos probatorios deben recabarse y aportarse en el proceso, pues la actividad probatoria incriminatoria depende del caso concreto, de la actividad misma de la representación fiscal, de las probanzas solicitadas por la defensa del propio imputado, bajo el análisis de la autoridad competente juzgadora en materia penal.

En igual sentido, es de sostener que comprobar si la información brindada por una persona es o no precisa, fehaciente o idónea, no es competencia de esta Sala, sino de la autoridad jurisdiccional competente en materia penal, pues ésta es quien debe analizar y valorar esas circunstancias en las declaraciones; asimismo, en este estrado constitucional tampoco puede decidirse si ha concurrido o no "malicia" en las autoridades intervinientes en el proceso penal, en el sentido de establecer si estas han actuado de mala fe, pues ello debe ser dirimido en sede ordinaria para verificar la concurrencia de tal circunstancia con las responsabilidades respectivas.

Ahora bien, lo que puede examinar esta Sala es si en el proceso penal al aplicar la detención provisional, se han respetado las garantías mínimas para tal efecto, establecidas en la Ley, la Constitución y la propia jurisprudencia constitucional, como por ejemplo, y en atención a la pretensión, que las autoridades en sus resoluciones establezcan la configuración de los presupuestos para decretar la medida precautoria más grave, como lo es el *fumus boni iuris*, manifestando las razones conforme a las cuales consideran que dicho presupuesto concurre, e indicando la mínima actividad probatoria incorporada al proceso que sirve de cimiento objetivo; mínima actividad que no solamente debe invocarse, sino, además, debe constar en el proceso penal, todo lo cual se relaciona con la debida fundamentación de la detención provisional.

También este Tribunal tiene la facultad de examinar si los elementos vertidos en el proceso penal que fundamentan la detención provisional, han sido incorporados de acuerdo a las garantías establecidas para tal efecto y, en definitiva, con observancia a derechos fundamentales, pues de lo contrario no podrían cimentar la imposición de una detención provisional.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 7-2008Acde las 10:00 horas del día 26/6/2009)

HÁBEAS CORPUS RESTRINGIDO

El hábeas corpus de tipo restringido ha sido definido como aquel que protege al individuo de las restricciones o perturbaciones que provengan de cualquier autoridad; y que, sin implicar privación de la libertad física, incidan en ésta, ya sea mediante hechos de vigilancia abusiva u otras actitudes injustificadas.

Así, la finalidad de esta clase de hábeas corpus es terminar con las injerencias, que en un grado menor, significan una afectación inconstitucional al derecho de libertad física del favorecido. Es de acotar, que el objeto de control por parte de esta Sala en este tipo de hábeas corpus, se circunscribe a las actuaciones que las autoridades ejecutan en el desempeño de su competencia; actuaciones que, si bien se encuentran dentro de las facultades otorgadas por ley, se desarrollan de manera excesiva, por lo que pueden llegar a interferir con el derecho de libertad física del beneficiado. (Sentencia de fecha 11- VIII- 2006, pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 171-2005)

(SOBRESEIMIENTO de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 35-2008de las 12:22 horas del día 22/1/2009)

HÁBEAS CORPUS: DESAPARICIONES FORZADAS

El efecto restitutorio de la sentencia estimatoria en materia de hábeas corpus, es la puesta en libertad del favorecido o la orden del cese de restricciones al derecho de libertad personal del beneficiado.

En tal sentido, el artículo 72 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece: "Si la resolución fuese concediendo la libertad del favorecido, libraré inmediatamente orden al Juez de la causa, o a la autoridad que hubiese restringido la libertad de aquél, para que cumpla lo ordenado, sin perjuicio de ordenar lo procedente conforme a la ley según el caso."

Sin embargo, en casos relacionados con desapariciones forzadas, específicamente cuando estas acaecieron durante el finalizado conflicto armado, la sentencia estimatoria dictada en un proceso de hábeas corpus no puede tener un efecto restitutorio inmediato, no sólo por el transcurso del tiempo, sino también por desconocerse, precisamente, el lugar donde la persona vulnerada en su derecho de libertad personal, se encuentra restringida del mismo, así como la autoridad o particular que al momento se encuentra ejerciendo la restricción.

Ciertamente, en el caso el sub iúdice por haber transcurrido más de veinticinco años de la desaparición de la cual ahora se conoce, se ignora la autoridad o el particular bajo cuya custodia pueda encontrarse la ahora favorecida. Por dicha razón, esta Sala en atención a lo dispuesto en el artículo 44 parte final de la Ley de Procedimientos Constitucionales, el cual establece que "(...) Si se tiene noticia de la persona que padece, pero se ignora la autoridad o el particular bajo cuya custodia esté, se expresará en el auto que cualquiera que sea ésta presente a la persona a cuyo favor se expide.", al ordenar que se presente a la beneficiada, mantiene la imposibilidad material de ponerla en inmediata libertad.

En atención a la imposibilidad material de hacer cesar en los hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, la restricción ilegal o arbitraria al derecho de libertad personal del favorecido, este Tribunal no puede soslayar que para lograr el

efecto restitutorio de la sentencia por él dictada, se requiere de la actuación de otras instituciones del Estado, ya que no es la Sala de lo Constitucional la que de forma exclusiva debe tutelar los derechos fundamentales.

Por ello, dada la existencia de un mandato constitucional para el Estado y sus diferentes instituciones, consistente en la promoción y respeto de los derechos fundamentales, en casos como el presente, se requiere de aquellas otras instituciones del Estado que cuentan con los instrumentos legales y técnicos para realizar una efectiva investigación de campo y científica, a efecto que sean ellas quienes brinden una tutela de carácter material y así establecer el paradero de personas desaparecidas..

Por tanto, en virtud de la existencia del referido mandato constitucional, las instituciones a quienes se dirige no pueden negarse a cumplirlo bajo el argumento que se trata de una materia reservada a esta Sala, pues se encuentran –al igual que cualquier otra institución del Estado- sujetas a la Constitución y además, porque legalmente es parte de sus competencias; para el caso el artículo 235 de la Constitución establece: "Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes."

En atención a lo antes expresado se vuelve necesario referirse al principio de legalidad contenido en el Art. 86 Inc. 3° Cn., sobre el que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que es una exigencia derivada del Estado de Derecho, y que se expresa, sobre la actuación de los funcionarios públicos en el sentido que, los órganos estatales y entes públicos, actuando por medio de sus funcionarios, deben hacer aquello que la ley les manda, y deben abstenerse de hacer lo que la ley no les autoriza.

Así lo ha señalado esta Sala –v.gr. la sentencia del 31-I-2001, correspondiente a la Inc. 22-96-, y ha sostenido que el principio de legalidad implica el sometimiento de la administración al cumplimiento de las atribuciones y competencias que por ley se le establecen.

Es decir, todos los entes públicos se encuentran vinculados por dicho principio en tanto que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como el ejercicio de un poder atribuido por norma jurídica, la que le construye y limita.

Empero, el principio de legalidad no sólo hace referencia a la legalidad ordinaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende a la Constitución. En tal sentido la legalidad no es sólo sujeción a la ley, sino también -de modo preferente- a la Constitución.

Por consiguiente, atendiendo al hecho de que no sólo se trata de reconocer la violación al derecho de libertad personal de la ahora favorecida, sino -y ese es el objetivo del proceso de hábeas corpus- de que cese la vulneración constitucional, en los casos de hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, resulta ser que la institución idónea tanto constitucional como legal, de entre los entes del Estado, para llevar a cabo las acciones respectivas, es la Fiscalía General de la República.

Y es que, la Fiscalía General de la República de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 193 ordinal 1°, 3° y 7° le corresponde "Defender los intereses del Estado y de la sociedad; Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley; Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones".

Asimismo, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que, "Cuando las circunstancias lo requieran, a su juicio prudencial, el Fiscal General de la República podrá designar personas o integrar comisiones para desempeñar funciones especiales de las comprendidas dentro de sus atribuciones".

Por tanto, es dable aseverar que la Fiscalía General de la República, cuenta de forma directa o indirecta con medios técnicos o científicos para coordinar investigaciones, y entre sus atribuciones constitucionales y legales se encuentra velar por el respeto a los derechos humanos y garantías constitucionales -art.3 atribución segunda de la Ley Orgánica del Ministerio Público-; por lo que deberá ser, la que a instancia de parte o de oficio por mandato constitucional, inicie y lleve a cabo todas las acciones necesarias a efecto de establecer la situación material a este momento de la ahora favorecida.

Determinada la obligación constitucional y legal de la Fiscalía General de la República para coadyuvar al cumplimiento de la sentencia estimatoria de hábeas corpus relacionados con desapariciones forzadas, es importante aludir que el contenido de la potestad jurisdiccional de esta Sala no se agota con el dictamen de la decisión que reconoce la violación constitucional y que insta al ente fiscal para que realice todas las acciones necesarias para dar con la ahora favorecida, ya que en casos como el sub iúdice, ello resulta insuficiente para dar entera satisfacción al derecho que se pretende tutelar.

Por dicha razón, a efecto de lograr la efectividad de las resoluciones de hábeas corpus, es indispensable mantener una intervención posterior a fin de dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la presente, pues sólo así se evitará que la misma se convierta en una mera declaración de violación al derecho de libertad física.

En tal sentido, dado que según lo dispone el artículo 172 de la Constitución: "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional", esta Sala se haya facultada para dar seguimiento al cumplimiento de su resolución, estableciendo los mecanismos de control que considere pertinentes, a efecto de garantizar que las instituciones llamadas a colaborar en la determinación de la situación material en que se encuentra la ahora favorecida, cumplan con ello.

Por tal motivo, es menester hacer una aplicación analógica para el proceso de hábeas corpus, de lo dispuesto en el artículo 35 inciso final de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que establece: "El funcionario demandado deberá proceder al cumplimiento de la sentencia dentro de las veinticuatro horas de haber sido comunicada, o dentro del plazo que el Tribunal le señale." y entender que la presente resolución requiere en su ejecución de actos sucesivos, los cuales han de ser llevados a cabo por la Fiscalía General de la República, quien por consiguiente deberá proceder al acatamiento de lo ordenado dentro del plazo señalado por esta Sala, hasta en tanto no se dé con el paradero de la ahora favorecida.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 197-2007 de las 12:15 horas del día 26/6/2009)

MEDIDAS CAUTELARES: SUSTITUCIÓN

Sobre la presunción de inocencia, la Sala de lo Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad de referencia 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 Ac., que en adelante se le denominará "Inc. 28-2006 Ac." señaló: "se encuentra consagrada en el art. 12 inc. 1° Cn., y se puede entender que posee tres significados claramente diferenciados: (i) como garantía básica del proceso penal; (ii) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) como regla relativa a la prueba. Respecto al primero, ella ha sido entendida como garantía básica del proceso, y como tal constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas procesales penales que pudiesen implicar en contrario una presunción de culpabilidad, una condena anticipada y que conlleven para el imputado la carga de probar su inocencia".

Respecto del segundo, se parte de la idea de que el inculpado se presume inocente hasta que no se dicte sentencia condenatoria en su contra, "y mientras tanto deben reducirse al mínimo la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en medidas arbitrarias o en penas anticipadas".

A partir de tales premisas, en relación a la presunción de inocencia y el deber de motivación, en la misma sentencia este Tribunal indicó que "la presunción o principio de inocencia tiene una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que queden de manifiesto la finalidad perseguida, esto es, el aseguramiento de los fines del proceso. Por ende, para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción o principio de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; (ii) establecido lo anterior, también es necesario que existan indicios, por lo menos, de la participación en la infracción penal, en alguna de las formas que impliquen responsabilidad y que vuelvan razonablemente probable la culpabilidad del imputado; (iii) que tengan un fin

constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el fin del proceso, partiendo de la gravedad del delito, dado que la detención provisional sólo tiene un fin cautelar y no retributivo respecto a una infracción no declarada; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines" (resaltado suplido).

El artículo 294 inciso 2° del Código Procesal Penal, dispone "No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, delitos contra la libertad sexual, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, desordenes públicos agravados, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas, delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los delitos contemplados en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos".

Sobre dicha norma legal, en el proceso de Inc. 28-2006 Ac., esta Sala expresó que era constitucionalmente válido argumentar que la detención provisional se vuelve necesaria en los delitos mencionados en el inc. 2° del art. 294 del C. Pr. Pn., pues por su impacto social dañino, ellos provocan alarma social y el riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal, por lo mismo, es mayor que en el resto de infracciones; ya que, para este Tribunal "si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del periculum in mora –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado" (resaltado suplido).

En ese orden de ideas, esta Sala en la Inc. 28-2006 Ac manifestó: "De la lectura del inciso 2° del artículo 294 del C. Pr. Pn. se desprende que, en efecto, el legislador ha establecido la prohibición de sustituir la detención provisional por otras medidas; lo cual, visto desde una perspectiva afirmativa implica que las medidas cautelares que afecten la libertad personal –como la sujeta a análisis– deben fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes. Todo en relación con los requisitos ya indicados. Ello significa que, para imponer la detención, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva

de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el art. 292 del C. Pr. Pn., referidos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe ser motivada, tanto en lo relativo al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume, y por otro, la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente" (resaltado suplido).

Es importante acotar que respecto a la prohibición establecida en el artículo 294 inciso 2° del Código Procesal Penal, esta Sala señaló: "Del análisis de la disposición impugnada pueden advertirse tres categorías de delitos en los cuales el legislador ha prescrito la no sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que son delitos realizados por estructuras de crimen organizado, que plantean al Estado un reto mayor en cuanto a su persecución y combate, que el resto; (iii) delitos contra la libertad sexual, que al ser usado como una categoría genérica comprende tanto ataques graves a uno de los bienes jurídicos más importantes de la persona, como conductas que no encajan en tal categoría, v. gr., el art. 171 del C. Pn. Desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el Legislativo respecto de las categorías precisas".

Sin embargo, la Sala agregó: "Respecto de los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, así como los delitos contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y los delitos contra la libertad sexual, es preciso hacer algunas consideraciones en particular; pues, dada la amplitud de su consideración se contemplan conductas que aparecen como justificantes de la ponderación realizada por la autoridad emisora del art. 294 inc. 2° –como el delito de agresión sexual en menor o incapaz– y otras que no lo son. En efecto, respecto de la categoría que comprende, de manera genérica, los delitos contra la libertad sexual, los delitos relativos a las drogas y los delitos relacionadas con el lavado de dinero y otros activos, no puede hacerse un juicio completo sobre su constitucionalidad, pues

dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo. Un criterio para delimitar objetivamente la anterior consideración, se encuentra en la distinción legislativa contenida en el art. 18 Pn., en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad. En ese sentido, y siendo que la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal" (resaltado suplido).

Con esa perspectiva, la Sala concluyó: en cualesquiera caso, incluyendo los contenidos en el artículo 294 Inc. 2° Pr. Pn., las medidas cautelares y, por supuesto, al tratarse de la aplicación de la detención provisional -ya sea en forma explícita o implícita- su motivación debe establecer la razonabilidad o ponderación de la misma como resolución jurisdiccional, en cumplimiento de la referida disposición y, en cumplimiento de los parámetros expresados por el Art. 292 Pr. Pn., con énfasis en la ponderación razonable de los presupuestos habilitantes de la medida, siempre en función del aseguramiento de sus objetivos procesales, tal como se ha indicado en esta sentencia; ya que, en ningún caso, las disposiciones de una ley, en especial las de procedimiento jurisdiccional, pueden tener aplicación sin razonamiento o sin justificación fáctica, particularmente en materia procesal penal, cuando se trata de restringir la libertad de una persona. A tales efectos, y en el caso de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, el art. 18 Pn. constituye un criterio objetivo para delimitar razonablemente la ponderación aludida, según la gravedad del ilícito" (resaltado suplido).

En lo que atañe a la revisión de medidas cautelares, encontramos en el Código Procesal Penal el artículo 306 y 307; el primero señala: "El imputado y defensor podrán solicitar la revisión o la sustitución de una medida cautelar en cualquier estado del procedimiento y todas las veces que lo consideren oportuno, sin perjuicio de las responsabilidades profesionales del defensor, cuando la petición sea notoriamente dilatoria o repetitiva". El segundo artículo determina: "Cada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en la que se dispone expresamente, el juez examinará la continuación de la detención o internación provisional o, en su caso, dispondrá la sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El examen se realizará en audiencia oral con citación de todas las partes; pero la audiencia se llevará a cabo con

aquellos que concurran. Inmediatamente de finalizada y se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitado, el juez resolverá. La audiencia prevista en el artículo anterior se llevará a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, siempre que la petición sea calificada de pertinente por el juez y no sea dilatoria o repetitiva."

Las anteriores disposiciones deben ser consideradas inicialmente a partir de (1°) una perspectiva general, con énfasis, tomando en cuenta su interpretación sistemática, y, seguidamente, (2°) desde una perspectiva específica, en relación a aquellos procesos tramitados por los delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal y en atención al proceso de Inc. 28-2006 Ac.

En términos generales, es de expresar que en virtud de las características de excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad predicables de las medidas cautelares, la legislación procesal penal, en principio, permite solicitar la revisión de aquellas medidas cautelares impuestas en el proceso penal; incluso, el Código Procesal Penal establece la obligación para el juzgador de revisar oficiosamente la detención provisional o el internamiento provisional, cada tres meses.

En relación a la detención provisional, y a fin de asegurar que esta medida en el transcurso del proceso continúa gozando del carácter excepcional y provisional, la audiencia de revisión a la cual aluden los artículos 306 y 307 del Código Procesal Penal, puede ser celebrada en los siguientes supuestos:

a) Cuando hay fundamento para sostener que han cambiado los motivos que se tuvieron en cuenta para imponer la detención provisional, referidos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*; es decir, que sea evidente la necesidad de revisión, para lo cual deben concurrir una justificación razonada que permita afirmar que existe modificación de los elementos que originalmente posibilitaron decretar la medida cautelar.

b) Cuando se ha cumplido con el plazo máximo legal de su duración; ello, ya que la proporcionalidad en el mantenimiento de la detención provisional supone, entre otros aspectos, que el procesado no debe soportar un sufrimiento superior al que se vería sometido con la imposición de la propia pena en caso de condena, por lo cual la

detención provisional nace con el denominado plazo inicial de caducidad, el cual una vez cumplido –salvo excepciones, que deben venir dadas por resolución motivada- la persona habrá de ser puesta en libertad.

Ahora bien, el objeto general de la audiencia de revisión de medidas cautelares, en el caso de la detención provisional, supone un examen sobre la procedencia de mantener la medida, sustituirla o incluso poner en libertad al imputado, lo cual dependerá de la efectiva conservación, variación o desvanecimiento total de los elementos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

En efecto, los artículos 306 y 307 del Código Procesal Penal habilitan en principio que en el desarrollo del proceso penal se realice audiencia de revisión de medidas cautelares, incluso respecto de la detención provisional, permitiendo inferir que cabe la posibilidad de que esta pueda ser sustituida por otra medida cautelar, o simplemente deje de surtir efecto sin que se imponga otra.

Sin embargo, la posibilidad legal señalada en los artículos 306 y 307 para realizar audiencia de revisión de la detención provisional, a efecto de sustituirla o dejarla sin efecto, adquiere una limitante legal en aquellos procesos tramitados por alguno de los delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, que presenten la ponderación de justificación a la cual se alude en la Inc. 28-2006 Ac.

Lo anterior, puesto que los artículos 306 y 307 como parte de todo un cuerpo normativo, no pueden analizarse y aplicarse de forma aislada, sino bajo una perspectiva integral; de ahí que, para interpretar y aplicar dichas disposiciones en los casos de delitos contemplados por el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, debe considerarse que esta disposición establece la prohibición de sustituir la detención provisional por otra medida cautelar.

Por tanto, al considerar en abstracto específicamente la posibilidad de realizar audiencia de revisión de la detención provisional en los procesos penales tramitados por los delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, debe tenerse como premisa que, conforme a esa norma, en los casos concretos de los delitos indicados en la referida disposición existe la prohibición legal de sustituir la detención provisional por otras medidas.

Esta prohibición de sustitución, conforme a lo expuesto en el proceso de Inc. 28-2006 Ac., resulta constitucionalmente justificable, en cuanto que –como se dijo- el legislador realizó una ponderación atendible, en virtud de que la categoría de delitos precisos poseen como denominador común, el hecho de constituir ataques a bienes jurídicos de más importancia de la persona, o bien por ser realizados por estructuras de crimen organizado que plantean al Estado un reto mayor en cuanto a su persecución y combate, en relación a otros ilícitos; y respecto de los delitos relativos a la libertad sexual, a los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros activos, esa prohibición de sustitución encuentra la ponderación legislativa justificada constitucionalmente en la dañosidad de las conductas punibles en aquellos ilícitos que sean considerados graves, de conformidad con el artículo 18 del Código Penal.

Lo anterior implica que una vez decretada motivadamente la detención provisional referente a algún ilícito de los contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, y respecto a los mismos se verifique la justificación de ponderación para la prohibición de sustitución –conforme a los términos expuestos por en la Inc. 28-2006 Ac-, mientras se mantenga la imputación fundamentada, no puede sustituirse la detención provisional, y mucho menos, claro está, puede dejársele en libertad al imputado.

En efecto, mientras esté vigente la imputación de algún delito de homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, robo agravado, extorsión, defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y tratas de personas, o bien de delitos graves –de acuerdo al 18 Código Penal- relativos a la libertad sexual, a los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, el imputado a quien fundadamente se le ha decretado detención provisional, no puede hacerse acreedor de la sustitución de esa medida por otra menos gravosa, en virtud de la prohibición consignada en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal.

La circunstancia apuntada consecuentemente repercute en la posibilidad de realizar audiencia de revisión de medidas cautelares, respecto a la persona imputada por los delitos del artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, ya que dada la prohibición prescrita en esa norma –conforme a los criterios justificantes señaladas en Inc. 28-2006 Ac.–, resulta ser que al decretarse la detención provisional y mantenerse

la imputación, no puede realizarse audiencia de medidas cautelares para aplicar una menos gravosa, o bien para requerir se deje sin efecto la medida impuesta.

Por consiguiente, mientras se conserva vigente la imputación, la detención provisional del procesado se continúa rigiendo por la prohibición señalada en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal; en atención a ello, es de afirmar que en los procesos tramitados por los delitos señalados en la citada disposición legal –que se adecúen a la ponderación constitucional señalada en la Inc. 28-2006 Ac.–, únicamente puede generarse la posibilidad de llevar a cabo audiencia de revisión de detención provisional, en dos circunstancias concretas:

a) Cuando se presenten los suficientes elementos para evidenciar que han variado los elementos del tipo penal atribuido, de manera tal que el delito por el cual se procesa no sea uno de los indicados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, de forma que se denote la imposibilidad de continuar la imputación por los delitos señalados, pues al demostrar esto, resultaría que el imputado ya no puede seguir siendo objeto de la prohibición consignada en el artículo citado.

b) En los procesos tramitados por los delitos señalados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, también resulta legítimamente realizable la audiencia de revisión de la detención provisional, ya sea a petición de parte o de oficio, cuando se haya cumplido el plazo de caducidad de la misma.

En caso de evidenciarse las circunstancias anotadas, se generan los presupuestos necesarios para colegir la posibilidad de realizar la audiencia de revisión de medidas, debiendo el juez determinar la condición jurídica del procesado y las normas legales específicas que regirán la misma.

Bajo esa perspectiva, la obligación del juez de revisar oficiosamente la detención provisional respecto a los imputados por los delitos consignados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, únicamente se torna exigible cuando por si mismo evidencia que las circunstancias de la imputación han variado, modificándose la imputación misma, sin poderse encajar en los delitos contemplados en la citada norma legal, o cuando la autoridad constate que se ha superado el plazo legal de la detención provisional.

Y es que, de no concurrir los supuestos indicados, en esos casos no puede accederse a la solicitud de revisión de medidas cautelares, ni el juez tiene la obligación de revisar de oficio la detención provisional impuesta.

Es de agregar, que cuando la autoridad jurisdiccional califique de reiterativa la solicitud de revisión de medidas, y en todo caso en el cual se niegue a realizar la audiencia de revisión, debe pronunciar su decisión mediante resolución motivada, a efecto de posibilitar al interesado conocer las razones del porqué no accede a la petición.

En ese sentido, debe dictarse un proveído en el cual se señale que no puede sustituirse la detención provisional porque subsisten los motivos de imputación de alguno de los delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo; de manera que se mantienen las razones que provocaron la imposición de la medida de detención provisional; sin que se haya superado el plazo de caducidad de dicha medida cautelar.

Y es que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala –verbigracia en sentencia del 19/IV/2006, hábeas corpus con referencia 66-2005-, las autoridades jurisdiccionales deben motivar sus resoluciones, pues "dicha exigencia tiene por finalidad garantizar la seguridad jurídica y el derecho de defensa de las personas que pueden verse afectadas con la resolución judicial; ya que conocer los motivos por los cuales el juez resuelve en determinado sentido, permite impugnar la referida decisión por medio de los mecanismos que la ley prevé para tal efecto".

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 208-2006 de las 12:06 horas del día 24/6/2009)

PENA DE PRISIÓN

A efecto de mantener el orden social, el Estado establece -entre otros mecanismos- una serie de normas jurídicas, conforme a las cuales se prevén límites de actuación no solamente para las autoridades, sino también para cada uno de los integrantes de la sociedad; entre dichas normas encontramos las penales, las que, cuando son aplicadas en casos concretos, permiten evidenciar la capacidad del Estado de ejercer restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales, por ejemplo a través de la aplicación de penas privativas de libertad personal.

En lo que atañe a la pena, puede afirmarse que, como elemento integrante del tipo penal indicado en el cuerpo normativo, cumple una serie de finalidades, entre ellas se encuentra la preventiva, la cual supone, de forma general, que las personas se abstendrán de incurrir en el hecho delictivo, en vista de la descripción en la norma de una conducta como prohibida y la consagración de la respectiva sanción penal que se prevé será aplicada.

Ahora bien, cuando el mencionado fin preventivo no se consigue, y la persona incurre en un ilícito y se le aplica una pena privativa de libertad, esta última no supone exclusivamente la ejecución de su componente retributivo, el cual alude a la aplicabilidad de la pena como consecuencia directa de la comisión del hecho delictivo; porque, además, la aplicación de la pena supone que en su espacio temporal de ejecución se pretenda y logre realizar un programa que conlleve la integración social del condenado y la eliminación de su peligrosidad atentatoria contra bienes jurídicos.

Ese fin de resocialización que se pretende consolidar en cada uno de los privados de libertad, es exigido a partir del contenido de la propia Constitución, la cual en el artículo 27 inciso tercero señala: "El Estado organizará los centros penitenciarios con objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos".

FINALIDAD

Por su parte, el Código Penal en el artículo 47 indica que la pena de prisión se ejecutará de conformidad con la Ley Penitenciaria, cuerpo normativo que, en concordancia con la citada disposición constitucional, en el artículo 2 establece "La ejecución de la pena deberá proporcionar al condenado condiciones favorables a su

desarrollo personal, que le permitan una armónica integración a la vida social al momento de recobrar su libertad"; y en el artículo 3 expresa: "Las instituciones penitenciarias establecidas en la presente Ley, tienen por misión fundamental procurar la readaptación social de los condenados y la prevención de los delitos, así como la custodia de los detenidos provisionales".

TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Bajo esa perspectiva, en el transcurso de la ejecución de la pena privativa de libertad se pretende desarrollar un tratamiento penitenciario, que supone la realización de actividades terapéuticas-asistenciales tendientes a materializar la reinserción social del privado de libertad, entre otros aspectos, tal como lo dispone el artículo 124 de la Ley Penitenciaria: "El tratamiento penitenciario está formado por todas aquellas actividades terapéuticas-asistenciales encaminadas a la reinserción social de los condenados, incluyendo la atención post-penitenciaria"; tratamiento penitenciario cuya aplicación dependerá del consentimiento y participación del interno, según el contenido del artículo 126 del aludido cuerpo normativo: "Para la aplicación del tratamiento será necesario, en todos los casos, contar con el consentimiento del interno. De la negativa a aceptarlo no podrá derivarse ninguna consecuencia desfavorable dentro del régimen penitenciario. En todo momento se fomentará la participación del interno en el diseño, planificación y ejecución de su tratamiento. No se inculcarán otros valores que aquellos que libremente acepte o que fueren imprescindibles para una adecuada convivencia en libertad y respeto a la Ley".

REUBICACIÓN DEL CONDENADO

Asimismo, en el transcurso de la ejecución de la pena privativa de libertad, de acuerdo al artículo 95 de la Ley Penitenciaria y 259 del Reglamento General de dicha Ley, el condenado tiene la posibilidad de ser ubicado en diferentes fases: la de adaptación, ordinaria, confianza y de semilibertad, suponiendo las dos últimas el acceso a "determinadas libertades"; por ejemplo, en la de confianza, tener permisos de salida, y en la de semilibertad, además de tener permisos más amplios, poder trabajar fuera del centro penitenciario, según se desprende de los artículos 98 número 1 y 101 número 1 de la Ley Penitenciaria.

Sobre las entidades que intervienen en el análisis del interno respecto a su régimen penitenciario, el artículo 31-A de la Ley Penitenciaria indica: "Existirán los Equipos Técnicos Criminológicos que la Dirección General de Centros Penales decida. A cada Equipo se le señalará el o los Centros Penitenciarios que atenderán, a propuesta del Consejo Criminológico Nacional. Las funciones principales de tales Equipos serán: 1) Realizar evaluaciones periódicas a los internos. 2) Proponer a los Consejos Criminológicos Regionales la ubicación de los internos en las fases del régimen penitenciario (...)".

El artículo 266 del mismo Reglamento agrega: "El procedimiento general de ubicación será: a) La propuesta para ubicación en las fases del Régimen Penitenciario será formulada por los Equipos Técnicos Criminológicos de los Centros, fundamentada en normas técnicas científicas en la cual se valorará, que cumplan los criterios establecidos para cada una de las fases, las razones de su propuesta de fase, necesidades de tratamiento, los programas prioritarios a que debe ser incorporado cada interno en base a su situación personal. Todo formará parte de una evaluación individualizada del interno y valoración del Diagnóstico Criminológico elaborado por el Equipo Técnico Criminológico del Centro que será remitido al Consejo Criminológico Regional utilizando los medios y tecnologías disponibles para su ratificación, ampliación o revocación. b) La resolución de ubicación que emite el Consejo Criminológico Regional se informará al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena y se anexará el Expediente Único, previa notificación por escrito al interno quien podrá recurrir al Consejo Criminológico Nacional en caso de no estar satisfecho con la resolución. c) En el caso de apelación de la resolución, el interno o cualquier interesado deberá presentar ante el Consejo Criminológico Nacional la solicitud por escrito expresando las razones su inconformidad, y éste pedirá inmediatamente al Consejo Criminológico Regional el dictamen recurrido. Con vista de ambos documentos resolverá en un plazo no mayor de veinticuatro horas, después de integrado el expediente. d) El interno o cualquier interesado podrá solicitar progresión de fase, presentando la petición por escrito a la Subdirección Técnica del Centro quien la hará del conocimiento del Consejo Criminológico Regional anexando la propuesta correspondiente. e) El Equipo Técnico Criminológico propondrá al Consejo Criminológico Regional, los internos que califiquen con los requerimientos para gozar del beneficio de la Libertad Condicional, los internos que califiquen con los requerimientos para gozar del beneficio de la Libertad Condicional Anticipada, que podrían ser todos aquellos internos que estén aptos o gozando de las fases de Confianza y Semilibertad. f) En general, el Consejo Criminológico Regional podrá devolver con observaciones los informes al Equipo Técnico Criminológico del Centro, cuando no se haya tomado en cuenta los criterios establecidos, o no estén adecuadamente fundamentados" (resaltado suplido).

Es de agregar que el artículo 104 de la citada Ley Penitenciaria señala: "Todo informe elaborado por el Consejo Criminológico Regional, que decida la ubicación inicial del interno, o su avance o retroceso dentro de las diversas fases del régimen penitenciario, deberá ser agregado al expediente del Interno y comunicado, para su conocimiento, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena".

FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia resolución del 24/VI/2002, hábeas corpus 145-2002- ha reconocido que en el Código Penal, específicamente en el Capítulo IV Título III del Libro I, se regulan las denominadas "formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad", entre las que se establecen la "libertad condicional" y "la libertad condicional anticipada"; estas siguiendo la perspectiva trazada en la sentencia del 25/III/2008, inconstitucionalidad 32-2006/48-2006/52-2006/81-2006/91-2006 constituyen paliativos que pueden ser aplicados durante la fase de ejecución penitenciaria, con lo cual se pretende propiciar regularmente que las condenas no se cumplan en su totalidad, bajo el cumplimiento estricto de ciertos requisitos dispuestos por ley.

Sobre la libertad condicional, el artículo 85 del Código Penal señala: "El juez de vigilancia correspondiente podrá otorgar la libertad condicional en los delitos cuyo límite máximo de prisión excede de tres años, siempre que el condenado reúna los requisitos siguientes: 1) Que se hayan cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta; 2) Que merezca dicho beneficio por haber observado buena conducta, previo informe favorable del Consejo Criminológico Regional; y, 3) Que haya satisfecho las obligaciones civiles provenientes del hecho y determinadas por resolución judicial, garantice satisfactoriamente su cumplimiento o demuestre su imposibilidad de pagar. Cuando se tratare de concurso real de delitos, además de los requisitos establecidos, procederá la libertad condicional si el condenado hubiere cumplido las dos terceras partes de la totalidad de las penas impuestas" (resaltado suplido).

En cuanto a la libertad condicional anticipada, el artículo 86 del Código Penal prescribe: "A propuesta del Consejo Criminológico Regional, podrá el juez de vigilancia correspondiente, conceder la libertad condicional a los condenados a pena de prisión que hayan cumplido la mitad de la condena y que satisfagan las demás exigencias del

artículo anterior, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado actividades laborales, culturales, ocupacionales o de otra índole susceptibles de igual valoración y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social" (resaltado suplido).

De lo anterior se desprende, que para otorgar la libertad condicional y la libertad condicional anticipada, se observa, entre otros aspectos, el desenvolvimiento del privado de libertad mientras se encuentra cumpliendo su pena dentro del sistema penitenciario, en cuanto a su dirección conductual y previsión de resocialización; aspectos sobre los cuales tiene posibilidad de emitir sus consideraciones el Consejo Criminológico Regional, pero la decisión de otorgar o no dichas libertades, la ley se la adjudica al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena.

FASES DE LA EJECUCIÓN

A partir de toda la normativa relacionada, se advierte que dentro del régimen penitenciario y la fase de ejecución de la pena, intervienen una serie de autoridades en cuanto a la consideración sobre la posibilidad de que el privado de libertad se sitúe en las diferentes fases, logrando así márgenes de libertad, aún cuando es objeto del régimen penitenciario.

Las consideraciones sobre la ubicación en las fases pueden partir, en principio, de diversas formas evaluativas, en las cuales, según la normativa, adquiere incidencia el Equipo Técnico Criminológico, quien tiene la facultad de evaluar al interno, proponer su ubicación en las diferentes fases ante el Consejo Criminológico Regional, y también está facultado para señalarle a éste los internos que pueden gozar del beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada.

Por su parte el Consejo Criminológico Regional, como se apuntó, constituye la autoridad decisora respecto a la ubicación en las diferentes fases, determinando su mantenimiento, retroceso o avance –indicándose en la ley los recursos respectivos-.

A la vez, el citado Consejo encuentra margen de actividad al momento de procederse a analizar el otorgamiento del beneficio de libertad condicional o libertad condicional

anticipada, lo cual le compete, como se dejó plasmado, al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena; ello, en vista que el Consejo Criminológico Regional en la libertad condicional emite informe sobre la conducta del privado de libertad, o bien puede proponer a la mencionada autoridad jurisdiccional la concesión de la libertad condicional anticipada, presentando elementos que respalden su planteamiento.

Ahora bien, la concreción de la obtención de cuotas de libertad o de la libertad misma en las diferentes fases, de acuerdo a la ley, está directamente relacionada con la conducta demostrada por el interno en el régimen penitenciario, pero a la vez, en esa misma concreción adquiere incidencia las funciones de las diferentes autoridades mencionadas; pues estas, conforme a sus competencias designadas, tienen la facultad de evaluar, proponer, examinar y decidir tales circunstancias.

De tal forma, la visión integral de las diversas funciones de las autoridades mencionadas, permite afirmar que su actuación incide directamente en la esfera jurídica del privado de libertad, en cuanto al examen de su posibilidad de adquirir o no márgenes de libertad, o de recobrarla en su totalidad; en consecuencia, la denegatoria o negligencia de las mencionadas autoridades en relación a dichas circunstancias, en definitiva repercuten en la condición del interno y su posibilidad de recobrar el ejercicio de su libertad personal.

En razón de lo anterior, es que las autoridades relacionadas con el análisis de la situación del interno y su libertad personal, deben cumplir sus funciones de conformidad a la ley y a la Constitución, con el objeto de no interferir negativamente en la esfera jurídica del privado de libertad.

DERECHO DE PETICIÓN Y RESPUESTA

La Sala de lo Constitucional en su jurisprudencia puede verse las sentencias del 12/II/2002 y 27/III/2007 dictadas respectivamente en los amparos números 183-2000 y 128-2006- ha señalado que el artículo 18 de la Constitución, contiene el derecho de petición y respuesta, el cual supone que toda persona puede dirigir sus peticiones de forma escrita y decorosa a las autoridades estatales y, además, la correlativa obligación de éstas de responder o contestar las solicitudes que se les eleven; por

consiguiente, conforme a tal derecho, la autoridad no puede limitarse a dar constancia de haber recibido la petición, sino que debe analizar el contenido de la misma y resolverla de una forma congruente; de manera que la autoridad debe analizar el contenido de las mismas y satisfacerlas conforme a las potestades constitucionales y legales conferidas u ordenar las diligencias que estime necesarias para su resolución. Asimismo, en la jurisprudencia, se ha señalado que la respuesta de la autoridad debe otorgarse de una manera oportuna, dentro de un plazo razonable.

El aludido derecho de petición y respuesta está vinculado con la modalidad de hábeas corpus de pronto despacho, pues éste, conforme a una perspectiva garante de tutela, ha sido reconocido jurisprudencialmente (v. gr. sentencia de fecha 25/VIII/99 hábeas corpus 177-99, sentencia de 4/XII/2003 hábeas corpus 105-2003) como aquel proceso utilizado por el interesado incido en su libertad personal, ante el retraso de una resolución, informe o cualquier providencia que se espera le genere beneficios, con el objeto de que los mismos efectivamente se produzcan, con lo cual si bien no hay certeza de conseguirse la libertad personal, se logra una respuesta sobre lo requerido.

Por consiguiente, con el hábeas corpus de pronto despacho se pretende la obtención a la mayor brevedad posible de una respuesta, ya sea que se estime o niegue lo pedido; de tal forma, en el hábeas corpus de pronto despacho no solamente se verifica si hay omisión en el otorgamiento de la respuesta, sino también la dilación generada, aparejada a la omisión.

Por tanto, la incoación de un hábeas corpus de pronto despacho supone que, a ese momento, la autoridad no ha emitido ningún pronunciamiento oportuno ante lo requerido por el favorecido, a efecto de que esta Sala constate tal circunstancia, estime la pretensión y, consecuentemente, ordene a tal autoridad la emisión de su contestación.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que iniciado el hábeas corpus de pronto despacho, en el transcurso de su tramitación la autoridad ante quien el beneficiario solicitó su petición, no lo tuviera más bajo su cargo por haber sido éste trasladado a otro centro penitenciario; empero por haber sido tal autoridad a quien el interno se dirigió en un primer momento, deberá contestar y hacerle saber lo hasta entonces diligenciado por su parte al favorecido, pues este Tribunal verificará, en tal caso, si dicha autoridad dejó de observar el deber que tiene de emitir sus respuestas de una forma pronta.

Por lo tanto, las peticiones de los internos deben ser resueltas por las autoridades competentes de forma breve y de acuerdo a la normativa aplicable, con el fin de no perjudicar al interno a través de la generación de incertidumbre respecto a la posibilidad de gozar de beneficios en cuanto a su libertad personal; por consiguiente, debe emitirse la resolución que corresponda y notificarse al interesado a la mayor brevedad posible, pues de lo contrario, tal actitud puede ser objeto de tutela por medio del hábeas corpus de pronto despacho.

5) Expuesto lo que antecede, corresponde ahora delimitar los aspectos de la pretensión que pueden o no ser objeto de enjuiciamiento constitucional.

a) En ese sentido, es de retomar que en la pretensión, según se relacionó en el considerando I de esta sentencia, respecto al señor Larín Lemus se expresó "(...) han transcurrido más de cinco meses de haberle nacido el derecho a gozar del beneficio de la Libertad Condicional Anticipada (...)"; así, lo señalado constituye un aspecto sobre el cual este Tribunal no puede pronunciarse, porque como quedó expuesto, le compete a otras autoridades la concesión de la libertad condicional anticipada, ya sea bajo funciones propositivas o decisivas.

De tal forma, este Tribunal no está facultado para concederle la libertad condicional anticipada; ya que, de hacerlo esta Sala se estaría arrogando funciones que en el ordenamiento jurídico no le han sido otorgadas.

Aunado a lo anterior, cabe anotar que en la pretensión se expresa que en virtud del derecho del favorecido de gozar de libertad condicional anticipada, su privación de libertad es ilegal; alegato que no resulta sostenible ante este Tribunal, pues, por una parte, la privación de libertad que soporta el señor Rodríguez Puente depende de la imposición de una sentencia condenatoria, contra la cual no se reclama inconstitucionalidad alguna, y, por otra parte, tal como se dejó consignado, la determinación del cumplimiento de los requisitos para otorgarse la libertad condicional anticipada le corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, quien en definitiva es el que decide si la persona debe o no gozar de dicha libertad.

En virtud de lo anotado, respecto al alegato referido al otorgamiento de su libertad condicional anticipada, es procedente sobreseer en este proceso, por tratarse de un asunto de mera legalidad.

b) Ahora bien, en la pretensión a la vez se argumenta que se presentó una solicitud al Equipo Técnico Criminológico del centro penitenciario en el cual se encuentra recluso el favorecido, con la documentación requerida a fin de lograr con el análisis de parte de dicha autoridad, que el interno fuera propuesto ante el Consejo Criminológico Regional para en su oportunidad pudiera optar al beneficio de libertad condicional anticipada, pero no se había proporcionado respuesta alguna a dicha solicitud.

Al respecto, tomando en consideración lo expuesto sobre el hábeas corpus de pronto despacho, el control constitucional, en este caso, está dirigido a determinar si la autoridad citada ha incurrido o no en dicha omisión, retardando la emisión de la resolución relacionada con la posibilidad de que el peticionario obtenga cuotas de libertad personal, o bien la recupere en su totalidad.

Por consiguiente, el control que realizará esta Sala en el presente proceso de hábeas corpus de pronto despacho, es determinar si ante la solicitud hecha por el favorecido al Equipo Técnico Criminológico, ha omitido dar una pronta respuesta.

como toda autoridad a cargo de expedientes de personas limitadas en su derecho de libertad personal, las autoridades vinculadas con los mismos tienen la obligación de guardar el debido cuidado de los denominados "expedientes únicos" de los internos, pues en ellos se deja constancia de todo lo relacionado con el ingreso, mantenimiento y salida del privado de libertad; cautela que presupone agregar toda documentación vinculada con tales aspectos, en las cuales se incluye, entre muchas otras, aquellas solicitudes en las que el interno requiere a las autoridades penitenciarias el análisis sobre su posibilidad de ser ubicado en otra fase penitenciaria o bien de ser propuesto para adquirir su libertad condicional anticipada, o su libertad condicional.

Por consiguiente, resulta procedente estimar el hábeas corpus de pronto despacho a favor del interno Larín Lemus, en virtud que, según consta en su expediente único, ante los requerimientos hechos por éste en torno al análisis de su situación penitenciaria, si bien se emitió respuesta en el transcurso de este proceso

constitucional, la misma no fue concedida a la mayor brevedad posible por la autoridad penitenciaria, sin que se evidenciara ante esta Sala justificación de tal circunstancia.

Y es que, como se manifestó, desde una perspectiva de tutela garante, y en atención al artículo 18 de la Constitución, es necesario además de la existencia material de la respuesta, que la misma se otorgue a la mayor brevedad posible, y, claro está, que consecuentemente se haga del conocimiento del interesado de la misma forma, lo que, en el presente caso, no ocurrió.

En razón de lo indicado, a su vez debe requerírsele al Equipo Técnico Criminológico del Centro Penal Apanteos, que en lo sucesivo realice sus funciones guardando la debida diligencia, lo cual supone, entre otros aspectos, que examine las peticiones dirigidas por los internos en relación a su situación penitenciaria, y resuelva a la mayor brevedad posible, conforme corresponda, asegurándose que la notificación se realice también con la mayor prontitud.

Ante la actuación del Equipo Técnico Criminológico, cabe enfatizar la importancia de sus funciones dentro del sistema penitenciario, pues, además de tener competencia para proponer el avance de internos dentro de las respectivas fases, es quien, con fundamento en evaluaciones a los mismos, aporta insumos para que otras autoridades decidan en definitiva la ubicación y la concesión de cuotas de libertad; aspecto que debe tenerlo presente al momento de cumplir sus atribuciones, las cuales debe ejecutar con la debida diligencia.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 213-2006 de las 12:38 horas del día 9/6/2009)

Relaciones:

(SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Ref. 212-2006 de las 12:00 Horas de fecha 18/03/2009)

(SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Ref. 214-2006 de las 12:35 Horas de fecha 09/06/2009)

PERSONAS DESAPARECIDAS: DOCUMENTOS LEGALES IDONEOS PARA COMPROBAR SU EXISTENCIA

La ley ha previsto para los casos de destrucción de los archivos del Registro del Estado Familiar, que el interesado -entiéndase, cualquier persona con un interés directo en la obtención del documento- se encuentra facultado para solicitar una reposición de la partida de nacimiento al Consejo Municipal de la Alcaldía respectiva; y en segundo lugar, que en los casos de omisión de la inscripción de un nacimiento, este puede llegar a constituirse mediante la intervención de un notario y/o del juez de familia de la jurisdicción del registro donde ocurrió el nacimiento.

En virtud de lo anterior, la Sala de lo Constitucional no puede acreditar la existencia de un menor mediante la simple presentación de una constancia extendida por el Registro del Estado Familiar, ya que esta únicamente confirma la destrucción de los archivos durante la época del finalizado conflicto armado, pero no la existencia del favorecido.

Asimismo, este Tribunal tampoco puede acreditar la existencia de menores por medio de la declaración jurada y/o de testigos, pues la ley determina los instrumentos legales pertinentes para comprobar la existencia de una persona ante la ausencia de una partida de nacimiento, v.gr. sentencia que establezca el estado familiar subsidiario.

(INADMISIBILIDAD de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 193-2007 de las 12:19 horas del día 20/5/2009)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de legalidad rige a los tribunales jurisdiccionales, por lo que toda actuación de éstos ha de presentarse necesariamente como ejercicio de una potestad atribuida previamente por la ley, la que lo construye y delimita. Lo anterior significa que los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley

establezca. Sin embargo, este sometimiento implica que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad con todo el ordenamiento jurídico -incluyendo la Constitución- y no sólo en atención a las normas que regulan una actuación en específico, tal y como lo establece el artículo 172 inc. 3° Cn." (v. gr, sentencia de 14/V/2004, habeas corpus 37-2004).

Íntimamente ligado al principio de legalidad, se halla el derecho a la seguridad jurídica, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 2 inciso primero de la Constitución, que a la letra dispone: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".

Sobre tal categoría jurídica, esta Sala, ha sostenido que: "Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica (...); una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Un juez, está obligado a respetar la ley y sobre todo la Constitución al momento de impartir justicia. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica" (resaltado suplido, sentencia de 26/VI/2000, amparo 642-99).

Además, la seguridad jurídica "es un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado; pero entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero respeto o abstención sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida" (resaltado suplido, sentencia de 21/VII/1998, amparo 62-97).

Esa sujeción al principio de legalidad y seguridad jurídica, cobra especial relevancia en lo concerniente a la aplicación de límites del derecho de libertad personal de los individuos, pues el artículo 13 inciso primero de la Constitución, señala: "Ningún Órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es de conformidad con la ley (...)" ; así, el contenido de dicha norma

constitucional conlleva a sostener que para ordenar la restricción al derecho de libertad física de una persona, deben observarse, entre otros aspectos, estrictamente los supuestos, condiciones o requisitos que prevé la normativa secundaria.

Las aludidas categorías jurídicas tienen gran importancia en lo concerniente a la imputación y juzgamiento de las personas por hechos delictuales, ya que ello debe realizarse de conformidad con todas las disposiciones aplicables, ya sea de derecho sustantivo o procesal, y de acuerdo a la presunción de inocencia, señalado en el artículo 12 de la Constitución que dispone: "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumiría inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa (...)".

Así, la autoridad jurisdiccional en sus resoluciones debe permitir constatar la observancia de las categorías jurídicas mencionadas, es decir –entre muchas otras-, la legalidad, la presunción de inocencia. En efecto, siendo el principio de legalidad un elemento rector en la actividad de toda autoridad jurisdiccional, y la presunción de inocencia una garantía que se mantiene vigente durante todo el proceso penal, mientras no se compruebe la culpabilidad del procesado, resulta ser que estas deben ser respetadas desde el inicio y durante el desarrollo de todo proceso penal, permitiendo así sostener la viabilidad de la imputación penal misma.

Y es que, debe reiterarse, la presunción de inocencia y su contenido proteccionista impera desde el inicio y en el transcurso del proceso penal, respecto a todo imputado, incluso del que se encuentra enfrentado una medida cautelar de detención, la cual no supone una pena o medida de seguridad, pero implica al igual que estas una incidencia de limitación en un derecho fundamental de tal importancia como es el de libertad personal.

Por consiguiente, debe excluirse todo aquello que en dicho procesamiento suponga la transgresión a la citada presunción de inocencia, como podría serlo la configuración misma del procesamiento y restricción del derecho de libertad personal por medio de una medida cautelar con base en el análisis de una acción ilícita, sin que medie probabilidad cierta de responsabilidad en la persona a la cual se le atribuye; de manera que, resultaría contrario a la presunción de inocencia y por tanto inconstitucional la imputación y aplicación de detención provisional basados exclusivamente en un

resultado material, sin análisis alguno del soporte concreto de la probable responsabilidad del procesado.

Desde esa perspectiva trazada, es que, desde el inicio del proceso penal y durante su desarrollo deben incorporarse, entre otros aspectos, elementos relacionados no solamente con la existencia del delito, sino además con la participación delincinencial del procesado, ello, claro está, no de modo definitivo –como se dictamina en la etapa final del proceso-, pero sí con grado cierto de probabilidad.

De ahí que el requerimiento fiscal producto de una investigación inicial, presentado ante la autoridad jurisdiccional acorde a la presunción de inocencia, debe contener - entre otros elementos-, la relación circunstanciada del hecho delictivo, señalando los elementos objetivos y subjetivos de la infracción que es objeto de persecución, aunado con la individualización de la persona procesada –aunque en principio no se tenga de forma exhaustiva- con indicación de la participación que se le atribuye; asimismo, en el requerimiento deben señalarse los elementos recabados que fundamentan la probabilidad acerca del delito cometido y la responsabilidad de su autor.

Lo anterior, para efecto de que la autoridad jurisdiccional a quien se le presenta el requerimiento, de acuerdo a los elementos señalados en el mismo, pueda emitir la decisión que considere correspondiente al caso planteado, lo cual, a su vez, permitirá al juzgador darle cumplimiento a la presunción de inocencia.

En consonancia con lo expuesto, este Tribunal en reiteradas ocasiones y en atención a la presunción de inocencia, se ha referido a la necesidad ineludible de que dentro del proceso penal concurra una mínima actividad probatoria, a efecto de establecer la necesidad de incorporar elementos que evidencien la certeza de la probabilidad de la participación delincinencial, los cuales justifiquen el propio procesamiento penal; pues se ha manifestado: "Desde la óptica procesal, el derecho a la presunción de inocencia se relaciona con lo que esta Sala ha dado en denominar mínima actividad probatoria. La mínima actividad probatoria, se refiere a la necesaria existencia, dentro del proceso penal, de un mínimo de elementos probatorios de cargo que involucren al imputado como autor o participe del hecho atribuido. La existencia de ese mínimo de elementos, a los que hemos hecho referencia, permite, por un lado, justificar la tramitación de un proceso penal y por el otro, imponer una condena; contrario sensu, ante la ausencia

total de prueba incriminatoria, el juez de lo penal está obligado a proceder a la absolución del imputado" (sentencia de 18/7/2007, hábeas corpus 146-2006).

ACTIVIDAD PROBATORIA

La mínima actividad probatoria adquiere especial relevancia en la sustanciación del proceso penal al momento de imposición de las denominadas medidas cautelares, pues éstas para estar acordes con, entre otras categorías, la presunción de inocencia, tienen que imponerse mediante resolución motivada, conforme a la existencia de elementos mínimos que evidencien con probabilidad el grado de participación y responsabilidad del imputado.

Al respecto, refiriéndose siempre a la presunción de inocencia, este Tribunal ha manifestado que tal categoría: "(...) se puede entender que posee tres significados claramente diferenciados: (i) como garantía básica del proceso penal; (ii) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) como regla relativa a la prueba. (...) la presunción o principio de inocencia tiene una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que queden de manifiesto la finalidad perseguida, esto es, el aseguramiento de los fines del proceso. Por ende, para que las medidas cautelares sean compatibles con la presunción o principio de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; (ii) establecido lo anterior, también es necesario que existan indicios, por lo menos, de la participación en la infracción penal, en alguna de las formas que impliquen responsabilidad y que vuelvan razonablemente probable la culpabilidad del imputado; (iii) que tengan un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el fin del proceso, partiendo de la gravedad del delito, dado que la detención provisional sólo tiene un fin cautelar y no retributivo respecto a una infracción no declarada; y (iv) que su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines" (resaltado y subrayado suplido, sentencia de 12/4/2007, proceso de Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 acumulados).

En vista que dicha jurisprudencia hace alusión a "indicios" es preciso señalar que conforme a ellos se configura un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí el carácter delictivo, permiten la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos.

De ese modo, la prueba indiciaria debe cumplir requisitos, como por ejemplo que el propio hecho delictivo esté acreditado por prueba directa, la autoría ha de inferirse de hechos indiciarios plenamente probados y racionalmente conectados con el hecho delictivo, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas, no deben existir indicios exculpatorios que hagan dudar de la virtualidad incriminatoria del indicio.

De tal manera, es necesario que los indicios sean hechos acreditados y no meras conjeturas o sospechas, pues no es posible construir certezas sobre simples probabilidades; además, entre los indicios probados y los hechos que se infieren de ellos debe existir un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional; y es que, la falta de concordancia o razonabilidad del enlace entre el indicio y lo deducido de éste, puede producirse por no concurrir lógica o coherencia en la inferencia, así como por el carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado.

En consecuencia, el respeto a lo dispuesto en los numerales que anteceden debe quedar totalmente evidenciado, entre otros, en las resoluciones dictaminadas por las autoridades jurisdiccionales, por medio de las cuales dan consecución al proceso penal en sus diferentes etapas, pues en ellas deben plasmar la motivación que permita evidenciar que la imputación misma y el juzgamiento de la persona se ejecuta de conformidad a los principios y garantías legales y constitucionales previstas en el ordenamiento jurídico, en las cuales para la aplicación de medidas cautelares se exige la existencia de una mínima actividad probatoria que permita evidenciar la posibilidad cierta de participación delincinencial del imputado, mínima actividad probatoria en la cual pueden concurrir indicios siempre y cuando estos produzcan tal evidencia de certeza de posibilidad.

En lo que atañe específicamente a la detención provisional, esta Sala en reiterada jurisprudencia ha sostenido "(...) la detención provisional es una autentica medida cautelar, por lo que son predicables respecto a ella las siguientes características, todas directamente deducibles de la normativa constitucional –arts. 2,8,11,12,13 y15 Cn.-: a)

tienen carácter instrumental; es decir, que están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad, esto es, que más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva; b) son provisionales, es decir, sus efectos tienen duración limitada, no aspiran a transformarse nunca en definitivos, sino que por su naturaleza están destinados a extinguirse en el momento en que se dicte sentencia o resolución sobre el fondo del asunto; c) son urgentes, pues además de la idea de peligro -entendido en sentido jurídico-, precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus"; esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó, sea por aumento o disminución del "periculum in mora", desaparición del mismo, o disminución del "fumus boni iuris"; d) excepcionalidad en el sentido que la misma sólo puede ordenarse cuando no existan otros medios menos gravosos para la libertad que permitan alcanzar los mismos fines; e) se extinguen a término o a plazo, es decir, que sus efectos se extinguen en el momento en que emana, con fuerza de cosa juzgada, la resolución del asunto principal; f) las resoluciones cautelares no surten efectos de cosa juzgada, pues su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada" (sentencia de 5/XII/2002, hábeas corpus 12-2002).

De lo anterior se desprende, específicamente de su carácter instrumental, que la detención provisional se encuentra al servicio de la efectividad del propio proceso penal en cuanto a la investigación que se desarrolle en el mismo y la sentencia definitiva que pueda dictarse; en esa perspectiva, resulta necesario que el proceso en el cual se dicte tal medida cautelar sea sustanciado con observancia a derechos fundamentales; pues en caso contrario, es decir que el proceso se desarrolle de forma contraria a categorías jurídicas constitucionales, resulta contraproducente dictar y mantener en el mismo una detención provisional, ya que de hacerlo con la medida se estaría persiguiendo la operatividad de la investigación y posible sentencia acontecidas en torno a vulneraciones de derechos fundamentales; por tanto, toda detención provisional debe atender a un proceso penal dirimido con respeto a derechos fundamentales.

DETENCIÓN PROVISIONAL

Asimismo, y en concordancia a la jurisprudencia citada en los numerales que anteceden, este Tribunal ya ha reiterado que cuando se aplica la medida cautelar de

detención provisional, la autoridad jurisdiccional en su resolución debe plasmar los argumentos conforme a los cuales puede evidenciar la configuración de los dos presupuestos para dictar dicha detención provisional, siendo esos presupuestos el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

En efecto, esta Sala ha indicado: "En consecuencia, la decisión de cargarle a una persona la medida precautoria más grave, debe especificar los presupuestos típicos de toda medida cautelar, es decir, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora*. Acerca del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, esta Sala ha sostenido que consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del acusado en un hecho punible. La exigencia de ese presupuesto material requiere la observancia de dos especialidades: 1) desde un punto de vista formal se necesita algo más que un indicio racional de criminalidad, pues la detención provisional precisa no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga "motivos" sobre la "responsabilidad penal" del procesado; es decir, se necesita verificar la existencia de elementos o razones de juicio fundados en hechos aportados por la investigación y que permitan concluir, de manera temporal, que el indiciado es con probabilidad autor o partícipe del hecho delictivo que se le atribuye. 2) Desde un punto de vista material, se precisa que el hecho punible sea constitutivo de delito y no de falta. En relación al *periculum in mora*, este Tribunal ha afirmado que se materializa en el peligro de fuga del enjuiciado, en otras palabras, se trata de la existencia de razones para creer que el imputado intentará evadir los efectos de una eventual condena [y/o entorpecer el propio procedimiento investigativo], por lo que el juez con competencia en materia penal, a fin de no ver frustrados los resultados del proceso, decide coartar la libertad del inculpado", (resaltado suplido, sentencia de 18/IV/2006, *hábeas corpus* 124-2005).

Dicho deber de motivación en específico para la detención provisional, como se señaló, ha sido reconocido en los pronunciamientos dictados por esta Sala en otros procesos constitucionales, como en el mencionado proceso de Inconstitucionalidad 28-2006 Acumulado, en cuya sentencia definitiva se concluyó que aún respecto a los delitos consignados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, la detención provisional debía estar fundamentada, sin que pudiera existir una aplicación automática de dicha medida cautelar; pues se dispuso: " (...) para imponer la detención, el juzgador debe, como requisito indispensable de la legalidad de la medida, comprobar la existencia efectiva de razones concretas que determinen la necesidad de imponer la medida de coerción personal, de acuerdo a los presupuestos ya indicados y que exige el art. 292 del C. Pr. Pn., referidos al *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Por tanto, la resolución que ordena la detención provisional debe

ser motivada, tanto en lo relativo al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*, de modo que sea palpable el juicio de ponderación de los extremos que justifican su adopción; por un lado, la libertad de una persona cuya inocencia se presume, y por otro, la realización de la administración de la justicia penal, respecto de aquél en quien recae la probabilidad de ser responsable penalmente. (...) vale la pena recalcar que la jurisprudencia emitida en el juicio de constitucionalidad sobre actuaciones concretas - hábeas corpus, específicamente-, no se ve alterada por la presente decisión, pues en dichos casos el objeto de control se planteaba desde la aplicación automática de la detención provisional, y su falta de motivación. Aspectos que, en la presente sentencia, se han reiterado como inconstitucionales" (resaltado suplido).

Con esa perspectiva trazada, esta Sala también ha reconocido en específico la necesidad de que concurra la ya mencionada "mínima actividad probatoria" para imponer detención provisional, pues ha manifestado: "(...) que si bien no está facultada para realizar valoraciones de prueba [tal como se relacionó anteriormente en esta sentencia] si lo está para revisar que dentro del proceso penal, específicamente en la decisión judicial mediante la cual se ha decretado la medida cautelar de detención provisional, se haya cumplido con una mínima actividad probatoria para imputar a una persona el cometimiento de un delito -*fumus boni iuris*-, pues de no existir la misma, la restricción de libertad sufrida por la persona estaría dependiendo de la aplicación de una presunción de culpabilidad, lo cual violaría la presunción de inocencia del favorecido contenida en el artículo 12 inciso 1° de la Constitución y en consecuencia su derecho fundamental de libertad", (resaltado suplido, sentencia de 5/7/2007, hábeas corpus 177-2005).

Asimismo, puede citarse lo dispuesto sobre este tema en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado: "Para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva [léase en el sistema salvadoreño detención provisional] debe existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso haya participado en el ilícito que se le investiga (...). La sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulado con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas", (sentencia de fecha 21/XI/2007).

PELIGRO DE FUGA

Es de agregar, que en cuanto al presupuesto del peligro de fuga u obstaculización de la investigación, denominado *periculum in mora*, en la jurisprudencia constitucional se ha dispuesto: "El temor apuntado puede determinarse a partir del examen de criterios objetivos y subjetivos. Los primeros aluden estrictamente al presunto delito cometido, como –entre otros– la gravedad y penalidad del ilícito; los segundos están relacionados a las circunstancias personales del imputado, por ejemplo sus antecedentes, arraigo, imposibilidad de huir al extranjero, su carácter y moralidad"; asimismo, se ha agregado: "(...) una vez que se hayan incorporado al proceso condiciones subjetivas, éstas deben ser analizadas por el juez de la causa, a fin de que queden expuestas las razones por las cuales éstas no alcanzan a desvanecer en el criterio del juzgador las posibilidades de fuga que reportan los criterios objetivos" (sentencia de 21/VI/2004, hábeas corpus 171-2003).

Siempre sobre el *periculum in mora*, otro punto al cual esta Sala debe referirse es a la denominada "alarma social", elemento que, entre otros muchos, también es utilizado para fundamentar la imposición de la detención provisional.

Para tal efecto, puede citarse lo manifestado en el mencionado proceso de Inconstitucionalidad 28-2006 Acumulado, pues en este se hace referencia a la alarma social que producen determinados delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, sobre los cuales el legislador ha dispuesto no ser aplicables medidas sustitutivas a la detención provisional; norma que ha criterio de esta Sala no es contraria a la Constitución.

Debe aclararse que si bien en ese catálogo de delitos a los cuales se hace referencia en el proceso de inconstitucionalidad, no se encuentran los atribuidos al favorecido de este hábeas corpus, la cita del proceso de inconstitucionalidad resulta efectiva a fin de evidenciar que dentro del mismo catálogo de delitos comprendidos en la citada disposición procesal penal, en muchos de ellos resulta evidente el impacto social y el acaecimiento de la alarma social, a partir de lo cual se justifica constitucionalmente la prohibición de sustitución de la detención provisional; pero, en cambio en otros delitos ello no es tan palpable, por lo cual la Sala determina que la justificación de la prohibición de conceder medidas distintas a la detención provisional debe atender a la dañosidad que el propio delito ha de causar.

Todo lo anterior, ha sido oportuno relacionar para que a efecto de esta sentencia, se logre diferenciar el marco y grado de motivación integral que debe contener la resolución que disponga la imposición de la detención provisional en aquellos delitos sobre los cuales no recaiga la prohibición en comento.

Determinado lo anterior, es de señalar que en el proceso de inconstitucionalidad 28-2006 acumulado, esta Sala expresó que era constitucionalmente válido argumentar que la detención provisional se vuelve necesaria en los delitos mencionados en el inc. 2º del art. 294 del C. Pr. Pn., pues por su impacto social dañino, ellos provocan alarma social y el riesgo de fuga u obstaculización del proceso penal, por lo mismo, es mayor que en el resto de infracciones; ya que, para este Tribunal "si como consecuencia de una ponderación en abstracto realizada por el Legislativo, éste determina que en ciertos casos se presenta de manera más intensa los elementos que integran el presupuesto del periculum in mora –como el riesgo de fuga, el de obstaculización de la investigación o la "alarma social"–, puede establecer excepciones a la sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares, dándole prevalencia a la garantía de eficacia del proceso penal frente a la presunción o principio de inocencia y la libertad del imputado" (resaltado suplido).

Asimismo, esta Sala señaló: "Del análisis de la disposición impugnada [artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal] pueden advertirse tres categorías de delitos en los cuales el legislador ha prescrito la no sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares: (i) homicidio simple y agravado, secuestro, robo agravado y extorsión, los cuales tienen como denominador común que son ataques a bienes jurídicos que se encuentran entre los más importantes de la persona humana: vida, libertad personal, propiedad; (ii) defraudación a la economía pública, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas, así como los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos, que son delitos realizados por estructuras de crimen organizado, que plantean al Estado un reto mayor en cuanto a su persecución y combate, que el resto; (iii) delitos contra la libertad sexual, que al ser usado como una categoría genérica comprende tanto ataques graves a uno de los bienes jurídicos más importantes de la persona, como conductas que no encajan en tal categoría, v. gr., el art. 171 del C. Pn. Desde la perspectiva de un análisis abstracto, propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el Legislativo respecto de las categorías precisas".

Sin embargo, la Sala agregó: "Respecto de los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, así como los delitos contenidos en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y los delitos contra la libertad sexual, es preciso hacer algunas consideraciones en particular; pues, dada la amplitud de su consideración se contemplan conductas que aparecen como justificantes de la ponderación realizada por la autoridad emisora del art. 294 inc. 2º –como el delito de agresión sexual en menor o incapaz– y otras que no lo son. En efecto, respecto de la categoría que comprende, de manera genérica, los delitos contra la libertad sexual, los delitos relativos a las drogas y los delitos relacionadas con el lavado de dinero y otros activos, no puede hacerse un juicio completo sobre su constitucionalidad, pues dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo. Un criterio para delimitar objetivamente la anterior consideración, se encuentra en la distinción legislativa contenida en el art. 18 Pn., en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad. En ese sentido, y siendo que la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal". (resaltado suplido).

De lo relacionado puede desprenderse que aún en el conjunto de delitos contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, respecto a algunos, en principio no es posible inferir per se la justificación dada por el legislativo, respecto a la mayor concurrencia de impacto social dañino y la producción de alarma social, de ahí que la Sala señale que en esos ilícitos "dependerá de la dañosidad del mismo, su comprensión dentro de la justificación mencionada o no y encontrar en ellos la ponderación realizada por el Legislativo".

Con esa perspectiva, en relación a los delitos del artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, en los cuales en principio no es posible inferir evidentemente la justificación dada por el legislativo, tal como se ha sostenido en la jurisprudencia la Sala ha señalado que un criterio objetivo para determinarla es la consideración de la gravedad del delito con fundamento en lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, es decir la penalidad contemplada superior a tres años de prisión.

Todo lo anterior ha sido dispuesto para el catálogo de delitos contemplados en la citada disposición procesal penal sobre los cuales existe la prohibición de sustituir la detención provisional debidamente fundamentada en los presupuestos respectivos.

Ahora bien, en el marco jurídico normativo existen una serie de delitos que no se encuentran comprendidos en el catálogo del artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, ilícitos excluidos aún cuando constituyen delitos graves -como por ejemplo los adjudicados al señor Hernández Contreras-, pues superan los tres años de prisión; ello supone, siguiendo el análisis jurisprudencial, que no obstante ser delitos graves, es menor la dañosidad y alarma social que se entiende, en abstracto, pudieran producir, por lo cual no se ha señalado la prohibición de sustitución de la detención provisional.

En consecuencia es dable afirmar, que en los delitos graves –de acuerdo al artículo 18 del Código Penal- no contemplados en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, el mero hecho de que superen los tres años de prisión, no supone la configuración de una dañosidad y alarma social por las cuales inicialmente se presume imposible la sustitución de la detención provisional.

Por tanto, para tener por acaecida la alarma social en un delito no contemplado en el artículo 294 inciso segundo del Código Procesal Penal, es necesario que la autoridad jurisdiccional respectiva al momento de imponer detención provisional y dilucidar imposible su sustitución, considere en conjunto, es decir de forma integral, entre otros aspectos, tanto la gravedad por su penalidad, como el propio impacto social generado en el caso concreto por el ilícito mismo perpetrado, que permita evidenciar la concurrencia de dañosidad que repercute en la inseguridad misma de la sociedad al dejar en libertad al imputado, evidenciando a su vez que ello perturbaría realmente el orden público y, desde luego, la terminación efectiva del proceso penal respectivo.

Cítese en referencia a ello, lo concebido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "La Comisión reconoce que en circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios de orden público que la liberación del imputado podría ocasionar", (resaltado suplido, Informe 2/97).

De tal forma, será la autoridad jurisdiccional correspondiente en cada proceso penal quien en los delitos graves excluidos de la prohibición de sustitución de la detención provisional, al momento de aplicar detención provisional infiriendo que no es posible sustituir dicha medida por considerar la concurrencia de "alarma social", deberá plasmar en su resolución la motivación en que se expliciten los aspectos aludidos, conforme a los cuales se evidencien concretamente las razones por las que se tiene por acaecida la alarma social; en tanto que de no ser así, se desconocería la presunción de inocencia, pues, se reitera, esta categoría es aplicable para todo imputado en el proceso penal, y conforme a ella se debe de consignar una motivación suficiente que evidencie la concurrencia de los presupuestos respectivos para imponer la detención provisional, referidos tanto al *fumus boni iuris* como al *periculum in mora*.

en un fallo de segunda instancia, vía recurso, en el cual se modifica un juicio valorativo realizado por una autoridad inferior en grado, es necesario que la autoridad superior explicita los motivos que lo llevan a revocar la decisión impugnada, señalando no sólo los elementos en que se fundamenta, sino porqué el juicio valorativo del inferior es equívoco; esto, a efecto de salvaguardar el deber de motivación y derecho de defensa de los justiciables, pues sólo así, se tendrán claras las razones del cambio de decisión.

debe repararse en que cuando en un *hábeas corpus* se determina que ha existido vulneración de índole constitucional respecto a actuaciones u omisiones ocurridas en un proceso penal con incidencia en el derecho de libertad personal, los efectos de la sentencia emitida en el primer proceso están orientados a hacer cesar dentro del proceso penal la violación advertida, a fin de que al imputado se le instaure en su derecho de libertad personal.

Sin embargo, tal reparación opera siempre y cuando al momento de dictarse sentencia en el *hábeas corpus*, la situación jurídica del imputado todavía depende de la medida cautelar inconstitucional, pues si ya no depende de dicha medida variándose los elementos por los cuales se advirtió la inconstitucionalidad, la sentencia pronunciada en el *hábeas corpus* tiene efectos exclusivamente declarativos; consideración que deberá tener presente las autoridades jurisdiccional concedoras del proceso penal instruido contra el favorecido.

Es decir, este pronunciamiento no es óbice para que las autoridades a cargo de la tramitación del proceso penal puedan, con fundamento legal y constitucional, emitir futuras resoluciones a efecto de garantizar los resultados del proceso penal instruido.

es de señalar que dado el supuesto de recibir información vía telefónica sobre la comisión de hechos delictivos, efectivamente la Policía Nacional Civil debe dejar constancia de tal circunstancia; a partir de lo cual y sin perjuicio de las acciones urgentes que debe ejecutar dicho cuerpo de seguridad, de acuerdo al marco legal y constitucional, dada la dirección funcional de la Fiscalía General de la República, ésta tiene la competencia para iniciar las indagaciones correspondientes.

Así, en el caso de que se realice una imputación en requerimiento fiscal ante autoridad jurisdiccional competente, la información anónima vía telefónica no constituiría el elemento que soporte la imputación; sino los elementos concretos objetivos que demuestren con probabilidad positiva la configuración del ilícito y la participación delincinencial del procesado.

De tal manera, lo informado vía telefónica por una persona que no quiera identificarse, podía ser considerado como una noticia criminal, a partir de lo cual, si se estima procedente, puede la Fiscalía General de la República recolectar elementos concretos que puedan ser llevados ante la autoridad jurisdiccional para su verificación, valoración y consecuente imputación de determinada persona.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 7-2008 Acde las 10:00 horas del día 26/6/2009)

PRETENSIÓN DE HÁBEAS CORPUS

Doctrinariamente, pretensión es el medio de materialización del derecho de acción; es decir, constituye una declaración de voluntad dirigida ante un tribunal y frente a un sujeto distinto del autor de la declaración, sobre un determinado bien jurídico, reclamando con fundamento en hechos concretos y disposiciones legales específicas.

En cuanto a la estructura de la pretensión, es preciso tener en cuenta que ésta se encuentra conformada por un elemento subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo comprende el sujeto activo y pasivo de la pretensión, así como el órgano jurisdiccional que ha de pronunciarse sobre ella; por otro lado, el elemento objetivo está integrado por el "petitum", "la causa petendi" y la argumentación fáctica y jurídica de lo que se pretende.

Ahora bien, el Hábeas Corpus, como proceso constitucional, constituye un mecanismo de satisfacción de pretensiones que una persona aduce frente a una autoridad judicial o administrativa e incluso particular, cuando su libertad física o la de la persona a cuyo favor se solicita se encuentra ilegal o arbitrariamente restringida; por consiguiente, todo proceso de Hábeas Corpus supone una pretensión, que es su objeto, el cual es el restablecimiento del derecho de libertad física de la persona favorecida.

Consecuentemente, la jurisprudencia emitida por este Tribunal ha insistido que al momento de plantearse la pretensión en un proceso de hábeas corpus, la misma debe cumplir, como toda pretensión, con determinados requisitos de fondo y de forma, a efecto que esta Sala pueda adoptar un eventual pronunciamiento al respecto.

Así, uno de los requisitos que debe cumplir la pretensión de Hábeas Corpus para entenderse como debidamente configurada, es la argumentación necesaria para obtener una resolución que satisfaga los intereses planteados –sustrato fáctico–; es decir, la materia sustancial a la que se refiere fundamentalmente el impetrante, la cual condiciona la actividad procesal que despliega esta Sala en aras de evidenciar una posible violación al derecho constitucional de libertad personal.

Es jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, a partir de la sentencia de fecha 27/09/01 emitida en el hábeas corpus con número 190-2001, posibilitar el examen liminar de la pretensión, con la finalidad de poder detectar ab initio del proceso, la existencia de vicios formales o materiales en la pretensión, los cuales evitan el conocimiento del fondo del asunto o tornan inoperante la tramitación completa del proceso; de manera que, una vez advertidos al inicio del proceso la presencia de vicios en la pretensión debe rechazarse in limine litis la demanda presentada.

(IMPROCEDENCIA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 170-2008 de las 12:23 horas del día 4/2/2009)

PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

La Sala de lo Constitucional reiteradamente en su jurisprudencia –v.gr. la sentencia número 198-2005 de las doce horas con quince minutos del día cuatro de septiembre de dos mil seis- ha sostenido que el ne bis in idem es una garantía constitucional, cuya finalidad es impedir la doble o múltiple persecución y brindar la seguridad jurídica a la persona contra quien se siguió un proceso penal de que una vez dictada sentencia definitiva no volverá a ser juzgada por los mismos motivos.

La ubicación constitucional de esta garantía la encontramos en el artículo 11 inciso primero de la Constitución, que señala: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciado dos veces por la misma causa".

El precepto mencionado, al utilizar la expresión "misma causa" con preferencia del concepto "mismo delito", delimita el objeto de protección de la garantía, cual es, salvaguardar a la persona contra quien se siguió un proceso, del riesgo de padecer de una nueva decisión que afecte de modo definitivo su esfera jurídica por la misma causa, entendiendo la identidad del sujeto, del objeto y del sustrato fáctico y fundamento jurídico. Similar criterio, sostuvo esta Sala en la sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 178-2000R de fecha 27/07/2000, por medio de la cual determinó: "(...) ser "enjuiciado dos veces por la misma causa" implicará que la esfera jurídica de una misma persona se vea afectada en ocasiones distintas por un hecho único (...)".

Siguiendo esa línea argumental, resulta pertinente aludir a los requisitos que deben concurrir para tener por establecida la existencia o no de una doble o múltiple persecución, y ellos son: a) eadem persona o identidad en la persona; b) eadem res o identidad del objeto de la persecución; y c) eadem causa petendi, es decir, identidad de la causa de persecución.

Eadem persona: para que exista doble juzgamiento es necesario que se trate de la misma persona en uno y otro proceso penal. Este requisito es operativo individualmente y no posee efecto extensivo; por ejemplo, una persona a quien se le tramita un proceso penal no puede invocar doble juzgamiento por el mero hecho de figurar en las declaraciones de testigos en otro proceso seguido en contra de un tercero.

Eadem res: los hechos imputados deben ser los mismos atribuidos a esa persona en un proceso antiguo, resultando irrelevante que el acontecimiento histórico soporte ser subsumido en distintos conceptos jurídicos, pues de no entenderlo así, se posibilitaría nuevas persecuciones penales so pretexto de encuadrarse en valoraciones distintas a la anterior.

Es preciso enfatizar que la garantía ne bis in idem no obstaculiza perseguir a la misma persona por un mismo delito cuando se trata de comportamientos históricos diversos; sino, volver a perseguir a la persona por un mismo hecho histórico, cualquiera que fuere la denominación jurídica utilizada.

Eadem causa petendi: identidad del sustrato fáctico y del fundamento jurídico; sin dejar de lado que la prohibición de doble juzgamiento admite excepciones que se encuentran expresamente previstas en la ley.

(SOBRESEIMIENTO de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 223-2007 de las 12:27 horas del día 23/6/2009)

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

El principio de non bis in ídem o de única persecución goza de reconocimiento en el sistema jurídico salvadoreño a partir del artículo 11 de la Constitución, el cual

prescribe que "ninguna persona puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa"; asimismo, su desarrollo legal se encuentra en el artículo 7 del Código Procesal Penal, cuyo tenor literal dispone que "Nadie podrá ser perseguido más de una vez por el mismo hecho".

La jurisprudencia de esta Sala, por su parte, ha establecido –verbigracia en sentencia del 21/1/2005, correspondiente al proceso de hábeas corpus número 136-2004– que dicho principio "consiste en la imposibilidad de que el Estado pueda procesar dos veces o más, a una persona por el mismo hecho, ya sea en forma simultánea o sucesiva".

Así, el enjuiciamiento al que alude la Constitución –para los efectos de la pretensión en análisis- se refiere a la persecución penal per se, de manera que lo esencial es la existencia de un acto de autoridad mediante el cual se señale a la persona como autora o partícipe en una infracción penal y que tienda a someterla a un proceso. Por tanto, la doble persecución ocurre cuando se inicia un nuevo proceso habiendo otro ya concluido; pero también cuando se desenvuelve una persecución penal idéntica a la que se quiere intentar.

En esos términos, el principio de non bis in ídem tiene aplicación con independencia del estado del primer proceso, siendo suficiente la existencia de dos imputaciones fundamentadas en los mismos elementos.

De tal forma, puede sostenerse que la finalidad de la categoría constitucional en mención es resguardar a las personas de las restricciones que provoca un nuevo proceso penal, cuando otro sobre el mismo objeto está en trámite o ha sido agotado.

Ahora bien, lo fundamental para que opere la garantía en comento –como se ha insistido- es que haya más de un proceso promovido en virtud de un solo objeto; por tal razón, resulta necesario determinar si se está o no ante esa identidad de objeto; y, para tener por establecida dicha identidad es necesario: a) la existencia de una imputación originaria; b) que la persona a la que se dirige dicha imputación haya sido señalada y perseguida como imputado, y en la segunda persecución se le designe la misma calidad; c) que la segunda imputación fácticamente sea igual a la primera, es decir, que coincidan el hecho, los sujetos (activo y pasivo), el lugar y el tiempo.

Acotado lo anterior, es de señalar que la identidad del hecho atribuido debe ser estrictamente fáctica; consecuentemente, la confrontación tiene que hacerse entre dos supuestos de hecho vistos desde su materialidad, y no en su consideración jurídica, pues la prohibición de persecución múltiple funciona con respecto a la acción humana imputada al sujeto, sin que sea necesario que coincidan las valoraciones en derecho efectuadas respecto de esa acción.

Para que opere el principio de non bis in ídem, es necesario definir si, a partir de los actos de autoridad realizados en el cada caso concreto, puede concluirse que se ha dado la tramitación de un proceso cuyo objeto ha sido dirimido en otro proceso ya concluido, o bien, la sustanciación simultánea de procesos con objeto idéntico.

En ese orden, uno de los actos de autoridad que puede proveerse en un proceso penal y que tiene relevancia para el análisis referido supra, es el sobreseimiento provisional; pues, cuando en un proceso penal se ha dictado tal sobreseimiento, es claro que con ello no se ha cerrado el proceso, por lo que de intentarse nuevamente la persecución penal, se descartaría el acaecimiento del primero de los supuestos frente a los cuales se opone el principio de non bis in ídem –nuevo proceso con objeto idéntico al dirimido en un proceso cerrado-. Consecuentemente, la incorporación de nuevos hechos y pruebas, pueden justificar una reapertura lícita de la causa; reapertura esta que de ninguna manera contravendría el principio constitucional aludido.

Ahora bien, la citada reapertura y la nueva actividad persecutoria, deben verificarse en el mismo proceso sobreseído provisionalmente; pues de lo contrario, estando un proceso abierto –por haberse decretado sobreseimiento provisional-, se daría inicio a otro; supuesto que, evidentemente, llevaría a la coexistencia de dos procesos con un mismo objeto, vulnerándose en ese caso, el principio de non bis in ídem.

Y es que, si un proceso está en trámite, no puede abrirse uno nuevo con la misma pretensión, incluso si se considera que el juez que conoce del primero carece de competencia, o si median obstáculos procesales en dicha causa; ello –claro está– mientras tales vicios no hayan sido declarados y superados.

Por consiguiente, si un proceso ha concluido por una resolución que no decide sobre el fondo, señalando la incompetencia o la imposibilidad de proseguirlo por otra causa, cuando hayan desaparecido tales obstáculos procesales, es posible iniciar un segundo proceso, sin que con ello se contravenga el principio de non bis in ídem, pues el proceso original, por razones jurídicas, previamente calificadas, perdería su validez, de manera que, ajustándose a las reglas establecidas por ley, podría incoarse otro proceso.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 98-2007 de las 12:06 horas del día 22/6/2009)

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS: ALCANCES

En cuanto a la determinación de los alcances del proceso constitucional de Habeas Corpus, como garantía jurisdiccional al servicio del derecho fundamental de libertad personal, según lo regulado en el art.11 inc.2° Cn., el proceso de habeas corpus, actúa en defensa del citado derecho cuando –entre otros supuestos- este se encuentre afectado o amenazado de serlo a causa de una decisión judicial proveída en el curso de un proceso, para el caso de naturaleza penal.

Ante ello, no debe perderse de vista que esa función de control, no supone un examen de los asuntos propios de la controversia, los cuales por ley son de conocimiento exclusivo del juez ordinario y no del Tribunal Constitucional.

De ese modo, y, definido que ha sido por la jurisprudencia constitucional salvadoreña no es posible la equiparación del Habeas Corpus con un recurso, por ello, la labor de esta Sala se circunscribirá, pues así debe serlo, a establecer la legitimidad constitucional de las órdenes judiciales de detención y captura del favorecido.

A través de éste proceso constitucional se procura la tutela del citado derecho de libertad física, que es su objeto de control, el cual, siendo una libertad jurídica, se

puede limitar frente a la salvaguarda de bienes y valores constitucionales de alto rango; por lo tanto, es preciso tener en cuenta algunas notas características del mismo, ya establecidas por la jurisprudencia:

En primer lugar conviene traer a consideración que el derecho de libertad física es una manifestación del derecho general de libertad y forma parte de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución salvadoreña; en consecuencia, no debe perderse de vista que la libertad, como parte del catálogo de los derechos fundamentales, no sólo cumple una función subjetiva, sino que también posee una dimensión institucional, constituyendo elemento esencial del ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta lo que antecede, debe partirse del hecho que la Constitución salvadoreña califica de derecho fundamental no sólo a determinadas libertades-verbigracia, libertad de expresión, libertad religiosa-sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del artículo 2 como del artículo 8, ambos de la Constitución.

CONCEPTO DE LIBERTAD

En muchas oportunidades se han emitido significados de "libertad", y por tanto se han formulado brevemente algunas manifestaciones concretas de la libertad jurídica en el sistema constitucional salvadoreño, así: "Si bien muchas veces el derecho general de libertad se ha entendido circunscrito a la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos-que constituye lo que se conoce como «libertad negativa», en el ordenamiento constitucional salvadoreño el derecho general de libertad también comprende la situación en la que una persona tiene la real posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, es decir, la facultad de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros, incluido el Estado - denominada clásicamente «libertad positiva», «autodeterminación» o «autonomía»-. La primera refiere una cualificación de la acción, la segunda una cualificación de la voluntad".

PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

En la misma jurisprudencia se ha indicado la necesidad de recurrir al principio de la dignidad de la persona humana-consagrado en el Art. 1 de la Constitución-para dar

contenidos concretos a ese derecho general de libertad: "Si se vinculan ambos conceptos-dignidad y libertad-puede afirmarse que en la Constitución salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira de determinarse en libertad (...) No se trata, pues, de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación a los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común".

Se han postulado además, los caracteres generales que deben cumplir las restricciones a la libertad, así: "... la libertad es restringible, [...] sólo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera. Dicho en otras palabras, en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada de hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes-consagración normativa de protección de terceros o de interés general- no justifiquen una restricción a la libertad (...) Ya que constitucionalmente se exige-según lo dicho arriba-que toda restricción de la libertad evidencie una razón suficiente o justificada, es imperativo deducir que todas aquellas restricciones a la libertad que sean arbitrarias o carentes de fundamentación son violatorias de la Constitución. Relacionando esta conclusión con la dignidad, es dable afirmar que toda restricción arbitraria o infundada de la libertad es contradictoria de la dignidad de la persona". (Inc. 15-96 Ac., de 14/II/1997).

Como se ha destacado, la Constitución consagra el derecho fundamental de libertad, el cual no tiene carácter de absoluto, pues como se determina en el artículo 11 inc.1º, sólo valdrá la privación del derecho de libertad –entre otros- si le precede un juicio en el que se hayan respetado todas las garantías constitucionales para su defensa.

Uno de los referentes primordiales en cualquier privación que se ejerza será el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 12 inc.1º. Cn., a partir del cual se manda a presumir inocente a toda persona a quien se le impute un delito, en tanto no se haya probado su culpabilidad conforme a la ley.

No obstante esas exigencias, la misma Constitución permite la posibilidad en varios supuestos, de que cualquier persona pueda enfrentar una privación de libertad en el

desarrollo de un proceso, aun y cuando no haya sido condenada –art.13 Cn.-; como necesidad extrema del deber estatal de perseguir eficazmente el delito, entre otras causas.

Una de esas posibilidades de afectación del derecho de libertad está consagrada en el referido art. 13 inc.1°Cn., y son los diversos tipos de "órdenes de detención", como instrumentos al cual se recurre para efecto de asegurar –entre otros- los fines de un proceso penal. Y es que, como reiteradamente lo ha pronunciado esta Sala, el derecho de libertad no es ilimitado, por lo tanto las personas podrán enfrentar restricciones al mismo, siempre y cuando se dicten en atención a los valores fundamentales de todo el ordenamiento.

Esas órdenes de detención pueden originarse por diversas causas, de entre las que, para el caso, es de interés en primer lugar señalar, las órdenes de captura, dictadas como consecuencia de la declaratoria de rebeldía de un procesado que no haya justificado su ausencia al juicio.

Ese supuesto de detención, tiene asidero legal en los artículos 91 y 92 Pr. Pn., de los cuales se puede inferir un deber u obligación jurídica de un imputado de estar presente en todo el desarrollo de un proceso o al menos cuando la autoridad judicial así lo requiera a efecto de salvaguardar los intereses públicos que convergen en el proceso penal respectivo. Su naturaleza de "deber" se refuerza, si se considera además que el incumplimiento a una citación judicial de una persona a quien se impute un hecho punible, podrá convertirse en fundamento de una orden de detención provisional, según regula el artículo 293 número 1) Pr.Pn.

DETENCIÓN PROVISIONAL

Por otra parte, es de especial interés en la presente sentencia –por ser el tema fundamental de decisión-, referirse al instituto procesal de la medida cautelar detención provisional, el cual constituye otro de los supuestos legales habilitantes - artículo 13 inc. 1° Cn.-, para restringir el derecho de libertad física.

En la utilización de este instituto, debe buscarse el debido equilibrio, a efecto de conciliar de manera sostenible, por un lado, los intereses del Estado de garantizar el resultado de un proceso penal, y por otro, los derechos fundamentales de la persona a quien se imputa la comisión de una conducta delictiva, de manera primordial el derecho fundamental de libertad personal.

Lo que antecede lleva necesariamente a referirse a algunas notas esenciales, respecto de la detención provisional, que como una auténtica medida cautelar le son exigibles y resultan de interés para efecto de dar respuesta al presente caso: (a) la instrumentalidad, es decir, que están preordenadas, en general, a una decisión definitiva, de la cual aseguran su fructuosidad, esto es, que más que el objetivo de actuar el derecho en su satisfacción, lo tiene en asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva; (b) la provisionalidad, es decir, sus efectos tienen duración limitada, no aspiran a transformarse nunca en definitivos; (c) la urgencia, pues además de la idea de peligro -entendido en sentido jurídico-, precisa que exista urgencia en sí para adoptarla; y, (d) la excepcionalidad en el sentido que la misma sólo puede ordenarse cuando no existan otros medios menos gravosos para la libertad que permitan alcanzar los mismos fines, apartando su uso como una regla general. (HC 12-2002 de 5/XII/2002).

Admitida pues, la naturaleza cautelar de la detención provisional, es dable reconocer que la misma debe cumplir con los presupuestos que procesalmente se predicán de esa clase de actos procesales: haber apariencia de buen derecho y peligro en la demora.

El primero consiste en un juicio de imputación o fundada sospecha de participación del imputado en un hecho punible. La exigencia de ese presupuesto material requiere la observancia de dos especialidades: 1) desde un punto de vista formal, se necesita algo más que un indicio racional de criminalidad, pues la detención provisional precisa no sólo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga "motivos" sobre la "responsabilidad penal" del imputado; y 2) desde un punto de vista material, se precisa que el hecho punible sea constitutivo de delito y no de falta.

Se trata pues, de la pertenencia material del hecho a su autor, por lo que se vuelve indispensable que toda resolución en que se haga relación a la existencia de apariencia de buen derecho -cuerpo del delito y participación delincencial-, contenga una

afirmación clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto y la relevancia jurídica del mismo.

La existencia de apariencia de buen derecho, debe conjugarse con la del peligro en la demora, que en el proceso penal, consiste en un fundado "peligro de fuga u obstaculización de la investigación" del imputado. Así, sin fundada sospecha acerca del peligro de fuga del inculpado no puede justificarse la prisión provisional, dado que su finalidad esencial consiste, en asegurar los resultados del proceso.

Dicho peligro no sólo se incrementa o disminuye en razón de la gravedad del delito, sino también en el de la naturaleza del hecho punible y de las condiciones de arraigo del imputado. Es importante recalcar que sin un fundado peligro del inculpado no puede justificarse la detención provisional, pues, su finalidad esencial consiste -como ya se apuntó-, en garantizar su presencia en el juicio oral.

Esos presupuestos que deben estar presentes en la resolución que adopte la medida están regulados en el artículo 292, Capítulo VIII, denominado Medidas Cautelares, del Título I de la Instrucción, correspondiente al Libro Segundo del Procedimiento Común, del Código Procesal Penal.

En igual ubicación normativa se encuentra el artículo 293, el cual es nombrado por el legislador como "Otros casos de detención provisional", y, en el mismo se determina: "Procederá la detención provisional en los casos siguientes: 1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario; (...)".

Ese precepto legal contempla unos supuestos, cuya concurrencia justifica la adopción de la detención provisional. El primero de los casos resulta, según se desprende del texto de la disposición, de la injustificada incomparecencia del procesado. Así, la apariencia de buen derecho, estará representada, como siempre, según se ha señalado, por la existencia de una imputación delictiva y la posible responsabilidad del acusado en la misma; y, el peligro en la demora, a partir de los supuestos objetivos y subjetivos comprobados por la autoridad judicial, que le hacen suponer que el procesado evadirá la acción de la justicia.

A partir de lo anterior debe citarse que ese supuesto habilitante para ordenar la detención provisional, está determinado por la previa declaratoria de ausencia de un imputado, de quien se vuelve necesario esté presente en el proceso, siempre a fin de salvaguardar los intereses públicos existentes en el proceso penal, ello desde la concepción más generalizada.

Así entonces, la citación de la persona a quien se impute un acto punible cuando el citado no comparezca, ni justifique su incumplimiento de apersonarse ante la autoridad que lo requiere, podrá constituirse en motivo para estimar la oportunidad de la medida cautelar de detención.

Ese acto de llamamiento a comparecer a través de la requisitoria judicial, es un acto procesal de coerción, en cuanto se le impone a la persona una conducta determinada: la comparecencia, la cual podrá convertirse en una orden de privación de libertad en caso de su desatención, incidiendo por tanto en los derechos fundamentales del procesado.

Las posibilidades de restricción del derecho de libertad que, según se ha evidenciado, se tienen dentro de un proceso penal, están autorizadas siempre y cuando se respete el marco normativo constitucional que les informa, el cual habrá de darles contenido.

Consecuentemente, se vuelve imperioso hacer referencia a la presunción de inocencia, pues es uno de los postulados de la Constitución, que reviste especial importancia en este tema, así lo ha concebido esta Sala en muchos de sus pronunciamientos: "...al entender la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, se parte de la idea de que el inculpado es inocente y por tanto deben reducirse al mínimo [entendido cuando sea necesario] la imposición de medidas restrictivas de derechos durante la tramitación del proceso penal, a fin de que éstas no se conviertan en penas anticipadas para el inculpado. En este sentido, la presunción de inocencia tendría una especial incidencia en el ámbito de las medidas cautelares, siendo compatible con las mismas siempre que éstas se impongan por medio de una resolución motivada, en la que queden de manifiesto la finalidad perseguida, esto es la de aseguramiento de los fines del proceso. Por lo anterior, cabe mencionar, que para que las medidas cautelares sean [posibles a partir del correcto sentido de] la presunción de inocencia, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de indicios racionales de la comisión de un delito que permita sostener que el objeto del

proceso no se va a desvanecer; b) que tenga un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que partan del imputado, dado que la prisión preventiva no puede tener carácter retributivo respecto a una infracción no declarada; c) su adopción y mantenimiento se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcional a la consecución de los fines. El derecho a la presunción de inocencia [art.12 Constitución], por tanto, trae consigo, la inconstitucionalidad de medidas penales con finalidad punitiva; por lo que, la salvaguardia de la finalidad estrictamente cautelar y no punitiva de las medidas cautelares legalmente previstas, impone una serie de requisitos a la adopción de las mismas, pudiendo sintetizarse en: necesidad de la medida adoptada y motivación..." Resaltado suplido. (HC 12-2002 de 5/XII/2002).

Corresponde entonces referirse a esas exigencias aplicables a la detención provisional, así: la idoneidad o adecuación entre la medida y los fines perseguidos, se concreta en la labor de estimar apropiada, la medida dispuesta por la autoridad estatal para obtener el resultado que se pretende (1); la comprobable necesidad de que sólo con la medida se podrá conseguir el fin a alcanzar, requiere haber apartado otras medidas menos gravosas para el derecho fundamental, pero equivalentes en eficacia (2); y, la ponderación de intereses concretos, como proporcionalidad en estricto sentido, supondrán ser el medio razonable y proporcionalmente escogido, para atender el fin buscado (3). Todo ello de obligatorio análisis para llegar a establecer la resolución por medio de la cual se va a ordenar la detención provisional.

Esos requisitos dan consistencia al reconocido principio de proporcionalidad, fundamento ineludible del que habrá de partirse para que la intromisión y restricción de bienes y derechos originada a partir de una medida cautelar, estén justificadas, y, guarden relación con la conducta ilícita determinante de la realización de un proceso penal.

En esos términos, el principio de proporcionalidad debe actuar como soporte elemental en la determinación de la medida cautelar que mejor habrá de garantizar el resultado de un proceso, para posibilitar, de ese modo, conciliar el conflicto entre los derechos fundamentales en juego, suscitado cuando va a ordenarse medidas restrictivas al derecho de libertad; lo cual hace descartar del todo la aplicación mecánica o automática de las normas que regulan este instituto –la detención provisional- por parte de los aplicadores del derecho. La ley procesal penal así lo consagra, pues ha fijado como principio general de actuación: resolución fundada, artículo 285 Pr. Pn.

La Sala de lo Constitucional, ya ha predicado el principio de proporcionalidad de la medida cautelar de detención provisional, al declarar que: "...las medidas cautelares y, por supuesto, al tratarse de la aplicación de la detención provisional –ya sea en forma explícita o implícita- su motivación debe establecerse la razonabilidad o ponderación de la misma como resolución jurisdiccional, [...] en cumplimiento de los parámetros expresados por el Art.292 Pr.Pn., con énfasis en la ponderación razonable de los presupuestos habilitantes de la medida, siempre en función del aseguramiento de sus objetivos procesales, tal como se ha indicado en esta sentencia, ya que, en ningún caso, las disposiciones de una ley, en especial las de procedimiento jurisdiccional, pueden tener aplicación sin razonamiento o sin justificación fáctica, particularmente en materia procesal penal, cuando se trata de restringir la libertad de una persona." (Inc. 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 Ac. de 12/IV/2007).

Toda esa reflexión judicial, se concretará en la motivación del proveído por el cual se adopte la medida restrictiva, a ese respecto, una debida motivación en una resolución que tenga injerencia en los derechos fundamentales de la persona, supone garantía de respeto al derecho a la seguridad jurídica –art.2 Cn.- , el que desde el punto de vista inmaterial consiste en la certeza del imperio de la ley, en el sentido que el Estado protegerá los derechos de las personas tal como la ley los declara.

Así pues, se impone al Estado –representado en el Juez- el deber insoslayable de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos constitucionales; delimitando de esa manera, las facultades y deberes de los poderes públicos. Y establece la certeza para el particular de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente.

A su vez, el deber de motivación implica posibilidad en el ejercicio de la defensa – art.12 inc.1º. parte final-, pues sólo a partir del conocimiento de los motivos que dan fundamento a una decisión, puede el particular afectado defenderse, a través de los medios de impugnación previstos por la ley.

La Sala así lo ha sostenido: "El conocimiento de las reflexiones que han conducido al fallo, potencia el valor de la seguridad jurídica y posibilita lograr el convencimiento de las partes respecto a la corrección y justicia de la decisión, permitiendo a su vez,

garantizar el posible control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan; por lo que el deber de motivación no se satisface con la mera invocación de fundamentos jurídicos, sino que requiere de la exposición del camino o método seguido para llegar al convencimiento de la necesidad de restringir los derechos de la persona afectada." (HC 111-2008 de 28/X/2008).

A ese respecto esta Sala debe partir de una premisa fundamental: los jueces en el ejercicio de su jurisdicción, están sometidos a la Constitución y a las leyes – artículo 172 inc.3º Cn.-, por tanto, al aplicar el derecho, han de tomar la norma fundamental como premisa básica de decisión; y esa actuación se regirá por el principio de unidad del ordenamiento –AMP. 32-C-96 de 10/IX/98-, a partir del cual la Constitución debe suponer el contexto o referente de todas las normas a aplicar en cada caso.

Es que como limitación de la libertad individual de una persona que se considera inocente –artículo 12 Cn.- hasta que no se pruebe su culpabilidad, la detención provisional, sólo puede justificarse en la medida que sea imprescindible y necesaria para la defensa de bienes jurídicos fundamentales en riesgo. Lo cual no se evidencia de la actuación del Juez; en tanto, su expreso criterio, no existe delito que perseguir.

En esta misma línea de razonamiento, 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, específicamente el respeto por el derecho a la presunción de inocencia, también dispuesto en la regulación internacional, artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a su carácter instrumental, tampoco puede afirmarse que se haya cumplido, en la resolución hoy enjuiciada; eso es posible afirmarlo a partir de que, como se ha dejado establecido en esta sentencia y en innumerables proveídos de esta Sala, dictados en materia de Habeas Corpus, las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal, son utilizables cuando sirvan a un proceso en donde el juzgador demuestre que cuenta con las evidencias razonables de haberse cometido un delito, para, precisamente, procurar resguardar el resultado del proceso penal.

Sobre esa base, y como se ha sostenido, debemos concluir que la detención provisional no puede ser entendida como sanción anticipada por la infracción penal, sino una medida diseñada para alcanzar los fines del proceso penal: comprobación de una infracción penal y, eventualmente la imposición de la sanción.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 145-2008Rde las 12:16 horas del día 28/10/2009)

RESTRICCIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD FÍSICA: EXTRANJEROS

DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional como cita en sentencia del 16/X/2007, correspondiente al proceso de hábeas corpus número 9-2007 ha sostenido que la consagración constitucional del derecho a la seguridad jurídica se encuentra en el artículo 2 inciso primero de la Constitución, que a la letra dispone: "Toda persona tiene derecho a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos."

Sobre tal categoría jurídica, este tribunal ha sostenido que: "Existen diversas manifestaciones de la seguridad jurídica; una de ellas es justamente la interdicción de la arbitrariedad del poder público y más precisamente de los funcionarios que existen en su interior. Estos se encuentran obligados a respetar los límites que la ley prevé de manera permisiva para ellos, al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones. Sus límites de actuación están determinados por una y otra. Obviar el cumplimiento de una norma o desviar su significado ocasiona de manera directa violación a la Constitución y, con propiedad, a la seguridad jurídica"

Además, la seguridad jurídica "es un derecho fundamental, que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado; pero entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido, no en un mero

respeto o abstención sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida" (subrayado suplido). Sentencia de amparo con referencia 62-97, 21/VII/1998.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

En cuanto al derecho a la libertad personal, es de indicar que constituye una categoría jurídica de rango fundamental, cuyo reconocimiento constitucional se halla en los artículos 2 y 4 de la Constitución, los cuales establecen, respectivamente, que "Toda persona tiene derecho a la libertad" y "Toda persona es libre en la República".

Por tanto, debido a su naturaleza fundamental, el derecho en mención, según la jurisprudencia de esta Sala verbigracia sentencia del 16/V/2008, dictada en los procesos de hábeas corpus 135-2005/32-2007 acumulado conforma una serie de facultades o poderes de actuación reconocidas "a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, que han sido positivadas en el texto constitucional y que desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la propia Constitución las cuales, por su reconocimiento constitucional, adquieren la naturaleza de preferentes e inviolables".

Asimismo, esta Sala ha sostenido en la jurisprudencia citada, que "puede afirmarse que la vigencia de los derechos fundamentales supone, por una parte, que el Estado no puede realizar intromisiones que impliquen una transgresión a dichas categorías, y, por otra parte, que debe generar todos aquellos elementos que supongan la garantía y goce de los mismos derechos, permitiendo su ejercicio y tutela efectiva".

Ahora bien, de las acotaciones anteriores se derivan dos consecuencias que interesa destacar en cuanto al derecho de libertad personal: 1) su carácter de límite al poder estatal consagrado a favor de la persona humana, de manera que toda autoridad debe abstenerse de ejecutar actos que quebranten o interfieran con el goce de dicho derecho, siendo admisibles únicamente las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico; y 2) su reconocimiento universal o erga omnis, lo cual implica

que el derecho aludido pertenece a la esfera jurídica de toda persona humana, con independencia de sus condiciones particulares tales como edad, sexo, ocupación y nacionalidad, entre otras; debiendo preservarse el goce de tal derecho tanto si se trata de un nacional como de un extranjero.

En consonancia con lo anterior, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985, establece en su artículo 5 que "los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes (...) de los siguientes derechos: a) El derecho a la vida y la seguridad de la persona; ningún extranjero podrá ser arbitrariamente detenido ni arrestado; ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

De manera que, tanto en el ámbito jurídico interno, como en el internacional, el derecho a libertad personal –entre otros– goza de pleno reconocimiento.

No obstante, el reconocimiento de un derecho fundamental requiere de ciertas garantías que aseguren su resguardo y/o restablecimiento en caso de vulneración. En ese sentido, respecto del derecho a la libertad personal, el artículo 13 de la Constitución establece que "Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley", de donde se deriva la garantía primordial del derecho a la libertad física, denominada como reserva de ley.

Dicha garantía tiene por objeto asegurar que sea únicamente el legislador el habilitado para determinar los casos y las formas que posibiliten restringir el derecho en comento; y ello ha de llevarse a cabo mediante un acto normativo que tenga el carácter de ley en sentido formal. De tal modo, queda excluida la posibilidad de que el Órgano Ejecutivo, haciendo uso de su facultad reglamentaria, cree supuestos y procedimientos que lleven a restringir la libertad personal.

Es de apuntar que la reserva de ley como garantía constitucional del derecho de libertad física, debe ajustarse además al principio de tipicidad; es decir, la regulación

de los supuestos para restringir el aludido derecho ha de ser concreta y taxativa, de modo que toda privación de libertad se ejecute teniendo como base el respectivo precepto legal. Ello, en tanto a partir de lo dispuesto por la Constitución, la validez de una privación de libertad dependerá de que el supuesto de hecho que la originó esté claramente previsto en la ley; lo cual lleva a sostener que si no existe un precepto legal que contemple el supuesto de hecho en cuya virtud se ejecuta la restricción del derecho a la libertad, dicha restricción sería contraria a la Constitución.

En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que la reserva de ley predicable de los límites ejercidos sobre el derecho fundamental a la libertad, no sólo se extiende a los motivos de restricción del derecho de libertad física, sino también a las formalidades requeridas para su ejecución y al tiempo permitido para su mantenimiento.

Por consiguiente, corresponde al legislador contemplar los supuestos de hecho, las formalidades, y desde luego, los plazos de restricción del derecho de libertad personal; ello, a efecto de que la configuración de los límites en comento, no se deje al arbitrio del aplicador de los mismos.

Por tanto, el presupuesto básico e imprescindible para restringir el derecho de libertad física es la previsión legal hecha en los términos arriba referidos; y para ejecutar dicha restricción, ha de seguirse el procedimiento dispuesto por ley.

Ahora bien, una vez constatada la aludida previsión legal, la adopción de una medida que limite el derecho de libertad física requiere de la satisfacción de otros elementos, tales como la necesidad de la restricción, la razonabilidad de esta y su proporcionalidad respecto del fin que con ella se persigue. Elementos estos que han de ser verificados previo a materializarse la restricción de la libertad personal, y cuyo cumplimiento se exige debido a la envergadura del derecho en cuestión, el cual –como se apuntó– es de naturaleza fundamental, por lo que su limitación implica una medida grave que, para ser compatible con la Constitución, debe cumplir con las exigencias señaladas.

Una de las modalidades previstas constitucionalmente para limitar el derecho de libertad personal es el arresto administrativo; el cual, según el artículo 14 de la Constitución, supone que "la autoridad administrativa podrá sancionar mediante

resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa".

La facultad administrativa referida, en tanto representa un límite al derecho fundamental de libertad física, está sujeta a lo apuntado en el apartado anterior respecto de la reserva de ley, de manera que solo podrá aplicarse el arresto administrativo cuando una ley lo disponga como consecuencia de la infracción de un precepto normativo específico y, observando las formalidades y los plazos que para ello haya requerido el legislador, y con respecto a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución.

Así, las razones, el procedimiento y el término para aplicar el citado arresto, en ningún caso podrán ser configurados por la Administración, quien únicamente está habilitada para hacer efectiva la sanción, cuando ocurran las condiciones descritas y requeridas por ley para tal efecto.

Precisamente, uno de los supuestos previstos por el legislador para aplicar el arresto administrativo es el contemplado en el artículo 60 de la Ley de Migración, cuyo tenor literal establece que "El Extranjero que ingrese al País violando la presente Ley, será sancionado con multa de DIEZ a CIEN COLONES y expulsado del Territorio Nacional. Dicha multa será permutable por arresto hasta de treinta días, según el caso. Para los efectos del inciso anterior, los agentes de Seguridad Pública y las demás autoridades administrativas de la República, tienen obligación de informar a la Dirección General de Migración de los casos que se presenten, suministrando todos los datos posibles del infractor, para que dicha Oficina pueda seguir una investigación al respecto y solicitar en su caso, la orden de expulsión, que será emitida por el Ministerio del Interior".

A ese respecto, jurisprudencialmente –como cita, en sentencia del 19/III/1998, correspondiente al proceso de hábeas corpus número 70-98– "esta Sala ha reconocido la competencia que tiene el Ministro del Interior, y específicamente la Dirección General de Migración, de imponer las sanciones al extranjero que ingrese ilegalmente al país, de conformidad al art. 14 Cn.; atribución que ejerce con apoyo de la División de Fronteras de la Policía Nacional Civil, de conformidad al art. 14 de la Ley Orgánica de la P.N.C."

Ahora bien, es de enfatizar que la Constitución claramente establece que la imposición del arresto debe ir precedida por el proceso correspondiente. Dicho proceso, para el caso, está contemplado en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, lo cual se afirma a partir de lo expuesto por la propia ley, en cuyos considerandos se alude expresamente a la facultad contemplada en el artículo 14 de la Constitución y en su artículo 1 establece que "Esta ley regula el procedimiento para la imposición de arresto o multa por la contravención de leyes, reglamentos u ordenanzas, cuya aplicación compete a las autoridades administrativas. El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor".

En ese orden, es de destacar que la referida ley –como ella misma lo dispone– regula la facultad prevista en el artículo 14 de la Constitución, por lo que ha de acatarse para aplicar el arresto administrativo, salvo que el cuerpo normativo que prevé la infracción merecedora de arresto, contemple un procedimiento garante de los derechos de audiencia y defensa del infractor; sin embargo, en cuanto al caso sub iúdice, la Ley de Migración no establece el proceso mediante el cual ha de imponerse dicho arresto, por lo que se descarta la posibilidad de que la citada ley contemple un trámite garante de los derechos aludidos. Consecuentemente, resulta claro que para imponer arresto con fundamento en el artículo 60 de la Ley de Migración, ha de seguirse el trámite establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

Así, es preciso apuntar que la aludida ley establece un procedimiento que, en términos generales, debe cumplir los siguientes requisitos: 1) la citación de la persona a la que se le atribuye la contravención para que comparezca ante la autoridad en el término de tres días hábiles para ejercer su defensa (art. 11); 2) derechos de nombrar defensor desde la iniciación del procedimiento, de ser considerado inocente durante el mismo, y posibilidad de acceso a las diligencias (art. 25); 3) facultad –del presunto infractor– de oponerse a la imputación hecha en su contra y de aportar prueba a su favor (art. 13); 4) dictar una resolución mediante la cual se acuerde el arresto (art. 14); 5) declarar ejecutoriada la citada resolución, hasta que haya vencido el término para interponer recursos (art. 15); 6) otorgar un plazo de ocho días -contados desde la notificación de la resolución ejecutoriada- para presentarse a cumplir el arresto (art. 15); 7) ordenar captura del infractor solo en caso de que este no se presente a cumplir el arresto (art. 15).

Por tanto, la imposición del arresto contemplado en el artículo 60 de la Ley de Migración, de conformidad a lo exigido por la Constitución, debe satisfacer los pasos reseñados supra, dado que a partir de los mismos se configura "el debido proceso" al cual alude la Norma Suprema como requisito para proceder a la ejecución de la sanción en comento. De lo contrario, la imposición del arresto devendría en inconstitucional, puesto que no fue precedida por el procedimiento legal correspondiente.

En ese mismo orden de ideas, debe agregarse que este tribunal ya ha señalado que la facultad para restringir el derecho de libertad personal otorgada a la Administración, ha de materializarse en estricto respeto de lo prescrito por la misma Constitución, en el sentido de que, como se definió en el antecedente jurisprudencial citado, "la autoridad administrativa (...) debe cumplir previamente con el respeto al derecho de audiencia, derecho de defensa, que comprende la oportunidad de controlar la prueba de cargo, controvertirla, refutarla, y ofrecer prueba de descargo; derecho que presupone la existencia de un plazo para ejercer tales derechos, y que es parte de las llamadas garantías del debido proceso. En consecuencia, la sanción de arresto o multa, debe ser precedida de un juicio previo (...)".

Acotado lo anterior, es de subrayar que la duración de la restricción del derecho de libertad física a la que se somete al extranjero, en función de haber sido arrestado de conformidad al proceso correspondiente, no podrá superar el plazo establecido por la Constitución, esto es, cinco días.

Consecuentemente, no obstante la Ley de Migración señale que el arresto bajo análisis puede extenderse hasta treinta días, esta Sala ya ha establecido en su jurisprudencia – en la sentencia aludida supra– que "en relación a la sanción que puede imponerse al extranjero que ingrese ilegalmente al país, la Ley de Migración (...) prescribe una sanción con multa de diez a cien colones, y expulsión del Territorio Nacional. Señala además que dicha multa será permutable por arresto hasta treinta días. Sin embargo, se ha de partir de la noción que tal cuerpo normativo es de carácter preconstitucional, por lo que de conformidad al art. 249 Cn., la sanción de arresto que el Ministro del Interior [hoy, Ministro de Seguridad Pública y Justicia] puede imponer, conforme al ordenamiento constitucional, no puede ser de treinta días, pues está derogada tal sanción por el art. 14 Cn. (...). De lo anterior, se advierte que la autoridad administrativa, únicamente puede sancionar con arresto hasta por cinco días al infractor".

Debe indicarse además que este tribunal no desconoce que, de conformidad a la Ley de Migración, cuando se comprueba el ingreso ilegal de un extranjero, este puede ser expulsado del territorio nacional, y el legislador no ha señalado plazo para hacer efectiva dicha expulsión; no obstante, pese a la falta de un término legal para realizar dicho acto, la Constitución es clara al limitar a cinco días el plazo del arresto, por lo que el mismo no podrá extenderse más allá de dicho término; ello, no obstante la imposibilidad de efectuar la expulsión del foráneo.

En relación a lo anterior también se ha pronunciado esta Sala en la jurisprudencia relacionada, determinando que la omisión del legislador respecto a establecer término para llevar a cabo la expulsión de un extranjero, no puede afectar el plazo indicado por el constituyente como máximo de duración del arresto administrativo.

Y es que, es de enfatizar que el arresto administrativo al que hace alusión la Ley de Migración, es una sanción administrativa provocada por el ingreso ilícito de un extranjero al territorio nacional, por lo que no implica una aprehensión de naturaleza cautelar o asegurativa respecto del proceso de expulsión administrativo, pues en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición legal que habilite para detener a una persona por estar tramitándose su expulsión del territorio nacional.

Por consiguiente, si la expulsión administrativa del extranjero que ha sido arrestado no se ejecuta dentro del término de cinco días previsto por la Constitución como límite del arresto, una vez verificado dicho plazo, el arrestado deberá ser puesto en libertad, en tanto no exista alguna otra habilitación legal para mantenerlo detenido.

En ese orden, si se considera necesario retener bajo custodia a alguna persona sometida a un procedimiento de expulsión, con el objeto de garantizar la ejecución de tal procedimiento, es preciso e ineludible que exista habilitación legal para dicha retención; por lo que, desde esa perspectiva, corresponde exclusivamente al legislador fijar las medidas idóneas para garantizar el resultado efectivo del mencionado procedimiento de expulsión.

De tal forma, la falta de regulación sobre medidas para limitar el derecho de libertad personal de quienes son sometidos a un proceso de expulsión, impide a las

autoridades migratorias hacer uso de mecanismos mediante los cuales se restrinja el mencionado derecho; posibilidad que está vedada incluso ante la necesidad de asegurar la ejecución de una expulsión legalmente acordada.

Por lo anterior, mientras no haya una ley que configure normativamente la posibilidad de privar de libertad a un extranjero con miras a ejecutar su expulsión del territorio nacional, dicho trámite solo podrá asegurarse mediante otros mecanismos previstos legalmente para tal efecto, pero en ningún caso se extenderá el término del arresto administrativo bajo el argumento de que ha sido imposible efectuar la expulsión de la persona arrestada, pues -como se apuntó supra- el arresto en mención es una sanción administrativa, mas no supone una medida lícita para asegurar el cumplimiento de la expulsión.

En consecuencia, es claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la detención de un extranjero como medida para asegurar un trámite gubernativo de expulsión; o bien, en caso de habersele arrestado -al extranjero-, la restricción a su derecho de libertad que rebase el término previsto en el artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 60 de la Ley de Migración, representa un soslayo al principio de legalidad, y una violación a la seguridad jurídica con afectación al derecho de libertad física de la persona retenida. Violaciones estas que no pueden justificarse en función del cumplimiento de un trámite gubernativo de expulsión, pues la realización de un acto de autoridad acordado legalmente, no avala para su cumplimiento la producción de violaciones constitucionales.

este tribunal considera oportuno aclarar que, si bien -como se apuntó en el considerando que antecede- el proceso gubernativo de expulsión no dispone para su cumplimiento de medidas cautelares de coerción personal; y que, por otro lado, el arresto previsto en el artículo 60 de la Ley de Migración es una mera sanción administrativa por el incumplimiento de un precepto legal, mas no una medida asegurativa de la expulsión en comento; tales circunstancias no constituyen óbice para que dichas figuras -expulsión y arresto- concurren temporalmente en una misma persona, y sea el caso que dentro de los cinco días de arresto, se ejecute la expulsión del extranjero; siempre y cuando, éstos -el arresto y expulsión- atiendan a las condiciones reguladas por la Constitución y por la ley.

En ese orden, debe dejarse en claro que las autoridades administrativas pueden seguir el trámite legal correspondiente para arrestar a un extranjero cuyo ingreso al país sea ilícito; asimismo, pueden expulsarlo por tales motivos, pero en ningún caso han de suponer que el desarrollo de un trámite de expulsión habilita el arresto del infractor a efecto de asegurar el éxito de dicha expulsión, por un término mayor a cinco días, pues de hacerlo viola la Constitución –artículo 14-, aunque la Ley de Migración establezca otro plazo.

Asimismo, esta Sala considera necesario advertir que lo resuelto en el presente hábeas corpus no debe interpretarse como un impedimento constitucional para adoptar mediante ley, las medidas que, sin afectar derechos fundamentales, resulten necesarias e idóneas para garantizar la ejecución de un proceso de expulsión legalmente acordado; pues lo que este tribunal rechaza es que, sin tener habilitación constitucional, se restrinja la libertad física de quienes han de ser expulsados del territorio nacional, con el solo objeto de asegurar dicha expulsión.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 206-2007 de las 12:20 horas del día 29/1/2009)

SENTENCIA CONDENATORIA: EFECTOS

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional exige que la detención provisional se disponga mediante resolución judicial motivada —en tanto implica una afectación al derecho fundamental de libertad—; ello porque constituyendo la libertad la regla general, cualquier privación de la misma debe justificarse jurídicamente, en caso contrario, tal privación se entiende arbitraria. Y es que si no se explicitan las razones para decretar la detención provisional, no existe forma de apreciar si la misma ha sido dictada conforme a ley; en consecuencia, si una resolución que dispone la detención provisional del imputado no está debidamente motivada, la misma transgrede además el principio de legalidad (sentencia del proceso de inconstitucionalidad 15-96 de fecha 14/II/1997).

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que dicha exigencia [motivación] se deriva de los derechos a la seguridad jurídica y de defensa, contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 de la Constitución; e implica por parte de la autoridad judicial respeto a los derechos fundamentales de los enjuiciados, pues tiene por finalidad garantizar a las personas que pueden verse afectadas con una resolución judicial, conocer los motivos por los cuales el juez resuelve en determinado sentido y permite impugnar tal decisión por medio de los mecanismos que la ley prevé para tal efecto.

Así pues la utilización de medidas cautelares, que configura la denominada coerción procesal personal, resultará constitucionalmente legítima cuando el juez las decreta mediante orden escrita y cumpliendo con el deber de motivación.

Ahora bien, respecto a la situación jurídica de una persona que ha sido condenada pero cuya sentencia no es susceptible de ejecución, este Tribunal se ha pronunciado en las sentencias de hábeas corpus números 41-2002, 243-2002, y 89-2005R, respectivamente de fechas 31/X/2002, 21/III/2003 y 28/III/2006, y expresó que: "la existencia de una sentencia condenatoria no implica per se el cumplimiento automático de la pena, pues mientras la misma no se encuentre ejecutoriada el procesado se haya en cumplimiento de medidas cautelares; por tanto, la privación de libertad de la que puede ser objeto un condenado será la de detención provisional mientras la sentencia no devenga en firme, dado que es a partir de su firmeza cuando inicia el cumplimiento de la pena y cesa toda medida de naturaleza cautelar"

En la sentencia de fecha 05/02/2002 proveída en el proceso de hábeas corpus número 265-2000, se estableció: "el fallo de una, sentencia definitiva condenatoria no constituye la finalización del proceso tampoco el término de la eficacia de las medidas cautelares, sino por el contrario, implica la apertura de un camino de instancias superiores en el cual, el condenado puede hacer uso de todos los recursos y mecanismos que la ley prevé para su defensa".

En ese orden de ideas, contra una sentencia condenatoria cabe la posibilidad de interponer un recurso de casación en el término de diez días contados a partir de la notificación de la misma, así lo estatuye el artículo 423 del Código Procesal Penal

En dicho término, es claro que una vez pronunciada la sentencia condenatoria procede por ley un plazo en el cual la sentencia no se puede ejecutar, por tal motivo, la situación jurídica del condenado cuya sentencia aún no está ejecutoriada, -ya sea porque se encuentra en el período en el cual se puede recurrir de la sentencia o porque una vez recurrida se está sustanciando el recurso utilizado-, continúa rigiéndose por las decisiones emitidas por las autoridades judiciales que han intervenido con anterioridad en el juicio, verbigracia el juez de paz, el juez de instrucción o las Cámaras; lo aludido implica, que si desde un inicio o durante la tramitación del proceso penal, el imputado ha enfrentado la justicia limitado de su derecho de libertad física por medio de la detención provisional, el hecho de emitirse una sentencia condenatoria que aún no ha adquirido firmeza, no implica modificación alguna a su situación jurídica y por tanto la autoridad judicial emisora de esta último acto jurisdiccional, no está obligada a pronunciarse al respecto.

Lo acotado no es óbice para que la autoridad judicial respectiva, al momento de emitir una sentencia condenatoria destinada a privar el derecho de libertad física de una persona, se pronuncie sobre la situación jurídica del procesado que ha estado gozando de medidas cautelares distintas a la detención provisional, ello en atención de garantizar la plenitud de los derechos fundamentales a la seguridad jurídica y defensa de los justiciables.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 177-2007 de las 12.23 horas del día 30/7/2009)

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN CRIMINA

Las técnicas especiales de investigación son procedimientos especializados que resultan admisibles en la averiguación de los delitos de naturaleza compleja bajo diversas modalidades, v.gr. las entregas controladas, agentes encubiertos, las recompensas, etc.; a fin de enfrentar de manera eficaz la investigación y la imposición de la sanción de quien resulta responsable.

El uso de técnicas especiales de investigación ha de cumplir ciertos requisitos, a saber: (i) Contar con una autorización expresa, la cual se ha de decidir caso por caso; (ii) La autorización debe provenir del Fiscal General, o de quien ejerza la función por delegación; y (iii) Atender a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad. El principio de subsidiariedad, alude a que las técnicas especiales de investigación deben ser utilizadas como última medida para procurar pruebas dentro del proceso; el de proporcionalidad, a que su empleo se reserva a la investigación de delitos considerados graves; y el de necesidad, a la utilización de este método siempre y cuando no se disponga de otras técnicas de investigación que permitan lograr los mismos resultados.

Establecidas las generalidades necesarias para el uso de las técnicas especiales de investigación, conviene apuntar que su utilización, como medio efectivo para la represión de los delitos considerados de especial gravedad, se encuentra regulado en la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional — suscrita y ratificada por El Salvador el 8-III-2004—, la cual al referirse a dichas técnicas en el art. 20 num. 1º, dispone: "Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada".

Asimismo, en la citada Convención se señala que las técnicas especiales de investigación pueden ser utilizadas para: "a) Los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención [referidos al grupo delictivo organizado, blanqueo de dinero, corrupción y obstrucción de la justicia]; y b) Los delitos graves que se definen en el art. 2 de la presente Convención [relativos a aquellos delitos cuya penalidad máxima sea de al menos cuatro años de prisión o una pena más grave]; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado".

De lo hasta acá expuesto se colige que las técnicas especiales de investigación tienen un alto nivel de injerencia en los derechos fundamentales de la persona investigada, por lo cual conviene aludir a algunas de las garantías que deben ser respetadas en su utilización, referidas a: (i) el principio de legalidad en relación con el derecho a la

seguridad jurídica, y (ii) la presunción de inocencia de la persona que aún no ha sido condenada.

El derecho a la seguridad jurídica en su relación con el principio de legalidad, implica una obligación por parte de los funcionarios de respetar los límites que la ley prevé al momento de realizar una actividad en el ejercicio de sus funciones; de manera que si la normativa establece el procedimiento que cualquier funcionario debe seguir o la consecuencia jurídica que debe aplicar en un caso concreto, y éste no cumple con lo previamente dispuesto en el ordenamiento jurídico, produce una afectación a la seguridad jurídica de las personas. Mientras que la presunción de inocencia constituye, entre otros, una garantía de que la persona no será condenada sin contar con pruebas legalmente incorporadas y con un juicio previo, y sólo será objeto de restricción a sus derechos fundamentales en el grado mínimo necesario para el caso concreto.

Como se ha dicho antes, existen diversas modalidades de las técnicas especiales de investigación, las que además de las generalidades ahí expresadas —y que deben concurrir en su ejecución—, presentan sus propias particularidades.

En el caso de las recompensas, hemos de expresar que consisten en el ofrecimiento de pago monetario, a personas que, sin haber participado en el hecho delictivo, ni ser parte del organismo policial o fiscal, brinden información eficaz que permita esclarecer un hecho delictivo, lograr la identificación de sus partícipes, o aprehender a quien tuviere una orden de privación de libertad en su contra.

Del concepto anterior se desprende que la utilización de las recompensas puede proceder en diferentes supuestos, entre ellos: (i) Cuando la complejidad del hecho delictivo haga en extremo difícil descubrir a los responsables del mismo; (ii) Cuando no se ha podido identificar a los autores del delito, obstaculizándose la tramitación del proceso penal; (iii) Cuando la persona y/o grupo delincencial se encuentre evadiendo la justicia penal y no haya sido posible lograr su aprehensión, o habiéndola logrado, este se haya dado a la fuga.

(SENTENCIA DEFINITIVA de HABEAS CORPUS de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL, ref. 231-2006 de las 10:00 horas del día 19/8/2009)