

I.A DETENCIÓN PREVENTIVA Y SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

SUMARIO: *Introducción.* 1. *Consideraciones generales:* Noción de detención preventiva. Evolución histórica: Grecia, Roma, Edad Media, Época Moderna: España, Francia, México: prehispánico e independiente. Objeto. Condiciones. Consecuencias. 2. *Problemas actuales:* El conflicto de intereses. Las críticas. Las reformas.

Introducción

Una entre las diferentes medidas privativas de la libertad está representada por la detención preventiva, institución que, desde su implantación hasta nuestros días, ha sido impugnada teóricamente en cuanto a su justificación, cuestionada respecto a su regulación legislativa y criticada en su aplicación práctica, de tal modo que su problemática se ha planteado indefectiblemente bajo ese triple aspecto, es decir, teórico, legislativo y práctico.

En efecto, esta institución ha sido teóricamente uno de los puntos más críticos del procedimiento penal, tanto por el conflicto que plantea, como por su falta de justificación. Y si es verdad que la discusión doctrinaria sobre el mantenimiento o supresión, procedencia o improcedencia de la detención preventiva es muy antigua, no es menos cierto que el debate abierto por la misma ha sido tan marcadamente persistente y, sobre todo hoy día, tan enconado y a tal grado generalizado, que de ninguna manera puede considerarse ni como una controversia ya, y para siempre, superada en el orden científico ni mucho menos, y aquí radica la verdadera importancia y gravedad de la cuestión, como un problema ya resuelto sea en el orden legislativo o en el terreno práctico.

De ahí que, por una parte, si para la teoría general del derecho penal, la detención preventiva traduce una permanente confrontación y un, al parecer, irreductible conflicto entre el interés individual y el colectivo, por la otra, la conciliación de estos intereses haya sido y siga siendo uno de los problemas legislativos y de política criminal de más difícil solución; corroboran lo anterior los frecuentes, pero sobre todo los recientes, esfuerzos legislativos nacionales e internacionales tendientes a procurar, si no una solución perfecta, muy difícil, si no es que imposible, de lograr en esta materia, al menos un mayor y más justo equilibrio entre ambos intereses.

A nivel interno, dichos esfuerzos legislativos, algunos ya concretados y otros en vías de serlo principalmente en Europa occidental, son, unas veces, consecuencia de las críticas enderezadas sobre todo contra la práctica de la detención preventiva y de las consiguientes exigencias de reformas de la institución, y otras, las más y en mayor medida, resultado del cumplimiento de la ineludible obligación de los Estados de conformar su legislación interna con las reglas establecidas y de acuerdo con los compromisos contraídos en determinados instrumentos internacionales.

En estas condiciones, y con el fin de fijar el marco referencial teórico y legislativo de nuestro estudio, abordaremos inicialmente, si bien de una manera muy sucinta, el examen de la noción que se tiene sobre la detención preventiva, lo cual nos permitirá, al tiempo de proceder a algunas precisiones conceptuales y terminológicas, responder a la pregunta: ¿Qué es y en qué consiste la detención preventiva? Enseguida habremos de referirnos, también muy sumariamente, a la evolución histórica y al objeto de esta medida, así como a sus condiciones y consecuencias, en búsqueda de respuesta a las interrogantes ¿Desde cuándo se aplica esta medida? ¿Cuál es su función? ¿Quién, cómo y bajo qué circunstancias puede recurrir a ella? y, en todo caso ¿Cuáles son sus consecuencias? Terminaremos examinando, esta vez con mayor detenimiento, dadas su gravedad y trascendencia en cuanto a la situación actual que guarda el problema que nos ocupa, el conflicto de intereses subyacente en esta medida, así como las severas críticas y el importante movimiento de reformas que la misma ha suscitado.

1. Consideraciones generales

1.1. *Noción de detención preventiva.* Antes que nada, y a fin de posibilitar algunas especificaciones conceptuales y terminológicas, debemos precisar qué se entiende o, mejor dicho, cuál es la noción que sobre la detención preventiva se ha tenido y se tiene en la actualidad. Naturalmente, desde el punto de vista histórico, doctrinal y legislativo, la detención preventiva ha sido entendida y, por tanto, definida de muy diversas maneras. El concepto sobre esta institución, en consecuencia, ha variado según el sistema procesal, acusatorio, inquisitorio o mixto, imperante en determinadas épocas o en ciertos países, y diferirá de acuerdo con el o los autores que se tomen en cuenta, así como en función de los sistemas legales considerados.

Históricamente, es bien sabido, el sistema acusatorio no concebía el encarcelamiento del inculcado sino hasta después de dictada la sentencia definitiva; en cuanto al sistema inquisitorio, éste reducía el proceso al examen del inculcado; su captura y encarcelamiento eran una operación preliminar e indispensable entre los medios de coerción para descubrir la verdad.

En cuanto a la doctrina, las innumerables definiciones propuestas ha dado lugar, incluso, a su clasificación en diversos grupos,¹ según sea que las mismas sigan o se aparten de alguna corriente doctrinaria o se ajusten o no a la definición propuesta por algún autor en particular. Juzgamos innecesario, por largo y reiterativo, proceder no ya a examinar a fondo, sino simplemente a citar toda la extensa gama de definiciones de la detención preventiva. Únicamente quisiéramos hacer hincapié en que, por un lado, la gran mayoría de tales definiciones sólo son parcialmente explicativas de lo que es y en lo que consiste esta medida² y, por el otro, que todas ellas admiten como indispensable para lograr los fines del proceso, la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional, presencia que, se considera, sólo es factible asegurar mediante la detención preventiva.

Desde el punto de vista legislativo, sea a nivel interno o en el plano internacional, la mayor parte de las legislaciones vigentes hoy día vinculan la detención preventiva al procedimiento de instrucción; y las pocas que se apartan de esta sistemática lo hacen por diversas razones, dogmáticas o de otra índole, de las cuales podemos hacer caso omiso aquí, ya que de ninguna manera afectan el hecho de que la detención preventiva es una medida que implica el encarcelamiento de una persona en tanto se decide sobre el mérito de la acción emprendida en su contra; por regla general, salvo la excepción unánime tratándose de casos de flagrante delito, su imposición está

¹ Zavaleta, Arturo J. *La prisión preventiva y la libertad provisoria*. Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 57.

² Veamos algunos ejemplos: Bernard-Tulkens, Françoise y Bosly, Henri-D., consideran la detención preventiva como el encarcelamiento sufrido por el presunto autor de un delito, antes de que se haya decidido sobre el ilícito. Cfr. *La détention préventive en procédure pénale belge*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", nouvelle série, núm. 1, enero-marzo, París, 1975, p. 80; según Carrara, Francesco, se llama detención preventiva al encarcelamiento de una persona por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de que haya sido condenada. Cfr. *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Trad. y pról. de la 11a. ed. italiana por Sebastián Soler, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, Parte General, vol. II, p. 282; para Castro Ramírez, M., la detención provisional es la privación de la libertad del inculpado durante la instrucción del proceso, antes de sentencia firme. Cfr. *Del arresto provisional o detención*, en "Criminalia", núm. 10, octubre, México, 1953, p. 525; Fenech, Miguel, define la prisión provisional como un acto preventivo que produce una limitación de la libertad personal, en virtud de una decisión judicial que tiene por objeto el internamiento de una persona en un establecimiento creado al efecto, a fin de garantizar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. Cfr. *Derecho procesal penal*, Ed. Labor, Buenos Aires, 1952, 2a. ed., t. II, p. 129; en opinión de Hélie, Faustin, la detención preventiva es, a la vez, medida de seguridad, garantía de ejecución de la pena y medio de instrucción. Cfr. *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, 2e. éd., 1866, vol. IV, p. 616; para Soto Nieto, Francisco, la prisión provisional es una medida preventiva a fin de asegurar la presencia del delincuente durante el proceso y para que, en última instancia, no pueda sustraerse a la ejecución de la sentencia dictada. Cfr. *La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*, en "Revista de Derecho Procesal", año XI, núm. 4, Madrid, 1955, pp. 578-579.

condicionada a la existencia de una orden o mandato judicial y su aplicación, expresamente reconocida como excepcional, queda reservada para los delitos graves.

Ahora bien, de todo lo anterior, y de ninguna manera exentos de incurrir en la misma parcialidad explicativa antes señalada, podemos inferir que la detención preventiva sería: la medida privativa de la libertad, impuesta excepcionalmente al presunto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.

En consecuencia, esta institución prevista y organizada actualmente por la totalidad de las legislaciones del mundo, reviste, en nuestra opinión, cuatro caracteres esenciales a saber: primero, se trata de una medida precautoria privativa de la libertad del individuo; segundo, que debe imponerse sólo de manera excepcional; tercero, en virtud de un mandato judicial, y, cuarto, hasta el momento en que se pronuncia la sentencia definitiva sobre el fondo.

Por otra parte, si etimológicamente detención, en tanto que acción de detener³ evoca la idea de aprisionamiento, y preventiva, tomada no en el sentido de acción encaminada a evitar anticipadamente que un hecho se produzca, sino en su acepción propiamente jurídica y referida a la detención, es decir, la que es aplicable a aquel que debe responder de una acusación formulada en su contra, no vemos, el por qué deba diferenciarse, la detención de la aprehensión o captura de una persona, siendo todos estos términos sinónimos; o bien distinguir entre detención y detención preventiva, llámese a ésta custodia, reclusión o prisión preventiva; o incluso subdividir a esta última en periodos sucesivos.

Tal es el caso, por ejemplo, en México, donde, con base en el artículo 16 de la Constitución, se considera que: "la detención se presenta en tres hipótesis diferenciables... a) detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante; b) detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión)". Y se agrega: "En todo caso la detención, en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión". Sin embargo, al mismo tiempo se reconoce: "la preventiva, no es otra cosa... que prolongación y acentuamiento de la detención". Por nuestra parte, creemos que las tres hipótesis antes señaladas se refieren no tanto a la detención como a la aprehensión. En efecto, el citado artículo 16, entre otras prescripciones, establece, primero, una regla general y, luego, dos excepciones en materia de aprehensión o detención, utilizando aquí, obviamente, este segundo término como sinónimo del primero. Ahora bien, siguiendo no el orden de la Constitu-

³ Ambos términos del latín: el primero de *detentio-onis*: privación de la libertad, arresto provisional; el segundo de *detinere*: detener, poner en prisión. Cfr. *Enciclopedia del Idioma*, por Martín Alonso, Ed. Aguilar, Madrid, 1968, t. II, p. 1528.

ción sino el de las tres hipótesis en cuestión, éstas, repetimos, se refieren concretamente al acto de la mera aprehensión; la primera, porque dicho artículo 16, al referirse a la excepción en los casos de flagrante delito, señala expresamente que "cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata..."; la segunda, puesto que el mismo artículo 16 al disponer que "Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial", utiliza, como aparecerá más claro en la tercera hipótesis, detención como sinónimo de aprehensión y, al mismo tiempo ordena, como para la primera hipótesis, que la puesta del inculcado a disposición de la autoridad judicial sea inmediata, es decir, tan pronto como la aprehensión ocurra. Confirman lo anterior, la fracción XVIII del artículo 107 de la propia Constitución, al disponer que "También será consignado a la autoridad o agente de ella, al que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de un juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregará el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención", así como el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual señala que "...existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia"; la tercera, en virtud de que el multicitado artículo 16, al sentar la regla general de que "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por la autoridad judicial..." está, como ya lo apuntamos, empleando el término detención como sinónimo de aprehensión, ya que para referirse a la detención preventiva propiamente dicha lo hace, en su artículo 18, bajo la denominación de "prisión preventiva". Por otra parte, se sostiene que ésta "comprende dos periodos, a saber: 1) aquel que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos; y, 2) el que comienza a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate". Sin embargo, al mismo tiempo y en forma por demás confusa, se hacen las afirmaciones siguientes: "La aprehensión o detención de una persona es el acto que origina la privación de su libertad. Esta privación se manifies-

ta en un estado o situación que se *prolonga*... durante el proceso penal propiamente dicho..." y "*se traduce* en la prisión preventiva, la cual obedece... a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido o aprehendido quede a disposición de la autoridad judicial, por una parte, o al auto de formal prisión que, como requisito *sine qua non* de todo juicio penal, establece el artículo 19 constitucional, por la otra". De la misma forma se agrega que "Aunque es este proveído el que estrictamente implica el comienzo de la prisión preventiva, ésta *en realidad se inicia* desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del juez"; y se termina recalcando "En síntesis, la prisión preventiva, en sus dos periodos indicados, se manifiesta en la privación de libertad que sufre el sujeto desde que es aprehendido por mandato del juez o puesto a disposición de éste, hasta que recae sentencia ejecutoria en el proceso respectivo". En nuestra opinión, la detención preventiva se inicia a partir del momento en que una persona es aprehendida en cualquiera de las tres hipótesis contempladas por el artículo 16 de la Constitución. En apoyo de lo anterior baste hacer notar que la Constitución, en su artículo 20, fracción x, *in fine*, ordena categóricamente que "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención", y, por un lado, ya hemos visto que la Constitución emplea detención como sinónimo de aprehensión y, por el otro, se admite que tal prescripción debe interpretarse en sentido amplio, o sea, que en tal computación debe quedar comprendido el tiempo transcurrido en detención, *stricto sensu*, y en prisión preventiva. De todas formas, de aceptarse una subdivisión por lo demás innecesaria, dados los términos contundentes de la Constitución en materia de imputación, la detención preventiva comprendería tres y no dos periodos como se afirma. Es decir, el primero que empezaría con la aprehensión, en cualquiera de las tres hipótesis indicadas, hasta la puesta de la persona aprehendida a disposición de la autoridad judicial; el segundo correría a partir del momento en que la autoridad judicial tiene a su disposición a la persona aprehendida, hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos; y, el tercero, que iría desde que se dicta el auto de formal prisión, hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Por otra parte, aceptando la subdivisión de la detención preventiva en dos periodos, y haciendo partir el primero desde el momento en que la persona queda bajo la autoridad judicial, lo cual no tendría ninguna repercusión en los casos de flagrante delito y urgentes, ya que la puesta del inculcado a disposición de la autoridad judicial debe ser, según sea el caso, sin demora e inmediatamente, es decir, sin sujeción a ningún término, en el caso de la aprehensión por el Ministerio Público, o sea por la policía judicial, se dejaría fuera de la imputación de la pena el tiempo transcurrido desde la aprehensión del inculcado por estas autoridades, hasta su consignación al juez, en franca contradic-

ción con la propia Constitución. En fin, del hecho mismo de que la Constitución, en su artículo 19, primer párrafo, disponga que "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión . . .", aparece claro también lo siguiente: primero, que en este caso concreto se está dando al término detención la dimensión y la significación mismas de la detención preventiva, ya que para que una detención que exceda de tres días pueda, según reza la Constitución, "justificarse", es decir, confirmarse o convalidarse y, por ende, no concluir, sino mantenerse o prolongarse, se requiere la existencia del citado auto de formal prisión; y, segundo, que en tal virtud resulta erróneo diferenciar detención de prisión preventiva ya que, desígnese como se quiera a la detención posterior a tal auto, el hecho es que de todas formas dicha medida significa, antes y después del auto, una sola y misma cosa, o sea, la privación de libertad del presunto responsable.⁴

A semejante confusión han contribuido, desde luego, la gran variedad de términos utilizados muchas veces en forma anárquica e indiscriminada tanto por la literatura especializada como por la legislación, sea ésta nacional o internacional, para referirse con diversos nombres a una sola y misma institución, es decir, a la detención preventiva.⁵

Pudiera parecer superfluo o irrelevante proceder a tal precisión terminológica. Sin embargo, no es así si se toma en cuenta que la determinación del inicio, duración y terminación de la detención preventiva son de fundamental importancia para, entre otras cosas, la imputación de la pena o la fijación de la indemnización por detención excesiva, según sea el caso.

Ahora bien, al igual que la noción de detención preventiva, la reglamentación sobre esta medida ha variado y evolucionado según la época y el país de que se trate, así como conforme a las preocupaciones o tendencias imperantes en el momento de la elaboración de las disposiciones pertinentes, como veremos enseguida.

1.2. *Evolución histórica.* En Grecia, donde desde el punto de vista jurídico se identificaba a la persona con el cuerpo, y la libertad era concebida esencialmente como la libertad corporal, la justicia penal, administrada de manera arbitraria por los *éforos*, que fungían al mismo tiempo como acusadores y jueces en todos los asuntos penales, nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por pe-

⁴ Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa, 6a. ed., México, 1970, p. 617; García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*. UNAM, México, 1967, pp. 20 y ss.; ídem, *Derecho procesal penal*. Ed. Porrúa, México, 1974, p. 400.

⁵ A la cual se designa indistintamente como detención, prisión, retención, reclusión, arresto, custodia o encarcelación, y se le considera o califica como preventiva, provisional, preliminar, prejudicial, procesal, etc.

nas pecuniarias. Por tanto puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación.⁶

Fue en Roma,⁷ no obstante la aplicación limitadísima que en general, se hizo de ella, donde esta institución habría de cobrar los rasgos característicos que aún hoy día, en mayor o menor grado, se reflejan en las legislaciones adjetivas de nuestra época.

En efecto, en los primeros tiempos del derecho romano, o sea durante el periodo monárquico que va del siglo VIII hasta el siglo V, a. de J.C., así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados podían a su discreción imponer esta medida como medio de coerción; recordemos que originariamente la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, y llegó a constituir un poder arbitrario e ilimitado; sin embargo el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las *Leges Porciae*, a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.

Durante la República, siglo V hasta el año 134, a. de J.C. y más precisamente bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V, aún cuando el rigor del derecho, ya para entonces laicizado, impusiese la detención del inculpado, por lo general se prescindía de su encarcelamiento, confiando su custodia, algunas veces, a los particulares (*custodia libera*), si bien, en la mayoría de los casos, el encausado quedaba en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos respondiesen por él como fiadores (*vades publici*). Ya a partir de las *Leges Iuliae de vi publica et privata*, año 17, a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos, por prescripción legal, de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el hecho de que el sistema acusatorio, entonces imperante, otorgaba, conforme a la citada Ley de las Doce Tablas, plena igualdad al acusado y al acusador, debiendo ambos, a fin de no quebrantar tal principio de igualdad, permanecer en completa libertad, situación que, en el sistema de *judicia publica*, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo, era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión.

En época del Imperio, si bien la ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, esta medida revistió las modalidades siguientes: *in carcerum*, reservada a los más graves crímenes, la cual debía cum-

⁶ Ellul, Jacques, *Historia de las instituciones de la Antigüedad*. Trad. y notas por Francisco Tomás y Valiente. Ed. Aguilar, Madrid, 1970, pp. 85 y 109-110.

⁷ De Luca, Giuseppe, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*. CEDAM, Padova, 1953, p. 11; Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*. Trad. del alemán por P. Dorado, La España Moderna, Madrid, s.f., t. I, pp. 327 y ss. y t. II, pp. 141 y ss.; Zavaleta, A. J., *op. cit.*, pp. 12 y ss.

plirse en una cárcel pública: *milite traditio*, que confiaba la custodia del inculpado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél; y, *custodia libera*, la cual, ya utilizada en tiempos de la República, ponía al inculpado bajo la guarda de un particular. La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar quedaba a la discreción del magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado. Salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculpado sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad. Los últimos tiempos del Imperio vieron surgir un cambio radical en la materia; admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aun en el caso de delitos graves, las simples presunciones no bastaban para reducir a prisión al imputado, era imprescindible contar con evidencias concretas; igualmente, se procuró reducir la duración de la detención preventiva; la libertad provisional era de derecho, salvo en caso de flagrante delito o de crímenes que hubiesen sido confesados; se protegía al inculpado contra detenciones ilegales a través de la *Lex Favia de Plagiarus* y de la *Liberalis Causa*, esta última, verdadera acción de recuperación de la libertad que el afectado podía hacer valer mediante un *assertor libertatis*.

En el antiguo derecho español,⁸ con su enorme herencia romana, la detención tuvo escasa importancia como medio procesal, ya que las Partidas (Partida 7, título 29, leyes 1a., 2a. y 4a.), señalaban que la detención preventiva debía aplicarse sólo a los acusados de delitos graves, sin que, para que pudiesen continuar en libertad, se les aceptasen fiadores, por el temor a su fuga u ocultamiento. Sin embargo, la detención no se imponía como castigo de los delitos sino para guardar a los imputados hasta que fuesen juzgados; cualquier persona podía detener sin mandamiento judicial a los autores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiere a una persona sin derecho o la mantuviera presa por más de veinte horas, considerándose al autor de dicha detención como responsable de plagio.

En la Edad Media,⁹ se utilizaron dos sistemas para el enjuiciamiento de los inculpados; uno, la *accusatio*, proveniente directamente, del derecho romano, y, el otro, la *inquisitio*, resultado de la interpretación de ciertas partes del derecho romano, adaptadas a las necesidades de la época. El primero, es decir

⁸ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*. Ed. Nacional, México, 1951, 9a. ed., t. I, pp. 104 y ss.; García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, t. II: *Antología de fuentes del antiguo derecho*. Madrid, 1971, 4a. ed. rev., pp. 151 y ss.

⁹ Ullmann, W. *Algunos principios del proceso criminal medieval*. Trad. por Javier Magalón Barceló, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", t. X, núms. 39-40, julio-diciembre, México, 1948, pp. 33 y ss.

el acusatorio, constituyó hasta finales del siglo XIV el *remedium ordinarium* de enjuiciamiento, y en él los derechos del imputado estaban más o menos protegidos en virtud, tanto del origen romano de su regulación, como de los principios mismos que sustentaban este tipo de procedimiento. Recordemos que, conforme al derecho romano, el acusador debía suscribir el castigo demandado para el acusado, a más de que, si éste se encontraba bajo custodia, aquél debía compartir la privación de la libertad, principios admitidos también en ese periodo de la Edad Media, no sin ciertas reticencias por parte de la doctrina, que trató de suavizar la rigidez inherente a este sistema. En cuanto al segundo, o sea la *inquisitio* o indagación, se le consideraba como un *remedium extraordinarium*, en otras palabras, se le aceptaba como un mal repugnante pero necesario; en las causas instruidas conforme a este sistema, los derechos del encausado sólo eran objeto de una vaga formulación.

A principios del siglo XIV, los fines del procedimiento inquisitorio se reducían a dos: primero, establecer la naturaleza y gravedad del delito y, segundo, descubrir y aprehender al sospechoso de haberlo cometido. Sin embargo, las interpretaciones abusivas tanto del sistema acusatorio como de las funciones del juez, abusos explicables y hasta comprensibles si se toma en cuenta, por un lado, el concepto medieval del delito en tanto que mal público, y, por el otro, el hecho de que la justicia penal se iba encaminando progresivamente a hacer frente a las exigencias de una mayor seguridad, fijándose como principal meta el que ningún delito quedara impune, condujeron al abandono casi total del sistema acusatorio, del cual, ya en el siglo XV, pero especialmente en el siglo XVI, no quedaba sino el nombre, en tanto que el sistema inquisitorio pasaba a ocupar un primer plano, reemplazando al acusatorio en tanto que *remedium ordinarium*.

Así, durante el medievo, la detención pierde su carácter excepcional ya que, en consonancia con el sistema inquisitorio, la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle una confesión.¹⁰ En este sentido Esmein¹¹ pudo afirmar que en Francia¹² y los demás países que la circundan, se desarrolló el mismo sistema de proceso penal inquisitorio, entre cuyos rasgos característicos encontramos la tortura y el secreto del procedimiento.

¹⁰ Pisapia, Gian Domenico, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, en "Rivista di Diritto Processuale", Año XX, núm. 1, enero-marzo, Padova, 1965, p. 74.

¹¹ Esmein, A. *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, pp. 55 y ss.

¹² Donde la antigua teoría procesal, representada principalmente por el *Livre de Justice et de Plet*, había hecho de la detención preventiva la regla y de la libertad la excepción. Cfr. *ibidem*, p. 55.

Con algunas excepciones,¹³ las prácticas penales continuaron siendo bárbaras y crueles hasta finales del siglo XVIII, bajo el pretexto de una prevención que se realizaba por medio de la intimidación y del castigo ejemplar.¹⁴ Un cambio substancial en la materia objeto de nuestro estudio no habría de sobrevenir, en algunos países, sino hacia fines del citado siglo XVIII, y, en otros, hasta principios del XIX.¹⁵ Veamos, por lo menos, algunos ejemplos de la evolución liberal experimentada por el régimen de la detención preventiva desde tales fechas, hasta antes de su reglamentación constitucional y ordinaria actual, ya que a ésta nos referiremos con posterioridad.

En Francia,¹⁶ desde el punto de vista de los textos constitucionales, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 preveía que la detención no tendría lugar sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas (artículo 7); la Constitución de 1791, a la cual se integró la anterior Declaración; precisaba además los mandamientos de detención (artículo 10); la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1793, parte principal de la primera Constitución republicana francesa, elaborada y aprobada en la época jacobina por la Convención, la cual nunca entró en vigor, a más de reproducir en idénticos términos, en su artículo 10, la regla establecida por el artículo 7 de la Declaración de 1789, reconocía el derecho a repeler, incluso por la fuerza, toda detención fuera de los casos y sin las formas previstas por la ley (artículo 11); la Constitución del Año III, disponía que los mandamientos de detención debían expresar los motivos de ésta y la ley en la cual se fundaban; tales menciones debían figurar también en la copia destinada al interesado (artículo 223); la Constitución del Año VIII recogió estas reglas, precisando que las órdenes de detención no podrían ser expedidas sino por las autoridades expresamente facultadas para ello por la ley (artículo 77); las Cartas de 1814 y 1830 man-

¹³ Como las de España e Inglaterra: La primera con su derecho cartulario, sus procesos forales, la figura del Justicia Mayor del Reino de Aragón, etc.; la segunda, con sus célebres documentos como la *Magna Charta*, la *Petition of Rights*, la *Habeas Corpus Act*, etc.

¹⁴ Rotman, Edgardo, *L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale*, en "Aspects nouveaux de la pensée juridique", *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II: *Etudes de science pénale et de politique criminelle*. Ed. A. Pedone, París, 1975, cfr. p. 164.

¹⁵ Ancel, Marc, en su introducción comparativa a la obra *Les codes pénaux européens*, publicada por el Centre Français de Droit Comparé, París, 1958, t. I, pp. xxv y ss.

¹⁶ Aydalot, Maurice, *La liberté et la détention provisoires dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, en "Aspects nouveaux...", etc., cit., pp. 273-276; *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, t. II, "Détention préventive", núm. 8, París, 1968, 2e. éd.; Rivero, Jean, *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme en droit français*, en "Revue internationale de droit comparé", 29e Année, núm. 1, enero-marzo, París, 1977, pp. 9 y ss.; Savey-Casard, Paul, *Les dispositions concernant le droit pénal dans les Constitutions françaises de 1789 à 1958*, en "Aspects nouveaux...", etc., cit., pp. 355 y ss. Para los textos de las Constituciones citadas, Cfr. Duverger, Maurice. *Constitutions et documents politiques*, Presses Universitaires de France, París, 1968.

tuvieron intacta la regla esencial formulada por el artículo 7 de la Declaración de 1789 la Constitución de 1848 en forma más escueta, señalaba que nadie podía ser detenido sino según las prescripciones de la ley (artículo 2); el proyecto de Declaración de 1946, regresó, en su artículo 9, a la regla esencial del artículo 7 de la Declaración de 1789.

Algunas de las constituciones a que hemos hecho referencia, prohibían expresamente todo rigor innecesario en la detención de una persona (artículo 9 de la Declaración de 1789; artículo 13 de la Declaración de 1793; artículo 232 de la Constitución del Año III; artículo 82 de la Constitución del Año VIII; y, artículo 9 del proyecto de Declaración de 1946).

Otras, organizaron un cierto control de la legalidad de la detención (Constitución de 1791, artículo 11; Constitución del Año III, artículos 224 y 225; en los textos posteriores, excepción hecha del proyecto de Declaración de 1946, artículo 9, no encontramos reglas al respecto, dado que la tarea de fijar las garantías correspondientes fue confiada a las leyes penales ordinarias.

En cuanto al deseo de limitar la duración de la detención preventiva, también hubo algunas manifestaciones, aun cuando más bien tímidas, en algunos de los textos fundamentales que examinamos (Constitución de 1791, artículo 12; Constitución del Año III, artículo 226; proyecto de Constitución de 1793, artículo 6; el Senadoconsulto del 16 thermidor Año X, artículo 55, y el del 28 floreal Año XII, artículo 4, permitían a las personas detenidas cuyo proceso no se iniciara diez días después de su detención, recurrir a la Comisión senatorial de la libertad individual a fin de obtener su puesta en libertad; aquí también, con excepción del proyecto de Declaración de 1946, artículo 9, párrafo 2, las constituciones posteriores nada dispusieron respecto a la duración de la detención preventiva, ya que confiaron su reglamentación a las leyes ordinarias).

Diversas constituciones consideraron necesaria, e incluso obligatoria, la intervención de un defensor en materia penal (Constitución de 1791, artículo 9; proyecto de Constitución de 1793, artículo 96; y, Constitución del Año III, artículo 252).

Finalmente, la presunción de inocencia la encontramos consignada también en varios textos (Declaración de 1789, artículo 9; Declaración de 1793, artículo 13; y, proyecto de Declaración de 1946, artículo 10).

Por lo que toca a la legislación ordinaria, no obstante las ideas plasmadas en las Declaraciones de 1789 y 1793 respecto a la detención preventiva, el Código de Instrucción Penal de 1808, inspirador en gran medida de una muy persistente jurisprudencia, consagró un sistema en el cual esta institución aparecía como un estado de derecho cuya apreciación y oportunidad quedaban a la discreción del juez de instrucción. La libertad provisional no era

posible sino en materia correccional, reservada a los delincuentes primarios e incluso subordinada al pago de una caución.

La Ley del 14 de julio de 1865 introdujo dos innovaciones en materia de libertad provisional, a saber: primero, la libertad provisional era de derecho cinco días después del primer interrogatorio, siempre y cuando la pena señalada al delito imputado fuera inferior a dos años de prisión, y a condición de que el inculcado tuviese un domicilio cierto o no hubiere sido condenado anteriormente a más de un año de prisión; segundo, el inculcado tenía el derecho, en todo caso y en cualquier momento, de solicitar su puesta en libertad provisional, la cual podía ser otorgada por el juez aun sin subordinarla a una caución.

La Ley del 7 de febrero de 1933, vino a restringir muy estrictamente la detención preventiva. En efecto, esta ley impuso al juez de instrucción la obligación de renovar cada quince días todos aquellos mandamientos que implicasen detención. A pesar del intento de suavizar este mecanismo mediante la Ley del 25 de marzo de 1935, el pesado sistema ideado fracasó, restableciéndose, mediante el Decreto-ley del 18 de noviembre de 1939, el sistema anterior, o sea, el de la ley de 1865. Esta situación habría de prevalecer hasta el advenimiento del Código de Procedimientos Penales de 1957.

Este Código vino a aportar dos innovaciones fundamentales: por un lado, en su artículo 137 afirmó solemnemente el carácter excepcional de la detención preventiva; por el otro, esta medida no podía exceder de cuatro meses, salvo que fuese prolongada mediante una ordenanza especialmente motivada tomando en cuenta los elementos del procedimiento.

Ahora bien, independientemente de que el artículo 138 limitaba a cinco días la detención preventiva en los casos de ciertos delitos y bajo ciertas condiciones que el inculcado debía satisfacer, y de que el artículo 274 fijaba también ciertas taxativas para poder imponer esta medida, lo cierto es que ninguna disposición precisaba concretamente los elementos, constitutivos de esta "excepción" que debía ser la detención preventiva, ni ninguna otra obligaba al juez de instrucción a motivar la decisión "excepcional" mediante la cual decretaba la encarcelación del inculcado. Aun cuando la obligación legal de motivar ciertas decisiones existía, tal motivación especial era requerida más bien cuando se trataba de decidir sobre las solicitudes de puesta en libertad o en relación a la prolongación de la detención.

Esta situación, a más de representar una grave laguna que no permitía ningún progreso en esta materia, continuó propiciando una práctica constante y no siempre desprovista de arbitrariedad en el empleo de la detención preventiva. En efecto, las jurisdicciones de instrucción tenían la más completa libertad de apreciación para prescribir, mantener o prolongar la detención; con mucha frecuencia se concretaban al empleo de cláusulas de estilo, a sa-

biendas de que la ausencia o insuficiencia de motivación no habría de ser supervisada. Las atribuciones de la Corte de Casación en materia de detención preventiva eran muy limitadas pues se reducían a la verificación de la competencia de la sala de acusación, de la regularidad de sus acuerdos y de la legalidad de la persecución.

Por lo tanto, en la práctica no existía ningún criterio legal ni de la detención preventiva ni de la libertad provisional. Serían precisamente tales lagunas legislativas y las graves cuestiones de orden práctico objeto de las más acérrimas críticas las que habrían de conducir, primero, a la expedición de las Ordenanzas del 13 de febrero y 4 de junio de 1960, pero, sobre todo, a la importante e indispensable reforma de 1970.

En España,¹⁷ la Constitución de 1812 (artículos 287, 290 y 293), y la Constitución de 1876 (artículos 4 y 5) limitaban la detención preventiva, la primera, a los casos de delitos sancionados por la ley con pena corporal, y, la segunda, a los casos y en la forma prescritos por la ley; ambas la condicionaron a la expedición de un mandamiento escrito por parte de la autoridad judicial, el cual, según la primera, debía notificarse al inculcado en el acto mismo de la detención; las dos señalaban como plazo para poner al imputado en libertad o a disposición del juez competente, las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención; la primera requería un auto motivado en caso de confirmación de la detención, y, la segunda, fijaba un término de setenta y dos horas para decidir, sea la puesta en libertad del detenido, sea la confirmación de su detención, plazo dentro del cual, debía notificarse al interesado la decisión respectiva; también prescribía la segunda, que toda persona detenida sin las formalidades legales o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, debería ser puesta en libertad a petición suya o de cualquiera otra persona, dejando a la ley el cuidado de determinar el procedimiento sumario correspondiente.

Por último, en cuanto a México, antes de referirnos a la legislación expedida después de su independencia de España hasta antes de la vigente Constitución de 1917, veamos rápidamente cuál fue la situación que prevaleció en el derecho prehispánico y en la práctica de la época colonial.

En el derecho mexicano prehispánico,¹⁸ sobre el cual la información en muchos aspectos es incompleta y oscura, se recluía en la cárcel a los incul-

¹⁷ Tierno Galván, Enrique, *Leyes políticas españolas fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1968.

¹⁸ Flores García, Fernando, *La administración de Justicia en los pueblos aborígenes de Anáhuac*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", UNAM, t. xv, núm. 57; enero-marzo, 1965, pp. 86, 115 y 120-123; Kohler, J. *El derecho de los aztecas*. Trad. del alemán por Carlos Rovalo y Fernández, en "Revista de Derecho Notarial Mexicano", vol. III, núm. 9, diciembre 1959, pp. 67 y 83-88; Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho precolonial*. Ed. Porrúa, México, 1937, Cfr. pp. 54 y ss.; Quiroz Cuarón, Alfonso, *El régimen penitenciario de las entidades federativas*, en "Criminalia", año xxxix, núm. 12, México, 1963, pp. 898 y ss.

padados, como se sometía a prisión a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra, si bien la prisión nunca se imponía como castigo.

Entre los aztecas, cuyo derecho se conoce con mayor detalle, las prisiones, obscuras, estrechas, con pésima alimentación, en una palabra, de la más miserable condición, se llamaban *quauhcalli*, la destinada a los presuntos responsables de delitos graves, *petlalcal-li*, la reservada a los inculpadados de infracciones leves, y *teilpiloyan*, donde eran reclusos los acusados de deudas. La detención de los nobles se cumplía en su domicilio; la persecución de ciertos delitos se llevaba a cabo de oficio, es decir, aunque no mediara acusación, pues bastaba el simple rumor público para proceder a la indagación; eran los *calpulelque* los encargados de arrestar a los delincuentes; los delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, las cuales podían consistir en el testimonio, la confesión o los indicios, a través de los cuales se buscaba establecer la verdad; únicamente en el caso de adulterio podía recurrirse a la tortura para obtener la confesión del inculpadado y ello, solamente, si existían graves sospechas; en el proceso penal azteca, las partes podían hacer su propia defensa, si bien se ha afirmado que, de acuerdo con el *Código Matritense* y según las narraciones de algunos historiadores, podían ser auxiliados por patronos (*tepanltatoani*) o por representantes (*tlanemiliani*); cada ochenta días, todos los jueces del reino, bajo la presidencia del monarca, se reunían en audiencia suprema (*nappoal-latol-li*) o tribunal de los ochenta días, el cual debía decidir especialmente sobre los delitos graves durante cada sesión que se prolongaba de diez a doce días.

Entre los texcocanos, cuyo procedimiento penal presenta notables semejanzas con el del pueblo azteca, había jueces ordinarios dotados con poderes restringidos pero que, sin embargo, podían detener preventivamente a los delincuentes debiendo informar de ello a los jueces superiores, o bien, turnarles los asuntos para su decisión en el *nappoal-latol-li*.

En Michoacán, entre los tarascos, tal parece que el encarcelamiento preventivo era más frecuente que en otras partes; los jueces locales practicaban la investigación de los delitos; existía un tribunal penal supremo (*petamuti*); sin embargo, los casos más graves eran turnados al rey para su decisión (*cazonzi*).

Durante el período colonial español, al decir de fray Gerónimo de Mendieta,¹⁹ la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte; para los demás detenidos era innecesaria ya que en tal época "huir y no parecer, era imposible debajo del cielo", es decir, era absolutamente imposible sustraerse a la acción de la justicia.

¹⁹ Citado por Mendieta y Núñez, L., *op. cit.*, p. 58, y por Quiroz Cuarón, A., *op. cit.*, p. 900

En cuanto a los numerosos textos constitucionales elaborados y vigentes en México, desde los primeros años de iniciado el movimiento independentista, hasta antes de la promulgación de la actual Constitución de 1917,²⁰ la casi totalidad de aquellos que entre sus disposiciones contenían algunas referentes a las condiciones de procedencia de la detención preventiva, limitaron la aplicación de esta medida a los casos de delitos sancionados con pena corporal (Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, artículos 72 y 74; Leyes Constitucionales de 1836, ley quinta, artículos 43-I y 46; Bases Orgánicas de 1843, artículo 9-IX; Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículo 50; y Constitución de 1857, artículo 18). La única excepción estuvo representada por el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, cuyo artículo 60 se refería en general al caso de comisión de un delito, sin hacer diferenciación de ninguna especie.

Respecto de otras condiciones de fondo y forma que el juez debería tomar en consideración u observar para decretar o no la detención preventiva, se señalaban entre las primeras, la gravedad y trascendencia del delito, la existencia de índices suficientes de culpabilidad y el peligro de fuga; entre las segundas, se requería la existencia de mandato escrito y motivado de autoridad competente, que debía notificarse al inculpado (Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, artículo 73; Constitución de 1824, artículo 150; Leyes Constitucionales de 1836, leyes primera, artículo 2-I y quinta, artículos 41 y 43-II; Bases Orgánicas de 1843, artículo 9-V y VI; y Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículos 40 y 44).

El derecho a la libertad provisional, bajo fianza, se preveía para los casos de delitos no sancionados con pena corporal (Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1823, artículo 74; Bases Orgánicas de 1843, artículo 9-IX; Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículo 50; y Constitución de 1857, artículo 18).

La presunción de inocencia fue consignada en un solo documento (Decreto Constitucional de 1814, artículo 30).

Diversos derechos de defensa asistían al encausado, particularmente: conocer la causa del procedimiento, el nombre del acusador, los documentos y demás datos en su contra; debía permitírsele el careo con los testigos y oírsele en defensa por sí o mediante defensor (Leyes Constitucionales de 1836, ley quinta, artículos 47 y 48; Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículos 44 y 52; Constitución de 1857, artículo 20-I a V; y Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865, artículo 65).

Por último, se prohibía cualquier clase de tormento y la obtención de confesiones mediante coacción o violencia. (Reglamento Provisional Político del

²⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1975*. Ed. Porrúa, México, 1975.

Imperio Mexicano de 1823, artículo 76; Constitución de 1824, artículo 149; Leyes Constitucionales de 1836, ley quinta, artículo 48; Bases Orgánicas de 1843, artículo 9-x; Estatuto Orgánico Provisional de 1856, artículo 54; y, Constitución de 1857, artículos 19 y 22).

Por lo que hace a la legislación ordinaria, simplemente quisiéramos hacer notar que la Constitución de 1857, aparte de vincular la detención preventiva a la pena corporal, no estableció ninguno de los requisitos para dictar un mandamiento de detención; tal fijación fue confiada a las leyes ordinarias. En tal virtud, el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880 disponía que nadie podía ser detenido sino por la autoridad competente y en virtud de una orden escrita dictada por ella (artículo 245); igualmente, enumeraba las autoridades competentes para realizar las aprehensiones y para librar las órdenes de detención (artículo 246). Los códigos procesales que lo sucedieron (1894-1908), establecían idénticos requisitos.

De las diversas definiciones propuestas sobre la detención preventiva, así como de las breves referencias históricas que preceden, podemos constatar, primero, que ni la noción que sobre esta institución se tiene es uniforme, y segundo, que la evolución de esta medida no siempre ha sido progresiva sino, más bien, su desarrollo ha seguido un movimiento pendular, cuando no francamente regresivo. De ahí que la función asignada a esta medida haya sido entendida de manera distinta tanto por la doctrina como a través del tiempo. De tal función, o mejor dicho, del o de los propósitos u objetivos que el procedimiento penal ha perseguido a través de la detención preventiva, habremos de ocuparnos a continuación.

1.3. *Objeto*. En efecto, como ha sido señalado con toda justeza,²¹ la razón de que, a pesar de los numerosos intentos, no se haya logrado dar una definición plenamente satisfactoria de la detención preventiva, radica justamente en la dificultad de poder determinar con toda precisión el objeto o la finalidad de esta medida. Éste, se agrega,²² ha sido y sigue siendo el nudo gordiano, el *quid* de la cuestión. De ahí que ya desde finales del siglo pasado se había hecho evidente que “acerca de la prisión preventiva la ciencia no ha dicho aún la última palabra”.²³ Esta observación, creemos, continúa siendo válida.

Ahora bien, si, como veremos más detenidamente al referirnos al conflicto de intereses que esta institución suscita, la detención preventiva parece no tener ninguna otra justificación teórica, ni más razón de ser, como no sea la de constituir una medida precautoria absolutamente indispensable para lograr algunos de los fines inherentes al proceso penal, veamos entonces cuáles son, según la doctrina, esos fines.

²¹ Zavaleta, A. J., *op. cit.*, pp. 57-58.

²² *Idem.*

²³ Manduca, Filippo, *El procedimiento penal y su desarrollo científico*. Trad. por Angel Pintos y Pintos, La España Moderna, Madrid, s.f., pp. 292 y ss.

Desde su implantación hasta nuestros días, los objetivos que se persiguen a través de la imposición de la detención preventiva o, si se quiere, las funciones asignadas a esta institución han sido variables y múltiples. Variables, porque originariamente representaba una garantía de la ejecución de la pena, puesto que impedía al inculcado sustraerse a ella por la fuga, y constituía una sanción aflictiva con carácter de ejecución anticipada de la pena o con fines de ejemplaridad; más tarde, una vez superada la confusión entre la prisión como consecuencia de la sentencia penal, y la detención preventiva, en tanto que medida cautelar que no prejuzga sobre la culpabilidad del imputado, las funciones de esta institución se han vinculado, por parte de la doctrina, con algunos de los anteriores; pero también con diversos otros imperativos. Múltiples, porque entre la diversidad de imperativos o finalidades, se incluyen tanto propósitos generales, como numerosos fines específicos, los cuales podríamos enumerar y clasificar de la manera siguiente:

1. *Propósitos generales.*

A. *Indirectos*

- a) Garantizar una buena y pronta administración de justicia;²⁴
- b) Garantizar el orden público, restableciendo la tranquilidad social perturbada por el hecho delictivo;²⁵
- c) Garantizar el interés social en la investigación de los delitos, y²⁶
- d) Garantizar la seguridad de terceras personas y de las cosas.²⁷

B. *Directos*

- a) Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso concreto de su violación;²⁸

²⁴ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 85; Chavanne, Albert, *La protection de la personne dans le procès pénal en droit français*. Rapport, XIVes Journées de Défense Sociale (Fribourg, 28 y 29 de octubre de 1966), en Suplemento a la "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", núm. 3, julio-septiembre, París, 1967, pp. 13 y ss.; González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal mexicano*. Ed. Porrúa, 4a. ed., México, 1967, p. 299.

²⁵ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*. Ed. Porrúa, 2a. ed., México, 1970, p. 174; Luzardo Padrón, Tulio Enrique, *La detención preventiva*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Universidad del Zulia, Año x, núm. 28, enero-abril, Maracaibo, Venezuela, 1970, pp. 84 y 87.

²⁶ González Bustamante, J. J., *op. cit.*, p. 179.

²⁷ Carrara, F., *op. cit.*, pp. 285-286; Chavanne, A., *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 85; Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 525; Clerc, François, *La détention préventive en Suisse*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", nouvelle série, núm. 1, enero-marzo, París, 1975, p. 68; González Bustamante, J. J., *op. cit.*, pp. 109-110; Hélie, F., *op. cit.*, p. 616; Luzardo Padrón, T. E., *op. cit.*, p. 84.

b) Asegurar el éxito de la instrucción preparatoria, así como el desarrollo normal del proceso,²⁹ y

c) Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas, que no deben verse entorpecidas por el inculpado.³⁰

2. Fines específicos.

A. Asegurar la presencia del imputado, durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo;³¹

B. Garantizar la eventual ejecución de la pena;³²

C. Posibilitar al inculpado el ejercicio de sus derechos de defensa;³³

D. Evitar su fuga u ocultamiento;³⁴

E. Evitar la destrucción o desaparición de pruebas tales como huellas, instrumentos, producto o cuerpo del delito;³⁵

F. Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculpado,³⁶ y

G. Impedir al inculpado sobornar, influenciar o intimidar a los testigos o bien coludirse con sus cómplices.³⁷

Debemos señalar, desde luego, que, entre tales propósitos y finalidades, su número y su respectivo orden de prioridad e importancia variarán o coincidirán según la corriente doctrinal, o el autor de que se trate. Naturalmente, las diferentes posiciones adoptadas al respecto no han estado exentas de críticas; y hay quienes incluso consideran que la casi totalidad de dichos fines y propósitos son totalmente ajenos a la detención preventiva.³⁸ En cambio,

²⁹ Clerc, F., *op. cit.*, p. 68; García Ramírez, S. *El artículo 18...*, cit., p. 22; Vidal, Georges, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*. Lib. Arthur Rousseau, Paris, 1921, 6a. ed., pp. 957 y ss.

³⁰ Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 525; Colín Sánchez, G., *op. cit.*, p. 73; Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal*. Trad. del italiano por L. Prieto Castro. Ed. Bosch, Barcelona, s.f., pp. 140-141; García Ramírez, S. *El artículo 18...*, cit., pp. 22 y ss.; Luzardo Padrón, T. E., *op. cit.*, pp. 91-92; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 74; Vidal, G., *op. cit.*, pp. 957-958; Zavaleta, A.J., *op. cit.*, p. 81.

³¹ Hélie, F., *op. cit.*, p. 616; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 74; Zavaleta, A. J., *op. cit.*, p. 81.

³² Clerc, F., *op. cit.*, p. 68; Colín Sánchez, G., *op. cit.*, p. 174; González Bustamante, J.J., *op. cit.*, pp. 109-110.

³³ Carrara, F., *op. cit.*, pp. 285-286; Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 525; Chavanne, A., *op. cit.*, p. 13; García Ramírez, S. *El artículo 18...*, cit., p. 22; González Bustamante, J. J., *op. cit.*, pp. 109-110; Vidal, G., *op. cit.*, pp. 557-558.

³⁴ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 85; Carrara, F., *op. cit.*, pp. 285-286; Colín Sánchez, G., *op. cit.*, p. 174; Florian, E., *op. cit.*, pp. 140-141; García Ramírez, S. *El artículo 18...*, cit., p. 22.

³⁵ Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 525.

³⁶ Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 74.

³⁷ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 85; Carrara, F., *op. cit.*, pp. 285-286; Vidal, G., *op. cit.*, pp. 957-958.

³⁸ Zavaleta, A.J., *op. cit.*, pp. 129-130.

donde el acuerdo es general es en considerar que, independientemente de cuáles y cuántos sean los fines que se le asignen a la institución, para lograrlos es absolutamente indispensable la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional; esta presencia, se afirma, sólo puede asegurarse mediante la detención preventiva. Ahora bien, cuándo, bajo qué condiciones y con qué límites se impone tan necesaria presencia, son las cuestiones que abordaremos en la siguiente rúbrica.

1.4. *Condiciones.* Es indiscutible que la determinación de las condiciones o, en otros términos, la fijación taxativa de los casos y de los límites en los que se juzga necesario imponer la detención preventiva al encausado, corresponde exclusivamente a la ley.

De ahí que, partiendo precisamente de la reglamentación existente al respecto, durante largo tiempo se haya considerado como una regla general el que los juicios debieran llevarse a cabo con la presencia del acusado.

En efecto, y si damos por descontado que la detención preventiva procede únicamente en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad, todas las legislaciones han adoptado una entre dos posibles pero diferentes actitudes, o mejor dicho, procedimientos o sistemas distintos, uno directo y otro indirecto, a fin de determinar la procedencia de esta medida. Conforme al primero, es decir el directo, la detención preventiva se autoriza en los casos de delitos cuya pena máxima rebase el límite marcado por la ley sustantiva como excluyente de su aplicación; de acuerdo con el segundo, o sea el indirecto, la detención preventiva es obligatoria en todos los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad, si bien se admite la excarcelación del prevenido, sea mediante fianza o caución, en el supuesto de que cierto límite de la pena, en abstracto, fijado por la propia ley sustantiva, no se vea rebasado.

Ahora bien, tomando en cuenta que el segundo sistema, que es el que adoptan una gran mayoría de las legislaciones vigentes, no hace ninguna discriminación en cuanto a los delitos leves, sino que basta con que el delito esté sancionado con pena corporal, para que el imputado deba ser sometido a detención preventiva, y puesto que de lo que se trata en realidad es de precisar cuándo y en qué casos existe la necesidad de aplicar tal medida y no la de saber si la detención preventiva habrá de mantenerse o hacerse cesar, la doctrina se ha pronunciado, preferentemente, por el primer sistema.³⁹

Al mismo tiempo, es unánime la opinión doctrinal de que los casos en que se contemple la privación de la libertad del inculpado, queden estrictamente limitados a los delitos graves ya que es en estos casos donde puede revelarse la necesidad de tal medida, en función del grado de peligrosidad que pre-

³⁹ *Ibidem*, p. 127.

sente el inculpado.⁴⁰ No faltan, desde luego, quienes como Contursi Lisi y Sansonetti,⁴¹ la reserven a los delitos muy graves, el primero, y gravísimos, el segundo. Lo anterior muestra claramente la tendencia doctrinal que quiere ver en la detención preventiva una medida de aplicación verdaderamente excepcional y limitada, no sólo a los casos estrictamente indispensables, sino, también, en cuanto a su duración.⁴²

Por otra parte, la imposición de la detención preventiva al presunto responsable de la comisión de un delito punible con pena privativa de la libertad, está condicionada a la existencia de las órdenes o mandamientos correspondientes, cuya expedición, por escrito, se confía por regla general y de manera exclusiva a la autoridad judicial competente; ésta, por su parte, sólo habrá de decretarla cuando, exceptuados los casos de flagrante delito, existan fundados indicios que hagan presumir razonablemente la culpabilidad del imputado y previa comprobación, además, tanto del cuerpo del delito como de que se han cumplido las demás condiciones que señale la ley respectiva para que tal medida sea procedente.⁴³

Ahora bien, independientemente de la natural complejidad que entraña la determinación concreta de los casos en los que se considera imprescindible recurrir a la detención preventiva, si tomamos en cuenta que los riesgos que se tratan de prevenir se presentan de manera distinta con cada inculpado y según sea la naturaleza y gravedad del delito que se le imputa, su grado de peligrosidad, su condición moral, familiar y profesional, y su posición social y económica, y, por la otra, que es únicamente una extrema e imperiosa necesidad la que justifica el sacrificio de la libertad personal en aras del legítimo y supremo interés de la justicia, veamos, por último, y en forma muy breve, cuáles son algunas de las más importantes consecuencias que la aplicación de esta medida trae aparejadas.

1.5. Consecuencias. Entre las medidas restrictivas de la libertad personal, ninguna otra es susceptible de ocasionar consecuencias tan graves e importantes como las que implica la detención preventiva; consecuencias, claro está, para el individuo privado de su libertad, pero al mismo tiempo, tanto para la economía del Estado, como para la administración de justicia.

Para el individuo por dos razones fundamentales; primero, porque mediante su sujeción a esta medida se le priva de uno de los bienes más preciados del hombre como es su libertad física; y, segundo, porque esta medida, aun cuando no es considerada propiamente como una pena, produce casi todos

⁴⁰ González Bustamante, J.J., *op. cit.*, p. 180; Luzardo Padrón, T.E., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁴¹ Ambos citados por Zavaleta, A.J., *op. cit.*, pp. 125-126.

⁴² González Bustamante, J. J., *op. cit.*, p. 180; Verin, Jacques, *Du bon usage de la courte peine d'emprisonnement*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", núm. 2, abril-junio, París, 1965, p. 458.

⁴³ González Bustamante, J.J., *op. cit.*, p. 13.

los efectos de ésta, ya que afecta, a quienes son objeto de ella, probablemente con tanto o más rigor que a aquéllos que ya han sido reconocidos como culpables.⁴⁴

En efecto la detención preventiva es una fuente infalible y, al parecer, inagotable, de toda una serie de sufrimiento e influencias nefastas. Sufrimientos físicos, morales y materiales e influencias nocivas que derivan del hecho de recluir al inculcado en un establecimiento penal cuyas condiciones en general, en todo tiempo y en todos los países, se han distinguido no precisamente por ser establecimientos carcelarios modelo, donde impere una recta administración y se siga una sana política criminal, sino, todo lo contrario, en construcciones inadecuadas, insalubres, cuando no siniestras, donde el detenido, impedido de realizar las actividades que le permiten proveer el sustento para sí y para su familia, verá llegar, a corto plazo e inexorablemente, el desprestigio, el descrédito, la ruina y la miseria; donde, hacinado y en malsana promiscuidad con delinquentes habituales y peligrosos, sean condenados o se encuentren también sujetos a proceso, espera una justicia que no llega o llega tarde, de modo tal que la detención preventiva viene a convertirse en un verdadero atentado contra el derecho y en una imposición de la fuerza.⁴⁵

Tales penalidades, cuyos efectos perjudiciales son en muchos aspectos irreversibles⁴⁶ e irreparables son, desde luego, más graves cuando quien debe soportarlas es un individuo que ha delinquido por primera vez; ¿Pero, qué trascendencia y qué grado de gravedad revestirán cuando quien debe padecerlas resulta declarado inocente a la postre? Aquí cabría recordar la tajante observación de Ruiz Funes,⁴⁷ quien afirmaba que existen hombres que jamás deberían salir de la cárcel, pero muchos otros que nunca deberían haber pisado ninguna. Sin embargo, las cifras estadísticas de los más diversos países muestran con toda evidencia los millares de personas que son privadas de su libertad para, después de un proceso más o menos largo, ser declaradas inocentes.

De ahí también una consecuencia importante, al menos por lo onerosa, para el erario público, el cual debe destinar sumas considerables para sufragar el sostenimiento tanto de un elevado número de inculcados que esperan ser juzgados, como del aparato carcelario requerido a fin de garantizar la presencia del inculcado ante el órgano jurisdiccional.

De ahí las graves y dolorosas, y por ello mismo odiosas, consecuencias de que se hace culpable la justicia cuando, valgan la redundancia y la paradoja,

⁴⁴ Zavaleta, A. J., *op. cit.*, pp. 93 y ss.

⁴⁵ Arenal, Concepción, *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1895, t. 1, pp. 21 y ss.; Chavanne, A., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶ Pisapia, G. D., *op. cit.*, pp. 76 y ss.

⁴⁷ Ruiz Funes, Mariano, *La crisis de la prisión*. Ed. Jesús Montero, la Habana, 1949, p. 57.

sacrifica la libertad personal en aras del legítimo y supremo interés de la justicia.

No sin justa razón llegó a decirse que si llegara a escribir la historia de las víctimas de la detención preventiva, institución a la cual, tal parece, toda idea de justicia le es extraña, en ella se leería una de las más terribles acusaciones contra la sociedad.⁴⁸

De ahí también que, en múltiples ocasiones, los más sensibles de espíritu hayan clamado por la supresión total y definitiva de esta institución; de ahí que los más prudentes contemplen la posibilidad de restringir su aplicación a los más estrechos límites, excluyéndola en ciertos casos y sustituyéndola, en otros, por medidas menos drásticas y radicales.

En resumen, el conflicto entre libertad personal y justicia subsiste, las críticas arrecian y se multiplican, y las reformas se imponen, como habremos de ver enseguida.

2. Problemas actuales

2.1. *El conflicto de intereses.* Ya en nuestra introducción habíamos apuntado que, desde el punto de vista teórico, la detención preventiva ha sido y sigue siendo una ocasión de confrontación, un lugar de conflicto, donde entrechocan dos intereses igualmente legítimos. Por un lado, el interés del ser humano al respeto de su libertad individual y, en un sentido más amplio, de su seguridad personal, y, por el otro, el interés del Estado en la prevención del crimen y la persecución de la delincuencia.

Ahora bien, en cuanto al individuo concierne, tomando en cuenta la gravedad e importancia que para su libertad personal representa la detención preventiva, ésta entre las diferentes medidas restrictivas de la libertad es, se afirma,⁴⁹ la que menos se justifica, ni podría llegar a justificarse, y ello por dos razones fundamentales: primero, porque se impone a un individuo contra el cual sólo existen fundadas sospechas, indicios razonables, que hacen suponer que ha cometido o participado en la comisión de un delito punible con pena corporal, o lo que es lo mismo, se aplica a una persona todavía no declarada culpable mediante sentencia firme⁵⁰ y, segundo, porque si todo hombre se presume inocente hasta que no haya sido plenamente establecida su culpabilidad, no se puede privar de su libertad a aquel contra quien no existen todavía sino simples presunciones, aplicándole una medida que, en el fondo, no difiere de aquella a la que sería sometido si se declarase su culpabilidad. En tal virtud, la detención antes de juicio, durante éste y antes

⁴⁸ Arenal, C., *op. cit.*, p. 23; Carraud, R. *Traité d'instruction criminelle*. París, 1912, t. III, p. 128.

⁴⁹ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 80; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰ Luzardo Padrón, T.E., *op. cit.*, p. 87.

de condena definitiva, es considerada⁵¹ como una violación incontestable del derecho fundamental del individuo a la libertad.

Por lo que toca al Estado, puesto que tal medida es dictada conforme a derecho, es decir, se trata de una medida legal por propia prescripción de la ley,⁵² la cual, a más de instituir la fija sus condiciones y modalidades, su aplicación no puede explicarse sino en función del derecho concurrente de la sociedad a la protección y seguridad que reclama la acción de la justicia.⁵³

Cabe destacar, de todas formas, que históricamente las posiciones sobre esta situación conflictual han variado y oscilado de uno a otro polo en búsqueda no ya de una solución definitiva o perfecta que, valga decirlo, hasta ahora jamás ha sido encontrada en ninguna parte, sino al menos de un mejor compromiso y un más justo equilibrio entre dos intereses, al parecer, diametralmente opuestos.

Es aquí justamente donde se plantea la cuestión fundamental consistente en determinar si la detención preventiva es realmente necesaria al cumplimiento de la justicia en su misión de salvaguardar el interés general.

En este sentido, la doctrina, cuando más, y no de ahora, ha llegado a estar acorde en que la detención preventiva es una injusticia necesaria,⁵⁴ una necesidad ineludible y, únicamente, en tal virtud tolerada,⁵⁵ pero, al mismo tiempo, no ha dejado de señalar la inmoralidad de su contenido aflictivo y que, en todo caso, se trata de un mal a evitar,⁵⁶ de una medida excepcional que no debe establecerse, ni aplicarse y mantenerse sino a título de extrema y rigurosa necesidad y, en consecuencia, quedar estrictamente circunscrita dentro de los límites de dicha necesidad ineludible.⁵⁷

Sin embargo, ha sido precisamente la apreciación concreta de tal criterio de necesidad por parte del legislador y, más que nada, la aplicación práctica del régimen de la detención preventiva por parte de las autoridades judiciales y policiales, lo que ha dado lugar a las más severas censuras, a las más violentas críticas y a las más enérgicas protestas, como veremos enseguida.

2.2. *Las críticas.* La detención preventiva ha sido, de siempre, el Talón de Aquiles del procedimiento penal. En el pasado y en el presente ha dado lugar a críticas extremadamente violentas e implacables, a grado tal que ya desde el siglo anterior llegó a considerársele como una plaga e incluso como la lepra del proceso penal⁵⁸

⁵¹ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 80.

⁵² Chiossone, Tulio, *Límites legales a la privación de libertad*, en "Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas", núm. 4, 1970-1972, Caracas, p. 80.

⁵³ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Mesnard, citado por Carrara, F., *op. cit.*, p. 285.

⁵⁵ Carrara, F., *op. cit.*, p. 280; Luzardo Padrón, T.E., *op. cit.*, p. 87.

⁵⁶ Clerc, F., *op. cit.*, p. 64; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 76.

⁵⁷ Bernard-Tulkens, F. y Bosly H. D., *op. cit.*, p. 80.

⁵⁸ Lo primero por Laya, citado por Carrara, y lo segundo por este último, *op. cit.*, p. 284.

En lo que va de nuestro siglo, ha sido sobre todo la aplicación práctica del régimen legal de esta institución la que ha suscitado las más graves censuras, de suerte que ha llegado a pensarse que el frecuente divorcio entre la ley y su aplicación es, casi siempre, el único origen de las críticas formuladas contra esta medida.⁵⁹ Sin embargo, como veremos, el problema de la detención preventiva, antes de ahora y tal como se plantea en la actualidad, no se circunscribe exclusivamente a los abusos y deformaciones que de ella se han hecho en la práctica, sino que, a éstos, viene a sumarse el estado obsoleto, deficiente, incoherente y anárquico, en su conjunto, de la legislación existente en numerosos países sobre esta materia, lo cual viene a evidenciar el por qué dicha institución ha sido tan mal comprendida, cuanto peor aplicada.⁶⁰

De todas formas, el alud de protestas y críticas concierne a los diferentes aspectos del régimen aplicativo de la detención preventiva, se ha desatado en casi todos los países y procede de los más diversos sectores.

Ahora bien, referirnos pormenorizadamente a tantas y tan variadas impugnaciones vertidas contra la institución por doquier, sería interminable. En tal virtud, hemos optado, primero, por aludir tan solo a algunas entre las desviaciones mayores que, en todo tiempo y de manera contundente, han sido estigmatizadas por la doctrina, que cada vez con mayor frecuencia y energía se ven cuestionadas por jueces, legisladores, funcionarios públicos e, incluso, por las propias autoridades policiales y carcelarias⁶¹ y que, si bien no siempre, sí en múltiples ocasiones son denunciadas por la prensa y la ciudadanía; y, segundo, limitarnos a citar únicamente algunos ejemplos entre los numerosos países europeos y latinoamericanos.

Así, en Alemania Federal, donde la detención preventiva llegó a ser designada en general como el punto más sensible y el capítulo más sombrío del sistema del derecho penal alemán, se reprocha en forma unánime la rapidez, ligereza, frecuencia y prolongación excesivas con que se aplica la detención preventiva, muchas veces de manera injustificada y abusiva.⁶²

En Bélgica, la protesta se ha generalizado contra el cuasi automatismo de las órdenes de aprehensión y de su confirmación, que viene a convalidar la detención preventiva, basadas, ambas, muy frecuentemente en consideraciones generales; contra la banalidad, vaguedad y laconismo crecientes de los motivos de la detención; en una palabra, contra el exceso y abuso de deten-

⁵⁹ Clerc, F., *op. cit.*, pp. 62-63.

⁶⁰ Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 522.

⁶¹ Las cuales reconocen, en general, el estado defectuoso, si no abominable, de los establecimientos carcelarios destinados a la reclusión de los inculpaos.

⁶² Grebing, Gerhardt, *Les problèmes de la détention préventive en République fédérale d'Allemagne*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", nouvelle série, núm. 4, octubre-diciembre, París, 1975, pp. 958-959.

ciones preventivas no rigurosamente necesarias, a tal punto que las circunstancias graves y excepcionales y el interés de la seguridad pública que legitiman esta medida, así como la orden motivada que representa una garantía esencial del inculpado, dejan progresivamente de estar acordes con la realidad para convertirse, en el primer caso, en simples cláusulas de estilo y, en el segundo, en una mera formalidad. De tal suerte que, en este país se ha operado una profunda mutación de la idea de la detención preventiva, de su campo de aplicación, de su objeto, de su razón de ser y de sus límites; de medida excepcional se ha convertido en medida regular, es decir, en medida punitiva de intimidación o de retribución que anticipa sobre la aplicación de la pena, y en hábito de instrucción.⁶³

Finalmente, en Francia, donde la práctica sistemática de la detención preventiva, con el encarcelamiento del inculpado antes del juicio, había sido durante largo tiempo la regla y no la excepción, y donde continuó siéndolo en franca contradicción con la legislación, cuyas disposiciones fueron tan ampliamente ignoradas y fallaron a tal grado en su propósito de restringir la detención preventiva, que llegó a hacerse evidente que la solemne enunciación del principio sobre el carácter excepcional de esta medida⁶⁴ no había tenido ninguna repercusión en la práctica; no faltaron desde luego las voces de alarma contra la detención preventiva demasiado fácil y frecuentemente decretada, así como excesivamente prolongada, de tal modo que había llegado a convertirse, prácticamente, en una denegación de justicia. A ello habrían contribuido, por una parte, los poderes discrecionales, casi omnímodos, de que disponía el juez de instrucción, a quien en alguna época llegó a considerarse incluso como el hombre más poderoso del país, ya que podía sin más cortapisa que su propio criterio, enviar a cualquier acusado a prisión por un largo periodo, y, por la otra, el papel virtualmente nulo si no es que irrisorio que, en la práctica francesa de la detención preventiva, desempeñaban la institución de la fianza y la presunción de inocencia. Esta situación llegó a provocar un considerable e irrefrenable aumento del número de personas que, privadas de su libertad, esperaban ser juzgadas y, lo más grave, un altísimo porcentaje de detenciones reconocidas a la postre como injustificadas, en tanto la ley establecía, formalmente, que la detención era una medida excepcional.⁶⁵

En América Latina la situación en esta materia no podía ser menos grave. Factores de diversa índole se conjugan para hacer muy precaria la protección y muchas veces inexistente el respeto de la libertad personal. Baste mencio-

⁶³ Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 83.

⁶⁴ Véase *supra*, pp. 22 y ss.

⁶⁵ Craig, W.L. y Dovrobir, W.A., *The French Experience with Preventive Detention*, en "American Bar Association Journal", vol. 57, junio, Chicago, 1971, cfr. pp. 566-567; Doucet, Jean-Paul, *La détention préventive: mesure exceptionnelle.*, en "Gazette du Palais", 86e année, núms. 159-161, París, junio, 1966 (Doctrine), pp. 1 y ss.

nar, entre otros muchos, la convulsa vida política que por largo tiempo ha prevalecido en la región, con la nefasta proliferación de dictaduras militares, engendros de los frecuentes golpes de Estado, así como el recurso, constante y generalizado, a la declaración del estado de emergencia o de sitio. Los gobiernos militares suman ya en la actualidad aplastante mayoría en relación con los pocos gobiernos civiles⁶⁶ cuyo orden constitucional, bien que librado hasta ahora de rupturas definitivas; pero, no obstante, sistemáticamente ignorado o violado, ha permitido que, bajo una fachada democrática, se sucedan regímenes no menos dictatoriales y represivos que los militares. De ahí que en toda latinoamérica exista una enorme distancia entre la ley y la práctica, un profundo abismo entre norma y realidad, que muestra la escasa, si no es que la absolutamente nula, posibilidad de protección interna de los derechos humanos en general, convertidos, por obra y gracia de regímenes dictatoriales semejantes, en uno de tantos mitos y, por consiguiente, la insuperable dificultad para que, en especial, puedan salvaguardarse eficazmente las garantías del inculpado durante la fase procesal.

Sentadas las anteriores premisas, veamos, sin embargo, cual es la situación en, por lo menos, dos, entre los contados países latinoamericanos que cuentan hoy día con un gobierno civil; refirámonos únicamente a México y Venezuela.

En México, provenientes de diversos sectores, también se han dejado oír las censuras y protestas contra la frecuencia, el abuso y la arbitrariedad de las detenciones preventivas, así, se denuncian la ligereza con que se pronuncian los autos de formal prisión debido, sea al examen poco cuidadoso de las constancias procesales, sea al exceso de trabajo de los tribunales penales; la deficiente motivación de los mismos, ya que, muchas veces, se sustentan en datos inciertos o en simples conjeturas de los funcionarios judiciales predispuestos, con frecuencia, en contra del inculpado por las pruebas policiales aportadas en su contra.⁶⁷ Por lo que toca a las detenciones ilegales y arbitrarias practicadas en forma indiscriminada, con o sin orden de detención de autoridad judicial competente, por la rica gama de cuerpos policíacos con que cuenta el país, su abuso ha llegado a tales extremos que las propias autoridades persecutorias se han visto precisadas a reconocerlo públicamente y a intentar poner coto a las mismas,⁶⁸ al tiempo que la prensa da cuenta y cabida a los más sombríos relatos y a las más enérgicas protestas contra los atropellos, vejámenes, ultrajes, torturas, secuestros y desapariciones, perpetrados por la policía, en ocasión de las detenciones, así como contra todo tipo de violencias y malos tratos infligidos por las autoridades carcelarias durante la reclusión preventiva.

⁶⁶ Entre ellos Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y Venezuela.

⁶⁷ González Bustamante, J.J., *op. cit.*, p. 188.

⁶⁸ Véase el "Excelsior" del 28 de septiembre de 1977.

En Venezuela, los reproches van dirigidos no sólo contra el también creciente abuso y la larga duración de las detenciones preventivas, sino contra toda una serie de irregularidades y defectos de que adolece actualmente el proceso penal venezolano, la gran mayoría de los cuales, cabe subrayar, no son en lo más mínimo exclusivos de este país. Aquí, se detiene a los ciudadanos por motivos no autorizados por la ley sustantiva, y por otros que, si bien previstos en la legislación, no ameritan pena corporal. Asimismo, se pone en entredicho la eficacia de los términos judiciales que en ningún caso evitan los largos e interminables procesos; se censura la sistemática resistencia de las autoridades policiales y judiciales a comunicar al inculpado, no ya de inmediato, sino incluso después de que ha permanecido largo tiempo recluido, los cargos que se le imputan, haciendo con ello nugatorio el derecho de defensa que conforme a la constitución le asiste, todo lo anterior, sin contar con la posibilidad, infinidad de veces concretada, de que, después de una prolongada detención e ignorando las acusaciones en su contra, llegue a ser declarado inocente.⁶⁹

Al mismo tiempo, se agrega, abundan los casos de acusados por delitos castigados con penas cortas, en cuyo proceso el imputado permanece en detención mucho más tiempo de aquel que, como pena máxima, la ley señala al o a los delitos que se le imputan. En cuanto a la libertad provisional, se hace notar lo defectuoso y obsoleto del sistema venezolano que, en esta materia, ha permanecido casi sin cambios desde el siglo pasado. Finalmente, por lo que se refiere al recurso contra detenciones ilegales o arbitrarias, es decir, al *habeas corpus*, previsto por la quinta disposición transitoria de la Constitución —el cual, una vez dictada la ley reglamentaria del amparo, establecido por el artículo 49 de la propia Constitución, en tanto que recurso para todos los derechos y libertades, habrá de quedar subsumido en este recurso—, también ha sido objeto de las más severas críticas en cuanto a su reglamentación provisional.⁷⁰

En resumen, a más de incriminarse la práctica sistemática de la detención preventiva, en tanto que reflejo de una marcada inclinación, lindante a veces en el sadismo, que por la privación de la libertad existe actualmente en Venezuela, se termina por calificar tal situación como un verdadero atentado contra la libertad personal⁷¹ y un atropello impune perpetrado contra el individuo ilegal, arbitraria o injustamente privado de su libertad, el cual, en ningún caso, recibirá la más mínima reparación por todos aquellos perjuicios que se le han causado.

⁶⁹ Chiossone, T., *op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 27-28 y 30; Brewer-Carias, Allan-R. *Les garanties constitutionnelles des droits de l'homme dans les pays de l'Amérique latine (notamment au Venezuela)*, en "Revue internationale de droit comparé", 29e année, núm. 1, enero-marzo, París, 1977, pp. 88 y ss.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 17 y 27 y ss.

2.3. *El movimiento de reforma.* En presencia de tan nefastos y alarmantes resultados prácticos en detrimento creciente de la libertad individual; debido al desencadenamiento generalizado de las críticas y protestas contra la reglamentación existente sobre la detención preventiva y su puesta en práctica; ante la persistencia de las exigencias de reformas a ambas; y, frente a la perspectiva de ratificación de instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, no han faltado, desde luego, tentativas de mejoramiento en el plano legislativo, como lo muestran las leyes y proyectos de reformas de numerosos países europeos, entre los cuales figuran: la República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza, etc., sin que hasta la fecha se vislumbre, ni por asomo, el inicio de un movimiento semejante en América Latina. Veamos algunas entre las más recientes y significativas de tales reformas.

En Alemania Federal, la Ley del 19 de diciembre de 1964, que modifica el Código de procedimientos penales y el Código de organización judicial, realizó una reforma cuyos objetivos primordiales fueron limitar la frecuencia y duración de la detención preventiva, precisando, pero sobre todo restringiendo los motivos para decretar esta medida, reforzando la obligación del juez de exponer por escrito los motivos del mandato de detención que dicta y confirmando la posibilidad de sustituir esta medida por otras menos radicales, etc., habiéndose logrado disminuir en más de un veinticinco por ciento y, en algunas circunscripciones, incluso hasta en un cincuenta por ciento, el número total de detenciones preventivas impuestas. Sin embargo, posteriormente, y ante la presión de los órganos de persecución penal que consideraban que la liberalización del derecho en materia de detención preventiva había ido demasiado lejos, lo cual era incompatible con una lucha eficaz contra la delincuencia, el legislador alemán, a través de la Enmienda del 7 de agosto de 1972, dio marcha atrás, ampliando de nueva cuenta y de manera considerable los motivos de la detención, reemplazando, en algunos casos, definiciones concretas que figuraban en el Código de Procedimientos Penales, por formulaciones abstractas. Igualmente, cabe citar la Ley del 8 de marzo de 1971, sobre el pago de daños y perjuicios ocasionados con motivo de las medidas tomadas a raíz de una persecución penal, ley que, al mismo tiempo que abroga la Ley del 20 de mayo de 1898 relativa a la indemnización de las personas absueltas en apelación y la Ley del 14 de julio de 1904 sobre la indemnización de las personas inocentes que hubiesen sufrido una detención preventiva, reúne, en un texto único, las disposiciones más importantes sobre las modalidades y condiciones de la indemnización.⁷²

⁷² Cfr. "Annuaire des Droits de l'Homme" para 1965, pp. 236 y ss., y para 1972, pp. 15-16, Naciones Unidas, Nueva York; en el mismo sentido Grebing, G., *op. cit.*, pp. 958-959 y 964.

En Austria, la Ley de 1971 (BGB1/71), que introdujo modificaciones capitales al Código de Procedimientos Penales, en su título xiv, comprende los artículos 173 a 197 relativos a la detención preventiva. Contrariamente a lo que sucedía con anterioridad, es decir, cuando la detención preventiva debía decretarse, de rigor, tratándose de delitos cuya pena privativa de la libertad prevista fuese de por lo menos diez años, con la entrada en vigor de esta ley, dicha medida dejó de ser, primero, obligatoria, ya que no podrá imponerse, ni en el anterior ni en otros casos, sino bajo ciertas condiciones; segundo, absolutamente necesaria, puesto que cuando el objeto perseguido por esta medida pueda alcanzarse por otros medios menos rigurosos, éstos deberán aplicarse en sustitución de aquélla; tercero, excesivamente prolongada, dado que su duración total, según sea el caso de que se trate, ha sido considerablemente limitada; y, cuarto, incontrolada, en virtud de que la propia ley introduce un procedimiento de revisión de la detención. No obstante, cabe advertir, de los datos estadísticos de los tres primeros años subsiguientes a la entrada en vigor de las nuevas disposiciones, no aparece que éstas hayan propiciado una sensible disminución en la aplicación de la detención preventiva.⁷³

En Bélgica, el 10 de septiembre de 1969, se envió al Parlamento un proyecto de ley destinado a corregir ciertas fallas en la aplicación de la Ley del 20 de abril de 1874, relativa a la detención preventiva. Esta ley, no obstante haber sufrido diversas modificaciones, las cuales no llegaron a alterar de ninguna forma su concepción general, ya desde entonces establecía claramente que la libertad era la regla y la detención la excepción. En todo caso, el proyecto a que aludimos inicialmente, fue votado y erigido en ley el 13 de marzo de 1973; sus disposiciones, que modifican la citada ley de 1874 y completan el artículo 447 de Código de Instrucción Penal, persiguen un triple objetivo, a saber: en primer lugar, hacer más difícil la expedición del mandamiento de detención, imponiendo a los magistrados un mayor tiempo de reflexión después del examen a fondo de cada expediente; en segundo lugar, facilitar la revocación de dicho mandamiento, a fin de reducir, en la medida de lo posible, la duración de la detención; y, en tercer lugar, permitir la indemnización de las personas víctimas de una detención preventiva injustificada. Esta ley de 1973 que, hasta la fecha, representa la última intervención legislativa efectuada en este país para la regulación de la detención preventiva, se inscribe y habrá de formar parte esencial en la reforma del procedimiento penal en vías de realización en esta nación. Aquí cabría hacer notar, sin embargo, que a pesar del carácter provisional y en cierta

⁷³ Cfr. "Annuaire des Droits de l'Homme" para 1971, p. 14, Naciones Unidas, Nueva York; y también Doleisch, Wolfgang, *La détention préventive en Autriche et ses restrictions*, en "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", nouvelle série, núm. 4, octubre-diciembre, Paris, 1975, pp. 997 y ss.

forma experimental, dado que el legislador confiaba en una revisión posterior, en ocasión de una subsecuente reforma del Código de Instrucción Penal, de la citada Ley de 1874, el régimen establecido por ésta logró subsistir por más de un siglo.⁷⁴

En Francia,⁷⁵ la persistente práctica sistemática de la detención preventiva, convertida, por obra y gracia de las jurisdicciones de instrucción en la regla y no en la excepción,⁷⁶ así como la amplia publicidad dada por la prensa a casos muy resonantes, a la vez que trágicos,⁷⁷ resultado del abuso de la detención preventiva, orientaron a la opinión pública francesa en favor de la reforma que cristalizó en la Ley número 70-643 del 17 de julio de 1970⁷⁸ que da una nueva dimensión al régimen jurídico de la detención preventiva a través de dos elementos, el uno sustitutivo y correctivo el otro. Mediante el primero, instituye el denominado *control judicial* (artículos 138 a 143), destinado a reemplazar la detención preventiva por un sistema más flexible y efectivo del control a ejercer por el juez sobre las personas sujetas a proceso, sin tener que recurrir a aquella medida. El segundo, consiste en el reconocimiento del derecho a indemnización de las personas detenidas y subsecuentemente liberadas, o contra quien los cargos hubiesen sido retirados (artículos 149-150 del Código de Procedimientos Penales, revisado). Al mismo tiempo esta ley sustituye el término "detención preventiva" por el

⁷⁴ Bernard-Tulkens, F. y Bosly H. D., pp. 82 y ss.

⁷⁵ Donde la protección de la libertad individual después de la Liberación, permaneció en el estado en que se encontraba a partir del Decreto-ley del 18 de noviembre de 1939; éste, en materia de detención preventiva, había regresado al régimen establecido bajo el Segundo Imperio por la Ley del 14 de julio de 1865, la cual, en su tiempo, modificó en un sentido liberal el Código de Instrucción Penal de 1808. Esta tendencia liberal se había accentuado mediante la Ley del 7 de febrero de 1933. No obstante, ciertos inconvenientes prácticos condujeron a tomar el sentido inverso, primero, a través de la Ley del 25 de marzo de 1935, y, después, por el primeramente citado Decreto-ley del 18 de noviembre de 1939. Cfr. Stefani, G. y Levasseur, G. *Droit pénal général et procédure pénale. Précis* Dalloz, t. II, París, 1964, pp. 55 y ss.

⁷⁶ Véase *supra*, pp. 53-54.

⁷⁷ Entre los cuales uno de los más notables fue, sin duda, el de Gabrielle Russier, profesora de enseñanza media quien, acusada de corrupción de menores en relación con uno de sus alumnos, fue sometida a detención preventiva, primero, por ocho días, y, después, por un periodo de dos meses. Durante este tiempo pudo constatar —y al mismo tiempo relatarlo en su obra póstuma titulada *Lettres de prison*, publicada en Marsella en 1970— las condiciones degradantes de la vida en prisión. Habiendo sido condenada a un año de prisión, lo cual le habría permitido beneficiarse con la Ley General de Amnistía de los hechos ocurridos durante los acontecimientos de mayo-junio de 1968 en Francia, el procurador apeló la sentencia solicitando un aumento de la pena, con el evidente propósito de privar a la interesada del beneficio de dicha ley. Pocos días más tarde la profesora se suicidó. Véase *Le Figaro* del 4 de septiembre de 1969. Cabe mencionar aquí, que el 50% de los suicidios cometidos en las prisiones francesas, lo han sido por personas que se encontraban en estado de detención preventiva. Para los datos estadísticos véase Craig, W. L. y Dovrobir, W. A., *op. cit.*, pp. 68 y ss.

⁷⁸ Cuyo objeto principal y más amplio es reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos.

de "detención provisional" con el fin de enfatizar que, en todo caso, esta detención debe ser tanto breve como excepcional (artículo 137). Queda por ver si estas restricciones legislativas cumplirán su objetivo, operando un cambio substancial en la práctica francesa de la detención preventiva; por lo pronto, juristas, profesores y litigantes de este país, aunque acogiendo favorablemente las nuevas disposiciones, se han mostrado bastante escépticos al respecto.⁷⁹

De este movimiento generalizado de reformas legislativas, efectuadas tanto en los anteriores como en otros países europeos,⁸⁰ dos constataciones fundamentales, en nuestra opinión, se imponen: primero, en algunas de estas reformas ha logrado cristalizar ya la tendencia a reemplazar, en términos generales, la detención preventiva por medidas sustitutivas, menos radicales, graves y trascendentales para la libertad el individuo; y, segundo, en todas ellas, y sólo cuando la aplicación de tal medida se considera absolutamente indispensable, se intenta: restringir al mínimo los casos en que procede, limitar su duración, someter su régimen aplicativo a determinado mecanismo de control y, dado el caso, indemnizar a las víctimas de detenciones preventivas injustificadas o abusivas. En una palabra, se pretende que el "sufrimiento sin objeto",⁸¹ que la injusticia y el mal necesario que representa esta institución, que la inmoralidad del contenido aflictivo y de los perjuicios que en múltiples casos y de manera irreversible ocasiona esta medida,⁸² se conviertan realmente, en una excepción, y que, aun en este caso, cuando su imposición resulte injusta o excesiva, el error o el atropello no queden sin reparación.

Para concluir este breve artículo, valga recordar la elocuente frase de Carrara, para quien: "Las cautelas con las cuales la ley provea a restringir las custodias preventivas, son el criterio sobre el cual debe juzgarse el grado de respeto acordado a la libertad de un pueblo".⁸³

Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ

⁷⁹ Craig, W. L., y Dovrobir, W. A., *op. cit.*, pp. 568-569.

⁸⁰ Por ejemplo, a través de la "Criminal Justice Act" de 1967, en Inglaterra; las reformas al procedimiento penal italiano en 1955 y 1970; la Ley del 28 de julio de 1973, que modifica el régimen de la detención preventiva en el Gran-Ducado de Luxemburgo; etc.

⁸¹ Carbonnier, Jean, *Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française*, fasc. I, 1939, p. 50.

⁸² Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 74.

⁸³ Carrara, F., *op. cit.*, Cfr. p. 285.