

## PRIMERA PARTE.

Capítulo II. <i>Problemas fundamentales</i> . . . . .	35
Sección I. <i>El conflicto de intereses</i> . . . . .	35
Sección II. <i>Las críticas</i> . . . . .	36
Sección III. <i>Las reformas</i> . . . . .	41

## CAPÍTULO II

### PROBLEMAS FUNDAMENTALES

#### *Sección I. El conflicto de intereses*

Ya en varias ocasiones hemos reiterado que desde el punto de vista teórico la detención preventiva ha sido y sigue siendo una ocasión de confrontación, un lugar de conflicto, donde entrecrocán 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 privativas de la libertad es, se afirma,<sup>51</sup> la que menos se justifica, ni podría llegar a justificarse, y ello por dos razones fundamentales, a saber: 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 firme;<sup>52</sup> y, segundo, porque si a todo hombre se le debe presumir 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 de condena definitiva, es considerada<sup>53</sup> como una violación incontestable del derecho fundamental del individuo a su libertad personal.

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,<sup>54</sup> 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, derecho que reclama la acción de la justicia.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H.-D., *op. cit.*, p. 80; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 82.

<sup>52</sup> Luzardo Padrón, T. E., *op. cit.*, p. 87.

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

<sup>54</sup> Chiossone, Tulio, "Límites legales a la privación de libertad", en *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Caracas, 1970-1972, núm. 4, p. 80.

<sup>55</sup> Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H.-D., *op. cit.*, p. 80.

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,<sup>56</sup> una necesidad ineludible y, únicamente, en tal virtud tolerada.<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

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 ahora.

## Sección II. 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 penal.<sup>60</sup>

A decir verdad, las críticas comenzaron a multiplicarse y a hacerse más incisivas ya desde la segunda mitad del siglo XVIII, siendo todo el sistema procedimental el foco de los ataques por parte de los liberales de la época y, sobre todo, de ciertos juristas que adoptaron sus ideas. Así, por ejemplo, Beccaria y Montesquieu protestaban elocuentemente contra la tortura, contra las desigualdades a que daba pábulo el procedimiento y contra la arbi-

<sup>56</sup> Mesnard, citado por Carrara, F., *op. cit.*, p. 285.

<sup>57</sup> Carrara, F., *op. cit.*, p. 280; Luzardo Padrón, T. E., *op. cit.*, p. 87.

<sup>58</sup> Clerc, F., *op. cit.*, p. 64; Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 76.

<sup>59</sup> Bernard-Tulkens, F. y Bosly H.-D., *op. cit.*, p. 80.

<sup>60</sup> Lo primero por Laya, citado por Carrara, y lo segundo por este último, *op. cit.*, p. 284.

trariedad. El sistema inquisitorio, entonces imperante, ignoraba por completo los derechos del inculpado; éste era juzgado sin publicidad ni asistencia legal; normalmente su confesión le era arrancada mediante la aplicación de atroces torturas, por lo que, en no pocos casos, la condena del inocente correspondía a la impunidad del culpable.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> Sin embargo, como veremos, el problema de la detención preventiva, 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 porqué dicha institución ha sido tan mal comprendida, cuanto peor aplicada.<sup>63</sup>

En tal virtud, 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 esta institución por doquier sería interminable. En tal virtud, hemos optado, primero, por aludir tan sólo 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 también cuestionadas por jueces, legisladores, funcionarios públicos e, incluso, por las propias autoridades policiales y carcelarias<sup>64</sup> y que, si bien no siempre, si 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.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Cfr. Stefani, Gaston y Levasseur, Georges, "Droit Penal Général et Procédure, Pénale", París, 1964, Dalloz, tome II: *Procédure pénale*, pp. 48 y ss.

<sup>62</sup> Clerc, F., *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>63</sup> Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 522.

<sup>64</sup> Las cuales reconocen, en general, el estado defectuoso, si no abominable, de los establecimientos carcelarios destinados a la reclusión de los inculpados.

<sup>65</sup> Grebing Gerhardt, "Les Problèmes de la Détention Préventive en République Fédérale d'Allemagne", en *Revue de science criminelle et de droit pénal Comparé*, París, Nouvelle Serie, octubre-diciembre, núm. 4, 1975, pp. 958-959.

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 trivialidad, vaguedad y laconismo crecientes de los motivos de la detención; en una palabra, contra el exceso y abuso de detenciones 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 inculpaado, 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 la aplicación de la pena, y en hábito de instrucción.<sup>66</sup>

Finalmente, en Francia, donde la práctica sistemática de la detención preventiva, con el encarcelamiento del inculpaado 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 medida<sup>67</sup> 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, 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.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H.-D., *op. cit.*, p. 83.

<sup>67</sup> Véase *supra*, pp. 35 y ss.

<sup>68</sup> Craig, W. L. y Dovrobir, W. A., "The French Experience With Preventive Detention", en *American Bar Association Journal*, Chicago, junio, 1971, vol. 57,

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 mencionar, entre otras muchas causales, la convulsiva 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 civiles<sup>69</sup> cuyo orden constitucional, bien que librado hasta ahora de rupturas definitivas, es, no obstante, sistemáticamente ignorado o violado, propiciando que, bajo fachada democrática, se sucedan regímenes no menos autoritarios 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 individuo durante la fase de la inculpación.

Sentadas las anteriores premisas, veamos, sin embargo, cuál 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 predisuestos, con frecuencia, en contra del inculpado por las pruebas policiales aportadas en su contra.<sup>70</sup> 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 policiacos con que cuenta el país, su abuso ha llegado a tales extremos que las propias autoridades persecutorias se han visto precisadas

pp. 566-567; Doucet, Jean-Paul, "La Détention Préventive: Mesure Exceptionnelle?", *Gazette du Palais*, 86e. année, Paris, junio, 1966 (Doctrine), núms. 159-161, pp. 1 y ss.

<sup>69</sup> Entre ellos Colombia, Costa Rica, México, Venezuela.

<sup>70</sup> González Bustamante, J. J., *op. cit.*, p. 188.

a reconocerlo públicamente y a intentar poner coto a los mismos,<sup>71</sup> al tiempo que la prensa nacional da cuenta y cabida a los más siniestros relatos y a las más enérgicas protestas contra los atropellos, vejámenes, ultrajes, amenazas, torturas, desapariciones y hasta muertes, perpetrados por la policía en ocasión de las detenciones, así como contra todo tipo de extorsiones, violencias y malos tratos infligidos por las autoridades carcelarias durante la reclusión preventiva.

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 inculgado, 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.<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> Véase el *Excelsior* del 28 de septiembre de 1977.

<sup>72</sup> Chiossone, T., *op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>73</sup> *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*, París, 1977, enero-marzo, 29<sup>a</sup> année, núm. 1, pp. 88 y ss.

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 personal<sup>74</sup> 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.

### *Sección III. Las reformas*

En presencia de tan nefastos y alarmantes resultados prácticos de la aplicación de la detención preventiva, en detrimento creciente de la libertad individual; debido al desencadenamiento generalizado de las críticas y protestas contra la reglamentación existente sobre esta medida 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 Alemana, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza, etcétera, 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 modificó 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, etcétera, 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

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 27 ss.

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.<sup>75</sup>

En Austria, la Ley de 1971 (BGB1273/71), introdujo modificaciones capitales al Código de procedimientos penales, en su título xiv, que 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 aquella; 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 que la propia ley introduce un procedimiento de revisión de la detención. No obstante, cabe advertir que 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 de la detención preventiva.<sup>76</sup>

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 manera su concepción general, ya desde el siglo pasado 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

<sup>75</sup> Cfr. *Anuaire 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.

<sup>76</sup> Cfr. "Anuaire des Droits de l'Homme" para 1971, p. 14, Naciones Unidas, Nueva York; y también Doleisch, Wolfgang, "La Rétention Préventive en Autriche et ses Restrictions", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Nouvelle Série, octubre-diciembre, 1975, núm. 4, pp. 997 y ss.

erigido en ley el 13 de marzo de 1973; sus disposiciones, que modifican la citada ley de 1874 y completan el artículo 447 del Código de instrucción penal, persiguen un triple objetivo, a saber: en primer lugar, hacer más difícil la expedición del mandato 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 mandato, 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 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.<sup>77</sup>

En Francia,<sup>78</sup> 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,<sup>79</sup> así como la amplia publicidad dada por la prensa a casos muy resonantes, a la vez que trágicos,<sup>80</sup> resultado del abuso

<sup>77</sup> Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H.-D., pp. 82 y ss.

<sup>78</sup> La protección de la libertad individual después de la Liberación había permanecido en el estado en que se encontraba a partir del Decreto-ley del 18 de noviembre de 1939, el cual, en materia de detención preventiva, había regresado al régimen establecido bajo el Segundo Imperio por la Ley del 14 de julio de 1865, la que a su vez, en su tiempo, modificó en un sentido liberal el Código de instrucción penal de 1808. Esta tendencia liberal se había acentuado 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., *op. cit.*, pp. 55 y ss.

<sup>79</sup> Véase supra pp. 35 y 66.

<sup>80</sup> 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 de la Ley general de amnistía por 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 1979. Cabe mencionar aquí, que el 50% de los suicidios cometidos en las prisiones francesas, lo han sido por personas que se encontraban

de la detención preventiva, orientaron a la opinión pública francesa en favor de la reforma que cristalizó en la Ley No. 70-643 del 17 de julio de 1978,<sup>81</sup> 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* destinado a remplazar 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.

Al mismo tiempo esta ley sustituye el término “detención preventiva” por el de “detención provisional” con el fin de enfatizar que, en todo caso, esta detención debe ser tanto breve como excepcional. Queda por ver si estas restricciones legislativas cumplirán su objetivo, operando un cambio sustancial 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.<sup>82</sup>

De este movimiento generalizado de reformas legislativas, efectuadas en los anteriores como en otros países europeos<sup>83</sup> 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 del 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”,<sup>84</sup> que la injusticia y el mal necesarios que representa esta institución, que la inmoralidad del contenido afflictivo y de los perjuicios que en múltiples casos y de manera irreversible ocasiona esta

en estado de detención preventiva. Para los datos estadísticos véase Craig, W. L. y Dobrovir, W. A., *op. cit.*, pp. 68 y ss.

<sup>81</sup> Cuyo objeto principal y más amplio es reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos.

<sup>82</sup> Craig, W. L., y Dobrovir, W. A., *op. cit.*, pp. 568-569.

<sup>83</sup> 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, etcétera.

<sup>84</sup> Carbonnier, Jean, *Instruction criminelle et liberté individuelle. Etude critique de la législation française*. Fasc. 1, 1939, p. 50.

medida,<sup>85</sup> se conviertan realmente, en una excepción, y que, aún en este caso, cuando su imposición resulte injusta o excesiva, el error o el atropello no queden sin reparación.

Para concluir esta parte de nuestro trabajo cabría 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”.<sup>86</sup>

Y es precisamente al análisis de la heterogénea consagración legislativa actual de tales cautelas, al que dedicaremos la parte que sigue de este trabajo.

<sup>85</sup> Pisapia, G. D., *op. cit.*, p. 74.

<sup>86</sup> Carrara, F., *op. cit.*, p. 285.