

SEGUNDA PARTE.

Capítulo II.	<i>El derecho nacional comparado de la detención preventiva</i>	57
Sección I.	<i>Los principios constitucionales</i>	57
Sección II.	<i>Las condiciones de fondo</i>	64
	1. <i>En Europa occidental</i>	64
	2. <i>En América Latina</i>	76

CAPÍTULO II

EL DERECHO NACIONAL COMPARADO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Después de la vida, la libertad personal es uno de los bienes más preciados del ser humano. Esto explica el porqué todos los sistemas jurídicos del mundo se esfuerzan por rodearla de toda una serie de garantías fundamentales encaminadas a su protección. Consecuentemente, las constituciones y los códigos de procedimientos penales de los diferentes países europeos y latinoamericanos establecen toda una serie de principios, condiciones y exigencias legales muy estrictas en cuanto al empleo de la detención preventiva, y al mismo tiempo reconocen numerosos derechos a las personas susceptibles de ser sometidas a esta medida, como habremos de ver enseguida.

Sección I. Los principios constitucionales

Entre los principios constitucionales existen algunos de carácter general aplicables a toda persona privada de su libertad, pero que reviste una importancia capital para la materia que nos ocupa. Al lado de éstos, hay otros de carácter específico, que son todos aquellos que se aplican de manera particular a las personas acusadas o sospechosas de haber cometido una infracción penal.

Entre los primeros se cuenta, desde luego, el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, reconocido entre otras, por las constituciones europeas de: Bélgica (artículo 7), Dinamarca (artículo 71, inc. 1), Francia (artículo 66 de la Constitución de 1958, así como por el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, repuesta en vigor por el preámbulo de dicha constitución actualmente en vigor), Inglaterra (artículo 39 y 40 de la Carta Magna de 1215), Italia (artículo 13), Luxemburgo (artículo 12), República Federal de Alemania (artículo 2, inciso 2) y Suecia (artículo 16).

Este mismo principio es reconocido por todas las constituciones de los países latinoamericanos: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículo 9), Brasil (artículo 150 del texto revisado en 1969), Colombia (artículo 23), Costa Rica (artículo 37), Cuba (artículo 57), Chile (artículo 13), Ecuador (artículo 187, incisos 3 y 4), El Salvador (artículos 163 y 164), Guatemala (artículos 43 y 46), Haití (artículo 17), Honduras (artículos 51 y 57), México (artículo 14), Nicaragua (artículo 39), Panamá (artículo 22), Paraguay (artículo 50), Perú (artículo 56), República Dominicana (artículo 8, inciso 2), Uruguay (artículo 7) y Venezuela (artículo 60).

Al mismo tiempo, la casi totalidad de las constituciones europeas y latinoamericanas contienen numerosas disposiciones instrumentales, es decir,

disposiciones que representan medios jurídicos que otorgan garantías legales precisas en caso de privación de la libertad. Estas normas constituyen los principios fundamentales y específicos en los que debe basarse el régimen jurídico de la detención preventiva. Muchas de estas garantías son comunes a los países de las dos regiones consideradas, si bien otras no figuran sino en las constituciones latinoamericanas. A todas ellas habremos de referirnos con mayor detalle a través de las subsiguientes secciones que integran este capítulo, por lo que solamente nos concretaremos aquí a ubicarlas constitucionalmente.

Entre las garantías comunes encontramos, en primer lugar, la de la legalidad, ya sea de la determinación de los delitos que pueden dar lugar a la privación de la libertad, ya sea de la previsión de los casos y formas en que una persona puede ser sometida a detención preventiva.

Tal garantía está reconocida, en Europa occidental, por las constituciones de: Alemania Federal (artículo 2, inciso 2, y 104, inciso 1), Bélgica (artículo 7), Dinamarca (artículo 71, inciso 2), Francia (artículo 66 de la Constitución de 1958 y 7 de la Declaración de 1789), Grecia (artículo 4), Inglaterra (artículo 39 de la Carta Magna de 1215), Irlanda (artículo 40, párrafo 4, inciso 1), Italia (artículo 13), Noruega (artículo 99), Países Bajos (artículo 164) y Suecia (artículo 16). En América Latina, la contienen las constituciones de: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículo 9), Brasil (artículo 150, inciso 12), Colombia (artículo 23), Costa Rica (artículo 39), Cuba (artículos 57 y 58), Chile (artículos 13 y 19), Ecuador (artículo 187, inciso 4), El Salvador (artículos 164 y 165), Guatemala (artículos 46 y 49), Haití (artículo 17), Honduras (artículo 57), México (artículos 14 y 16), Nicaragua (artículo 39), Paraguay (artículo 64), Perú (artículo 57), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra c), Uruguay (artículo 7) y Venezuela (artículo 69).

Después, ocupa un lugar importante la garantía contra las detenciones arbitrarias. Esta garantía condiciona la aplicación de toda detención, salvo la excepción unánime en caso de flagrante delito, a la expedición del o de los mandatos por parte de la autoridad competente, la cual, en general, es una autoridad judicial.

Esta garantía se encuentra prevista en las constituciones europeas de: Alemania Federal (artículo 104, inciso 2), Bélgica (artículo 7), Dinamarca (artículo 71, inciso 3), Francia (artículo 7 de la Declaración de 1789), Grecia (artículo 5), Italia (artículo 13), Luxemburgo (artículo 12) y Países Bajos (artículo 164). Todas las constituciones latinoamericanas prevén esta garantía: la argentina (artículo 18), la boliviana (artículo 9), la brasileña (artículo 150, inciso 12), la colombiana (artículo 23), la costarricense (artículo 37), la cubana (artículo 58), la chilena (artículo 13), la ecuatoriana (artículo 187, inciso 4), la salvadoreña (artículo 166), la guatemalteca (artículo 46), la haitiana (artículo 17), la hondureña (artículo 62), la mexicana (artículo 16), la nicaragüense (artículo 40), la paraguaya

ya (artículo 59), la peruana (artículo 56), la dominicana (artículo 8, inciso 2, letra b), la uruguaya (artículo 15) y la venezolana (artículo 50 y 60, inciso 1).

Sin embargo, cabe señalar algunas excepciones como las siguientes: entre las constituciones europeas, la italiana prevé, en su artículo 13, que en ciertos casos de necesidad y de urgencia las autoridades encargadas de la seguridad pública pueden tomar medidas provisionales en cuanto a la detención de una persona, tales medidas, en todo caso, deberán ser comunicadas en un término perentorio a la autoridad judicial, la cual puede o bien confirmarlas o bien privarlas de todo efecto.

En el mismo sentido, las constituciones de Costa Rica (artículo 37), Chile (artículo 15), México (artículo 16) y Venezuela (artículo 60, inciso 1), autorizan a ordenar la detención, las dos primeras y la cuarta, a las autoridades policíacas y, la tercera, a cualquiera autoridad administrativa. En nuestro país, como veremos más adelante, esta facultad excepcional otorgada a las autoridades administrativas ha sido, desde hace mucho tiempo, severamente criticada, considerándosele como la causa de detenciones tanto frecuentes como prolongadas, llegando incluso a plantearse la necesidad de una reforma constitucional a este respecto.

Una última excepción que es preciso mencionar es la contemplada por la constitución colombiana, la cual dispone, en su artículo 28, inciso 1, que cuando hay motivos fundados que hagan temer serias perturbaciones del orden público, podrán ser aprehendidas y retenidas, mediante orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, todas aquellas personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

Por otra parte, el derecho a la libertad provisional, generalmente bajo fianza o caución, es considerado como una garantía constitucional por las Leyes fundamentales de: Dinamarca (artículo 71, inciso 3) e Islandia (artículo 65), así como las de: Brasil (artículo 150, inciso 12), Honduras (artículo 64), México (artículo 20, inciso I) y Venezuela (artículo 60, inciso 6).

Otro principio que reviste rango constitucional es el de la presunción de inocencia, el cual encontramos consagrado por el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789, por el artículo 27 de la Constitución italiana y, entre las constituciones latinoamericanas, por las de Bolivia (artículo 16), Ecuador (artículo 187, inciso 2), Honduras (artículo 60) y Paraguay (artículo 63).

La inviolabilidad del derecho de defensa está reconocido, en Europa occidental, por las constituciones de Alemania Federal (artículo 104, inciso 3), Italia (artículo 24) y los Países Bajos (artículo 164), y, en América Latina, por las Cartas fundamentales de: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículo 16), Brasil (artículo 150, incisos 15 y 16), Costa Rica (artículo 39), Cuba (artículo 58), Guatemala (artículos 51 y 53), Honduras (artículos 57 y 80), México (artículo 20, incisos II al VII y IX), Nicaragua (artículos 44 y 50), Paraguay (artículos 60 y 62), República Dominicana (ar-

título 8, inciso 2, letra j), Uruguay (artículo 16) y Venezuela (artículo 60, incisos 1, 5 y 68).

La prohibición de violencias físicas o morales, sea con motivo de la aprehensión, sea en el curso de la detención, así como el severo castigo de las mismas, se contemplan en las constituciones de: Alemania Federal (artículo 104, inciso 1), Francia (Declaración de 1789, artículo 9), Grecia (artículo 18), Italia (artículo 13), Noruega (artículo 96) y Suiza (artículo 65). Por lo que toca a las constituciones latinoamericanas, tal prohibición la consagran las de: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículo 12), Brasil (artículo 150, inciso 14), Costa Rica (artículo 40), Cuba (artículo 57 y 58), Chile (artículo 18), Ecuador (artículo 187, inciso 1), El Salvador (artículo 168), Guatemala (artículo 55), Haití (artículo 17), Honduras (artículo 65), México (artículo 19), Nicaragua (artículo 52), Panamá (artículo 30), Paraguay (artículo 65), Perú (artículo 57), República Dominicana (artículo 8, inciso 1), Uruguay (artículo 26) y Venezuela (artículo 60, inciso 3).

La garantía relativa a la duración máxima de la detención preventiva no se encuentra prevista sino en las constituciones griega (artículo 5), italiana (artículo 13), las cuales respecto a la fijación de los términos mismos reenvían a la ley secundaria, y la mexicana (artículo 20, inciso VIII) que fija ella misma los términos máximos.

La prohibición de cualquier tipo de privación de la libertad por mero incumplimiento de obligaciones de carácter puramente civil, está prevista por la Constitución de Suiza (artículo 59), así como por casi todas las constituciones latinoamericanas como son las de: Brasil (artículo 150, inciso 17), Colombia (artículo 23), Costa Rica (artículo 38), Ecuador (artículo 187, inciso 3), El Salvador (artículo 168), Guatemala (artículo 49), México (artículos 17 y 20, inciso X), Nicaragua (artículo 48), Panamá (artículo 21), Paraguay (artículo 64), Perú (artículo 58), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra a), Uruguay (artículo 52) y Venezuela (artículo 60, inciso 2).

Dos excepciones cabría señalar a este respecto. La primera, prevista por el mismo artículo 150, inciso 17, de la Constitución brasileña, que permite la privación de la libertad del depositario que hubiere faltado a sus obligaciones. La segunda, contemplada por el artículo 39 de la Constitución de Costa Rica, que autoriza ciertas detenciones en casos de insolvencia, quiebra y concurso de acreedores.

Por último, todavía dentro del grupo de principios comunes, figura el relativo a la indemnización de las personas que hubieren sufrido una detención preventiva injustificada o abusiva, el cual se encuentra previsto entre los países europeos, por las constituciones de Grecia (artículo 5) e Italia (artículo 24), y, entre los latinoamericanos, por las constituciones de Chile (artículo 20), El Salvador (artículo 171), Nicaragua (artículo 77 y Paraguay (artículo 53).

Entre los principios que no se encuentran consignados sino en las constituciones latinoamericanas cabría mencionar, en primer término, el que prescribe que nadie podrá ser obligado a prestar juramento ni constreñido a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más cercanos. Esta garantía está consagrada en las constituciones de: Argentina (artículo 18), Bolivia (artículo 14), Colombia (artículo 25), Costa Rica (artículo 36), Chile (artículo 18), Ecuador (artículo 187, inciso 9), Guatemala (artículo 50), Honduras (artículo 69), México (artículo 20, inciso II), Nicaragua (artículo 53), Panamá (artículo 24), Paraguay (artículo 62), Perú (artículo 57), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra i), Uruguay (artículo 20) y Venezuela (artículo 60, inciso 4), y, en segundo término, el que no incluye sino la Constitución mexicana (artículo 20, inciso X), que garantiza la imputación sobre la pena del tiempo pasado en detención preventiva.

Finalmente, diversas constituciones latinoamericanas imponen la suspensión de los derechos y prerrogativas del ciudadano, a todos aquellos que se encuentren sujetos a proceso, y ello, a partir del momento de la confirmación de la detención preventiva. Esta restricción se encuentra prevista por las constituciones de: Chile (artículo 8, inciso 2), El Salvador (artículo 26, inciso 1), Ecuador (artículo 19, inciso 3), Honduras (artículo 36, incisos 1 y 2), México (artículo 38) y Uruguay (artículo 80, inciso 2).

Ahora bien, aparte las ventajas del enunciado dentro de la constitución de todas estas normas generales de la más alta jerarquía, si se toma en cuenta tanto el principio de la supremacía constitucional como el hecho de la mayor dificultad para reformar la constitución, los propios textos constitucionales proveen a la protección efectiva de la libertad y de la seguridad personales a través de diferentes medios, recursos o mecanismos. Algunos de éstos no cumplen sino una función complementaria a la de aquellos recursos que implican instrumentos específicos destinados a otorgar una protección directa o indirecta a la libertad y seguridad del ser humano.

Uno de tales medios complementarios es el que afecta de nulidad absoluta y, por tanto, priva de todo efecto, a todo acto ordenado y a toda medida tomada o consentida por las autoridades en infracción a las garantías de libertad y seguridad personales, así como a toda confesión, declaración o juramento hechos bajo coacción por el inculpado.

Este medio complementario está previsto expresamente sólo en una de las constituciones europeas, o sea, en la de Italia (artículo 13), y, entre las latinoamericanas, la consignan las siguientes: Honduras (artículo 69), Paraguay (artículo 62), Perú (artículo 57), Uruguay (artículo 20) y Venezuela (artículo 46).

Otro de estos medios complementarios también previsto por los textos constitucionales, es el que finca responsabilidad civil o penal, según sea el caso, a toda autoridad que hubiere solicitado, ordenado, ejecutado, hecho ejecutar o consentido una detención preventiva injustificada o abusiva, o

que hubiere realizado actos en violación de las garantías que se otorgan a la libertad y seguridad personales.

Las constituciones europeas que contemplan esta responsabilidad son las de: Francia (artículo 7 de la Declaración de 1789), Grecia (artículo 5), Italia (artículo 28) y Noruega (artículo 99).

Entre las latinoamericanas, la prevén las constituciones de: Bolivia (artículo 13), Colombia (artículo 21), Guatemala (artículo 51), Haití (artículo 17), Honduras (artículo 58, inciso 2, letra b y 69), México (artículo 19), Nicaragua (artículo 40), Paraguay (artículo 62), Uruguay (artículos 23 y 24) y Venezuela (artículo 46).

Cabe hacer hincapié en que las constituciones de Bolivia, Colombia, Nicaragua y Venezuela, agregan, las dos primeras y la cuarta en las mismas disposiciones citadas y la tercera en el artículo 57, que la obediencia a órdenes superiores de ninguna manera tendrá por efecto exonerar de responsabilidad directa a los funcionarios y autoridades del Estado.

Huelga decir, sin embargo, que los medios de protección más importantes están representados por los recursos. Dicho de otra manera, son precisamente las garantías, en el sentido estricto del término, las que ofrecen la mayor posibilidad de asegurar una protección efectiva de la libertad y de la seguridad de las personas.

Estos recursos o mecanismos, como ya hemos dicho, comprenden tanto instrumentos específicos, bajo diferentes denominaciones, como procedimientos y mecanismos, ya sea directos o indirectos, encaminados a garantizar y proteger al individuo contra detenciones preventivas ilegales o arbitrarias.

Veamos aquí cuáles son y en qué consisten tales instrumentos y mecanismos de protección, puesto que la mayoría de ellos tienen su fuente en los principios constitucionales.

Entre los recursos específicos que encontramos en Europa occidental cabe señalar, desde luego, el tradicional *habeas corpus* inglés, establecido de manera definitiva por el *Habeas Corpus Act* de 1679 y completado diez años más tarde por el *Bill of Rights* de 1689, cuyo artículo 10 habría de prohibir las cauciones excesivas para el otorgamiento de la libertad provisional, con vistas a dar efectividad al recurso de *habeas corpus*.

Enseguida, debemos mencionar los recursos constitucionalistas previstos por las Cartas fundamentales de: Alemania Federal (artículo 93, inciso 4, letra a), bajo el nombre de *Verfassungsbeschwerde* (literalmente: queja constitucional); Austria (artículo 144, inciso 1), denominado únicamente como *Beschwerde* (literalmente: queja); y, Suiza (artículo 113, inciso 3), con la denominación de *Staatrechtliche Beschwerde* (literalmente: queja de derecho público).

Por regla general, de estos recursos conocen los tribunales especializados en materia constitucional, establecidos por la propia constitución. Así, son competentes, en Alemania Federal, el Tribunal Constitucional Federal (artículos 93-94), y, en Austria, la Corte Constitucional (artículos 137 a 148).

Por el contrario, en Suiza este recurso cae dentro de la competencia del Tribunal Federal (artículos 106 a 114).

En los países europeos donde no existen instrumentos específicos semejantes, como es el caso de Bélgica, Francia, Grecia, Italia, etcétera, son por lo general los tribunales administrativos, salvo en Italia, donde a éstos hay que agregar la Corte Constitucional establecida por los artículos 134 a 137 de la Constitución, a los que compete otorgar una protección indirecta contra las detenciones preventivas ilegales o arbitrarias.

En efecto, bajo la inspiración del sistema francés de tribunales administrativos de jurisdicción delegada, en los países europeos a que acabamos de hacer alusión, así como en muchos otros fuera de la Europa occidental, la tarea protectora de la libertad personal se confía o, mejor dicho, es asegurada, de manera indirecta, por Consejos de Estado creados conforme al modelo francés.

No obstante, en todos estos países tal protección indirecta se ha confiado también a las cortes de casación nacionales respectivas, lo que no ha dejado de provocar ciertos conflictos en cuanto a la atribución de competencias jurisdiccionales, así como ciertas divergencias por lo que se refiere a las interpretaciones hechas y a las soluciones dadas en casos semejantes.

Por último, un mecanismo que más que judicial es político pero que ocupa un lugar muy importante, sobre todo en los países escandinavos en donde tuvo sus orígenes constitucionales, es el conocido con el nombre de *Ombudsman*, el cual ejerce una vigilancia sobre la actividad de ciertas autoridades del Estado, y ante el cual los ciudadanos pueden denunciar o quejarse de los ataques y violaciones susceptibles de cometerse contra sus derechos fundamentales.

Se trata de un funcionario autónomo, aunque vinculado a los parlamentos nacionales, instituido por primera vez por la Constitución sueca de 1809, después por la Constitución danesa en 1953 y, finalmente por la Constitución noruega en 1962.

Como recurso específico contra las detenciones ilegales o arbitrarias, los países latinoamericanos, habiendo recibido la influencia del *habeas corpus* angloamericano, consagraron este recurso en sus Leyes fundamentales a lo largo del siglo pasado y en el curso de las primeras décadas del actual.

En todo caso hoy día tal recurso se encuentra previsto, expresa o implícitamente, en casi todas las constituciones latinoamericanas y, concretamente, en las de: Bolivia (artículo 18), Brasil (artículo 150, inciso 20), Costa Rica (artículo 48), Cuba (artículo 123), Chile (artículo 16), Ecuador (artículo 187, inciso 4), El Salvador (artículo 164), Guatemala (artículo 79 y 84), Honduras (artículo 58, inciso 2, letras a y b), México (artículos 103 y 107), Nicaragua (artículo 42), Panamá (artículo 24), Paraguay (artículo 78), Perú (artículo 69), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra g), Uruguay (artículo 17 y 18) y Venezuela (Quinta disposición transitoria).

Ciertas observaciones se imponen, no obstante, en relación con algunos de los países que acabamos de mencionar y con otros que no figuran entre aquellos.

En los casos de Cuba y de México, debemos señalar que los textos constitucionales citados no se refieren expresamente al recurso de *habeas corpus*, sino al de amparo. Éste, al menos, en el caso mexicano, extiende su función protectora a la libertad personal, es decir, que puede hacerse valer también contra toda detención irregular.

Por su parte, la Constitución venezolana integró el *habeas corpus* al recurso de amparo previsto por el artículo 49; empero, en espera de la adopción de la ley reglamentaria de este recurso, conservó el *habeas corpus* en la disposición transitoria citada.

En cuanto a la Constitución chilena, ésta no se refiere expresamente ni a uno ni a otro de estos dos recursos.

Por último, en Argentina, la reforma de 1949 introdujo el recurso de *habeas corpus* en la Constitución de 1853 actualmente en vigor. Sin embargo, una proclamación del Gobierno Provisional y una resolución de la Asamblea Nacional Constituyente de 1957, suprimieron dicha reforma.

Sección II. Las condiciones de fondo

1. En Europa occidental

Por lo que se refiere a las condiciones materiales en el dominio de aplicación de la detención preventiva, cabe señalar, desde ya, que, por un lado, en esta región subsisten ciertas diferencias entre el derecho inglés proveniente del *common law* y los sistemas continentales o de derecho civil, si bien, como tendremos ocasión de ver a lo largo del desarrollo de esta sección, tales diferencias parecen ser más de grado que de esencia, y, por el otro, que las diferencias otrora existentes entre el sistema jurídico francés y el germano-escandinavo, diferencias consistentes en que, conforme al primero, el juez era prácticamente libre de ordenar la detención preventiva cada vez que la considerase necesaria, mientras que, de acuerdo con el segundo, tal poder discrecional del juez estuvo siempre limitado por la enumeración de los criterios específicos que permiten la aplicación de la detención preventiva, dicha diferencia, repetimos, ha sido definitivamente descartada a partir del momento en que el legislador francés reemplazó el principio de la oportunidad de la detención preventiva por la enumeración limitativa de los motivos de detención, en el texto mismo de la ley, adoptando así un principio jurídico que se aplica en numerosos países continentales europeos.

En consecuencia, podemos decir que hoy día el derecho positivo europeo, en general, reconoce, expresa o implícitamente, tres tipos de condiciones materiales o de fondo en materia de detención preventiva, a saber: pri-

mero, una causa probable de culpabilidad por parte del inculpado; segundo, uno o varios motivos que hagan necesaria la aplicación de esta medida; y, tercero, una cierta gravedad del delito.

La legislación de la República Federal de Alemania, concretamente el artículo 112, inciso 1, del Código de procedimientos penales,¹⁰⁶ es harto ilustrativo a este respecto. Conforme a esta disposición, sólo podrá decretarse la detención preventiva de una persona cuando respecto de ella existan indicios graves y haya un motivo para aplicar tal medida. No podrá ser ordenada cuando, en función de la importancia del caso y de la pena o medida de seguridad que pudiere llegar a pronunciarse, esta medida aparece como desproporcionada.¹⁰⁷

Tal disposición, en tanto norma fundamental del derecho alemán en materia de detención preventiva, al tiempo que precisa las condiciones de procedencia de esta medida, fija el orden en que el juez deberá examinarlas.¹⁰⁸

Veamos a continuación en qué consisten y cómo se encuentran reguladas en diversos países europeos cada una de estas diferentes condiciones.

A. *La causa probable de culpabilidad.* En general, la detención preventiva no puede ser ordenada sino en caso de que, en el momento de la detención, existan indicios graves o, en otros términos, fuertes probabilidades de que el inculpado haya cometido efectivamente la infracción penal que se le imputa, y que en tal virtud éste será condenado.

Sin embargo no todas las legislaciones de los diferentes países prevén expresamente, en el marco del derecho sobre la detención preventiva, la exigencia de indicios precisos.

En efecto, dado que el desencadenamiento de todo procedimiento contra una persona determinada debe fundarse en una acusación o en una sospecha que haga probable la culpabilidad de dicha persona, la detención será con frecuencia sometida simplemente a las reglas generales relativas a la apertura del procedimiento penal. En consecuencia, los indicios en que se funda la detención serán sometidos a mayores exigencias, es decir, que sólo serán tomados en cuenta en la medida en que presenten una cierta gravedad.

En Alemania Federal, como ya lo apuntamos, la existencia de estos indicios graves es una condición necesaria para la aplicación de la detención preventiva, según lo establece expresamente el artículo 112, inciso 1, primera frase, del Código de procedimientos penales.

¹⁰⁶ En lo sucesivo C.p.p. cuando la cita sea entre paréntesis.

¹⁰⁷ Cfr. Jescheck, H. H. "La réforme de la détention préventive en Allemagne et en France", *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II: Etudes de science pénale et de politique criminelle. París, Ed. A. Pédone, 1975, p. 396; Mueller, G. O. W., Le Poole, F. y Chichung-Wang, J., "Non-Punitive Detention: A Comparative Study", *Ottawa Law Review*, 1968, vol. 2, núm. 2, pp. 426 y ss.

¹⁰⁸ Grebing, G., *op. cit.*, p. 962.

En este país se considera que la condición basada en la existencia de indicios graves constituye una barrera contra las detenciones precipitadas e injustificadas. No obstante, su eficacia práctica ha sido puesta en duda, al menos por lo que al pasado inmediato se refiere, dado que si bien el juez debía examinar los indicios graves en tanto que criterio jurídico, no estaba obligado al mismo tiempo a motivarlos a través de hechos precisos. De ahí que la expresión “contra quien existen indicios graves”, ya se encontraba impresa de antemano en los formularios de los mandatos de detención.

Aparte de otras críticas enderezadas contra la pasada práctica de la detención preventiva, a las cuales ya nos hemos referido con anterioridad,¹⁰⁹ se reprochaba también el que en numerosos casos se procedía a la detención por la simple sospecha de que más tarde sería posible establecer la existencia de los indicios graves.

A partir de la ya citada¹¹⁰ ley del 19 de diciembre de 1964, la cual modificó tanto el Código de procedimientos penales como el Código de organización judicial, esta condición, al igual que las causas de la detención preventiva, deben ser obligatoriamente motivadas; el mandato de detención debe mencionar también, en lo sucesivo, los hechos derivados de los resultados esenciales de la averiguación, de los cuales puedan desprenderse los indicios graves (artículo 114, inciso 2, Código de procedimientos penales). Así, se pensó, quedaría garantizado el que el juez procedería efectivamente a la verificación de las probabilidades de que una condena pudiera llegar a pronunciarse, aun cuando dispusiera de poco tiempo para decidirse sobre la oportunidad de expedir un mandato de detención, vistas la urgencia y la rapidez también exigidas.

Sea como fuere, se ha llegado a señalar que en todo caso, tal como lo muestran las encuestas sobre la práctica de la detención preventiva en este país, antes como ahora se pueden abrigar ciertas dudas en cuanto a la eficacia de esta primera condición exigida para la aplicación de la detención preventiva.

En Bélgica, aun cuando la ley del 20 de abril de 1874, relativa a la detención preventiva, reformada como ya mencionamos¹¹¹ por la Ley del 13 de marzo de 1973, no contiene ninguna referencia a esta condición, tanto la doctrina como la jurisprudencia¹¹² se han pronunciado en el sentido de que la primera condición requerida para que una persona pueda ser sometida a la detención preventiva es la existencia de indicios de culpabilidad en contra de tal persona.

En Francia, hasta la adopción de la Ley del 17 de julio de 1970, únicamente el artículo c. 274 del Código de procedimientos penales trazaba las grandes líneas a las que debía ajustarse la aplicación de la detención pre-

¹⁰⁹ Véase *supra*, p. 56.

¹¹⁰ Véase *supra*, p. 62.

¹¹¹ Véase *supra*, p. 64.

¹¹² Cfr. Bernard-Tulkens, F. y Bosly, H. D., *op. cit.*, p. 87.

ventiva. Así sólo se establecía que esta medida presuponía la existencia de graves presunciones de culpabilidad y el temor de que otros riesgos llegaren a realizarse. La detención preventiva no conocía, por tanto, ningún criterio legal, ni tampoco ninguna otra disposición precisaba los elementos constitutivos de la “medida excepcional” que se suponía debía ser la detención preventiva, acorde con lo dispuesto por el artículo 137 del Código de procedimientos penales de 1957.

En efecto, aparte del artículo 138 del mismo código que, en materia correccional, limitaba a cinco días la detención preventiva para los delitos cuya pena fuese inferior a dos años de reclusión, siempre y cuando el inculcado, domiciliado en Francia, no hubiere sido condenado con anterioridad sea por un crimen, sea a una pena de prisión de más de tres meses, no existían otras normas sobre el particular, por lo que es fácilmente perceptible que la reglamentación existente, más que relacionada con algún criterio de aplicación de la detención preventiva, se refería sobre todo al mantenimiento de la misma, situación que reflejaba una grave laguna y que no había permitido ningún progreso en la materia.

En la práctica, la oportunidad de la aplicación de esta medida excepcional era una simple cuestión de hecho, dejada al arbitrio del juez, razón por la cual las jurisdicciones de instrucción tenían entera libertad de apreciación para prescribir, mantener o prolongar la detención.

Por su cuenta, la Corte de Casación se consideraba descalificada para admitir o rechazar los motivos de una petición de puesta en libertad, desde el momento y en la medida en que tal petición ya había sido objeto de una apreciación soberana por parte del juez que conocía del caso.

Veamos algunos ejemplos a este respecto. En una decisión del 5 de octubre de 1960, se establecía que “las jurisdicciones tienen poder discrecional para determinar las condiciones a las que queda subordinada la puesta en libertad que conceden, siendo su decisión soberana desde el momento en que ésta se funda en un motivo jurídico”. En el mismo sentido, en una decisión del 10 de febrero de 1966, la Sala Penal confirmaba que la decisión del juez al respecto era soberana “desde el momento en que se funda en un motivo legítimo”.¹¹³

De hecho, como ya lo señalamos con anterioridad,¹¹⁴ las funciones de la Corte de Casación en materia de detención preventiva se limitaban al control de la competencia de la sala de acusación, de la regularidad de sus decisiones y de la legalidad de la acción persecutoria. De ahí que el papel regulador atribuido a esta alta jurisdicción no tuviese ninguna relevancia práctica en esta materia de capital importancia.

La reforma realizada mediante la Ley del 17 de julio de 1970, vino a poner término a esta grave laguna jurídica. La detención, hoy calificada

¹¹³ Decisiones citadas por Aydalot, M., *op. cit.*, p. 275.

¹¹⁴ Véase *supra*, pp. 35 y 36.

como “provisional”, ya no queda supeditada únicamente a la apreciación subjetiva y aleatoria de los magistrados de la instrucción.

En la actualidad, esta medida excepcional no puede ya fundarse sino en la correlación entre los hechos constatados por el juez, y las definiciones que éste, para justificar la medida, habrá de tomar de lo dispuesto por los artículos 144 y 145 del Código de procedimientos penales, disposiciones en las cuales se especifican, expresamente, las únicas hipótesis legales en las que la detención provisional es susceptible de responder a los objetivos que se precisan en el artículo 137 del propio código, o sea, para asegurar las necesidades de la instrucción o, también, como medida de seguridad.

De todas formas, por lo que respecta a la primera de las condiciones materiales requeridas que nos ocupa en este momento, la exigencia de indicios graves como requisito indispensable para la imposición de la detención provisional no se encuentra prevista expresamente por la ley.

En rigor, tal exigencia podría desprenderse del nuevo artículo 144, inciso 1, del Código de procedimientos penales, el cual dispone que la detención provisional del inculcado podrá ordenarse o mantenerse cuando ésta “es el único medio para conservar . . . los indicios materiales”. También en forma indirecta, ya con anterioridad a la reforma, el artículo 63, inciso 2, del Código de procedimientos penales mencionaba los indicios graves, si bien lo hacía en el marco de las facultades otorgadas a los funcionarios de la policía judicial.

En todo caso, no es sino por tradición que la existencia de esta condición se ha hecho evidente,¹¹⁵ desde que Faustin Hélie,¹¹⁶ generalizando el sentido del artículo 40 del Código de instrucción criminal, calificaba, ya desde el siglo pasado, a estos indicios graves de “condición autónoma” de la detención preventiva.

En Inglaterra,¹¹⁷ cuyo sistema jurídico pertenece al sistema angloamericano del *common law*, la *Criminal Justice Act* de 1967 llevó a cabo una profunda revisión del derecho sobre la detención preventiva, tratando también de hacer, a través de su artículo 18, de ella una medida excepcional. Conforme a la disposición citada, la detención preventiva puede decretarse cuando existe un motivo razonable para presumir a una persona responsable de la comisión de un delito grave.

¹¹⁵ Cfr. Pradel, J., “La réforme de la détention préventive”, *Gazette du Palais*, t. Doctrina, p. 10.

¹¹⁶ *Op. cit.*, pp. 616 y ss.

¹¹⁷ Teitelbaum, Lee E., “Some comparative aspects of Pre-Trial Seizures of Suspects in Criminal Cases”, *Revue des droits de l’homme*, París, 1972, vol. v, núms. 2-3, p. 423; Daintith, T. C. y Wilkinson, A. B., “Bail and the Convention: British Reflection son the Neumeister and Wemhoff Cases”, *The American Journal of Comparative Law*, 1970, vol. xviii, núm. 2, p. 332. Mc Lean, J. D. y Wood, J. C., *Criminal Justice and the Treatment of Offenders*, London, Sweet and Maxwell Ltd., 1969, p. 177.

En Luxemburgo,¹¹⁸ las reformas adoptadas en materia de detención preventiva por la Ley del 28 de julio de 1973 están esencialmente enfocadas a la reglamentación de los mandatos que puede expedir el juez de instrucción. Mediante las modificaciones aportadas en esta materia, el legislador se propone reforzar la protección de la libertad personal sometiendo la expedición de los mandatos de conducir, de depósito y de detención, a condiciones tanto más estrictas cuanto más numerosas, entre las cuales algunas son acumulativas y otras son alternativas.

Es precisamente entre las condiciones acumulativas y previas¹¹⁹ que enumera el nuevo artículo 94 del Código de instrucción penal, donde encontramos la exigencia de indicios graves de culpabilidad.

En los Países Bajos esta condición está prevista por el artículo 64 del Código de procedimientos penales.¹²⁰

Por último, en Suecia, la ley precisa las circunstancias en que una persona puede o debe ser sometida a detención preventiva. Esto puede ocurrir, según el artículo 24, inciso 1, primera frase, cuando, entre otros, existe un motivo racional para creer que una persona ha cometido un delito sancionado con una pena de reclusión a trabajos forzados.¹²¹

Ahora bien, es menos en relación con la existencia o no de esta condición que en ocasión del examen de los motivos que justifican la imposición de la detención preventiva, donde vamos a encontrar el punto crucial de la decisión sobre la aplicación de esta medida.

B. Los motivos que justifican la detención preventiva. Los países europeos pertenecientes al sistema jurídico de derecho civil reconocen, en general, tres motivos por los cuales la detención preventiva puede ser aplicable, motivos que representan otros tantos riesgos a prevenir mediante la detención. Tales riesgos son los siguientes:

- a) el riesgo de fuga;
- b) el riesgo de colusión y,
- c) el riesgo de reiteración de la infracción.

A este respecto cabe hacer algunas advertencias previas. En primer lugar,

¹¹⁸ Cfr. Sacotte, Jacqueline, "Les modifications du régime de la détention préventive en droit luxembourgeois", en: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Nouvelle Série 1975, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 991 y ss.

¹¹⁹ Tales condiciones son las siguientes: el interrogatorio del inculpado, la existencia de indicios graves de culpabilidad y la gravedad de la infracción apreciada en función de la pena aplicable. Cfr. *ibidem*, p. 995, nota 12.

¹²⁰ Mueller, G. O. W., etc., *op. cit.*, p. 427.

¹²¹ Botein, Bernard y Sturz, Herbert J., "Informe sobre las prácticas seguidas en Suecia, Dinamarca, Inglaterra e Italia en materia de libertad provisional y prisión preventiva", en: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, vol. v, núm. 2, invierno, 1964, p. 253.

las disposiciones de los diferentes países relativas a los dos primeros motivos o riesgos a prevenir, a pesar de algunas diferencias significativas en cuanto a la intensidad de la presunción del peligro de fuga, a la gravedad del delito imputado y al lugar de residencia del inculpado, son muy semejantes entre sí, siendo por el contrario más dispares por lo que al tercer motivo se refiere. En segundo lugar, ciertas legislaciones europeas, además de las anteriores, reconocen otros motivos de detención. Y, en tercer lugar, según se deja entrever de la primera de estas observaciones previas, ciertos países incluyen entre los motivos de detención la gravedad del delito, la cual nosotros consideramos y tratamos como una de las tres condiciones de fondo de la detención preventiva, según veremos a continuación.

Así, por ejemplo, en Alemania Federal, donde desde 1877 hasta la reforma de 1964, la fuga, o la sospecha de fuga, y el riesgo de colusión, o sea, el peligro de que se atente contra la conservación de las pruebas, habían sido los dos motivos clásicos del derecho de la detención preventiva, no sería sino con la Ley del 19 de diciembre de 1964, que modificó el procedimiento penal, y mediante las enmiendas introducidas al régimen de la detención preventiva por la Ley del 7 de agosto de 1972, que vendrían a introducirse otros dos motivos justificativos de la detención preventiva, a saber: la *gravedad del delito* y el riesgo de reiteración de la infracción.¹²²

Sea como fuere, sobre este particular cabría subrayar aquí, como una característica del derecho alemán, la enumeración limitativa y el rigor de la formulación de los motivos de detención preventiva en la ley, en cuanto a manifestación concreta del principio de legalidad que rige con todo su rigor en este país en materia de detención preventiva, y, además, como uno de los principales medios previstos por la ley para reducir la frecuencia del empleo de esta medida.

Ahora bien, no obstante que este *numerus clausus* o, en otros términos, esta limitación del catálogo de los motivos de detención preventiva, aunada a la rigurosa obligación de motivar la decisión que impusiere esta medida, se revelaron hasta fechas recientes como un factor determinante en la disminución de la frecuencia de la detención preventiva en la práctica, los reproches dirigidos, según lo indicamos antes,¹²³ contra la reforma operada mediante la citada ley de 1964, en el sentido de que ésta, al descuidar los intereses de la persecución y de la lucha contra la delincuencia, había entrañado un considerable aumento de la criminalidad grave y en serie, provocaron la ampliación de los motivos de detención preventiva en los términos que acabamos de mencionar.

De todas formas, por lo que respecta a todos y cada uno de los motivos de detención preventiva admitidos hoy día por el derecho alemán, y previstos por los artículos 112, inciso 2, números 1 a 3, y 112a, del Código de

¹²² Grebing, G., *op. cit.*, pp. 962 y ss.

¹²³ Véase *supra*, pp. 62-63.

procedimientos penales, se dispone que su existencia no será admisible sino con base en hechos precisos.

Así, en cuanto al riesgo de fuga (artículos 112, incisos 1 y 2, Código de procedimientos penales) que dicho sea de paso, es el de mayor significación práctica en este país, actualmente se exige la apreciación de las circunstancias de cada caso concreto, debiendo tomarse en consideración, por un lado, la situación familiar y profesional del inculpado, así como la existencia de un domicilio fijo, y, por el otro, la importancia de la pena prevista, o sea, por vía de consecuencia, la gravedad de la infracción.

Por lo que hace al peligro de destrucción de las pruebas, las consiguientes maniobras de obstrucción del procedimiento se encuentran formuladas de manera precisa en el artículo 112, inciso 2, número 3, letras *a* a la *c*, del Código de procedimientos penales y consisten: *a*) en la destrucción, alteración, remoción, supresión o falsificación de las pruebas materiales; *b*) en presiones o influencias ilícitas ejercidas sobre los cómplices, testigos o expertos; y, *c*) en la práctica indirecta de estas maniobras por medio de un tercero, en la medida en que representan un riesgo real que haga más difícil la manifestación de la verdad.

Por lo que se refiere al riesgo de reiteración de la infracción, previsto por el artículo 112a, inciso 1, números 1 y 2, del Código de procedimientos penales, la detención preventiva por este motivo es posible en caso de delitos contra las buenas costumbres, o cuando la detención es necesaria para evitar un peligro eminente, o, también, en caso de indicios graves de la comisión reiterada y continua de toda una serie de delitos graves que la propia disposición enumera, lo que da una extensión considerable a este motivo.

Por último, cabe señalar que, en este país, por una parte, el motivo de detención preventiva fundado en el peligro de fuga se encuentra restringido tratándose de infracciones menores, dado que conforme al artículo 113, inciso 2, del Código de procedimientos penales, la detención preventiva no será aplicable en caso de infracciones sancionadas con una pena privativa de libertad igual o inferior a seis meses o a una pena pecuniaria, a menos que, a las circunstancias del peligro de fuga previstas por el artículo 112, se agrega alguno o algunos de los siguientes hechos: que el sospechoso ya se haya fugado alguna vez, haga preparativos de fuga, no tenga domicilio fijo, o carezca de documentos de identidad. Por otra parte, que de acuerdo con el inciso 1 del mismo artículo 113, el motivo fundado en el peligro para la conservación de las pruebas está totalmente excluido tratándose también de delitos menores.

En cuanto a la legislación de otros países en relación con los motivos que examinamos, como ya se dijo¹²⁴ las disposiciones son muy parecidas.

Así, para no citar sino algunos ejemplos, en Austria, donde la Ley de

¹²⁴ Véase *supra*, p. 12.

1971 (BGB1 273/71), según mencionamos con antelación,¹²⁵ introdujo importantes modificaciones en materia de detención preventiva, según el artículo 180, inciso 2, números 1 a 3, del Código de procedimientos penales, y posteriormente a como acontecía con anterioridad, hoy día en caso de sospecha de la comisión de un delito sancionado con una pena de por lo menos diez años de prisión, la detención preventiva no deberá decretarse cuando los motivos fundados en el peligro de destrucción de las pruebas, en el riesgo de fuga y en el riesgo de reiteración de la infracción, puedan ser completamente descartados.¹²⁶

En este país, además, el peligro de fuga ya no se presume tratándose de delitos cuya pena máxima no sea superior a cinco años, o cuando el inculcado lleva una vida ordenada y tiene domicilio fijo en Austria, a menos que haya indicios de que realiza preparativos para fugarse (artículo 180, incisos 1 y 3, Código de procedimientos penales).

En el mismo sentido cabe citar el artículo 1o. de la ley luxemburguesa del 28 de julio de 1973, si bien en este país a los tres motivos en cuestión se les considera como “condiciones alternativas”;¹²⁷ el artículo 228 del Código de procedimientos penales de Noruega, cuyo inciso 4 exige en relación con el peligro de reiteración de la infracción, es decir, de reincidencia, tanto que el delito que se presume cometería el inculcado de permanecer en libertad sea de la misma naturaleza de aquel que se le imputa, como que haya una razón especial para creer que el inculcado repetirá la infracción penal o completará la que intentó o amenazó cometer;¹²⁸ el artículo 444 de la Ley Federal suiza sobre el procedimiento penal, de 1934, conforme al cual la fuga del inculcado resulta inminente, cuando éste está acusado de una infracción grave, no es posible establecer su identidad, o no tiene domicilio en Suiza;¹²⁹ así como el artículo 24 del Código sueco de procedimientos penales, cuyo inciso 1o., letra e, señala que una persona no residente a la que se impute la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad, podrá ser detenida si existen razones para creer que prepara su evasión; cuyo mismo inciso 1o., número 1, permite la detención preventiva cuando hay un “motivo racional” para creer que el inculcado podría cometer otros delitos; y cuyo inciso 3, previene que si el delito amerita una pena de prisión de por lo menos dos años, el presunto responsable será detenido “a menos que resulte evidente la inutilidad de tal precaución”.¹³⁰

Por último, y como lo señalamos al principio de este epígrafe,¹³¹ hay

¹²⁵ Véase supra, p. 62.

¹²⁶ Doleisch, W., *op. cit.*, p. 997.

¹²⁷ Sacotte, J., *op. cit.*, pp. 992-993.

¹²⁸ Mueller, G. O. W., etc., *op. cit.*, p. 430.

¹²⁹ Clerc, F., *op. cit.*, p. 65.

¹³⁰ Botein, B. y Sturz, H. J., *op. cit.*, p. 253.

¹³¹ Véase supra, p. 12.

ciertos países que además de los motivos a que acabamos de referirnos admiten otros de diversa naturaleza.

Así, en Alemania Federal, el mismo artículo 112, inciso 3, del Código de procedimientos penales, reconoce como motivo de detención la emoción suscitada en el público por el delito, sobreentendiéndose que tal motivo está reservado únicamente a los delitos más graves como son, por ejemplo, el homicidio intencional, el genocidio, los atentados con empleo de explosivos, etcétera.

Igualmente, en Francia, cuyo ordenamiento jurídico sólo de manera consuetudinaria conocía ciertos motivos de detención como la reincidencia, el peligro de fuga y la necesidad de la manifestación de la verdad,¹³² no habría de ser sino con la multicitada Ley del 17 de julio de 1970 que se reemplazaría definitivamente el principio de la oportunidad de la detención preventiva por la enumeración de los motivos de detención en el texto mismo de la ley, o sea, por el principio de legalidad en esta materia, el cual se aplica de manera general en los demás países de la región.

De ahí que se considere¹³³ como un progreso considerable el hecho de que el actual artículo 144 del Código de procedimientos penales limite los motivos de la detención provisional.

Ahora bien, tal limitación no es aplicable directamente sino en materia correccional, es decir, tratándose de delitos mas no de crímenes, según la distinción existente en este país,¹³⁴ opera cuando la pena prevista es igual o superior a dos años de prisión, o sea que queda excluida en materia de delitos menores, y contempla, aparte de los tres motivos generalmente admitidos, la necesidad de preservar el orden público, de proteger al inculpado y de prevenir la sustracción a las obligaciones del control judicial. Además, tal parece que la Corte de Casación está decidida a velar estrictamente por la observancia de los motivos de detención fijados por la ley.¹³⁵

C. *La gravedad del delito imputado.* Muchos de los ordenamientos jurídicos de los países continentales europeos admiten que la detención preventiva es aplicable, incluso, en ausencia de algún motivo de detención, cuando la infracción es particularmente grave.

Tal es el caso de Alemania Federal, donde si bien, como acabamos de ver, esta condición se incluye dentro de los motivos de detención, el propio artículo 112, inciso 3, agrega, después de señalar los delitos considerados

¹³² Helie, F., *op. cit.*, pp. 606 y ss.

¹³³ Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 398.

¹³⁴ No obstante cabe señalar que los motivos de detención fijados por la ley son indirectamente aplicables en materia de crímenes, dado que, según el artículo 148, párrafo 3, el juez de instrucción debe fundar su decisión denegando la petición de puesta en libertad en la existencia de alguno de los motivos de detención.

¹³⁵ Jescheck, H. H., *op. cit.*, pp. 396-397.

como los más graves, que en estos casos la detención preventiva podrá también ordenarse aún en ausencia de los demás motivos previstos en el mismo artículo.

La misma regla es contemplada por las legislaciones de diversos otros países, aun cuando en ciertos casos de manera mucho más extensiva que la alemana.

En Bélgica, la legislación no permite someter a una persona a detención preventiva sino cuando existen indicios que permitan creer que esta persona ha cometido una infracción de cierta gravedad.¹³⁶ Así, conforme al artículo 1o., inciso 3, de la Ley del 20 de abril de 1874, la detención preventiva es de pleno derecho si el delito puede entrañar la pena de trabajos forzados de quince a veinte años, o una pena más grave, lo que significa que el juez de instrucción no podrá dejar en libertad al inculpado, si no cuenta con la conformidad del Procurador del Rey.¹³⁷

En Italia, de acuerdo con el artículo 253 del Código de procedimientos penales, la detención preventiva será obligatoria en los casos de comisión de los siguientes delitos:

1. delitos contra la seguridad del Estado que tengan señaladas penas cuya gravedad varíe entre la privación de libertad durante cinco años como mínimo y diez años o reclusión perpetua como máximo;
2. delitos que tengan señaladas penas cuya gravedad varíe entre cinco años de prisión como mínimo y quince años o pena de cadena perpetua como máximo;
3. compraventa de esclavos;
4. tráfico clandestino o fraudulento de estupefacientes; y,
5. falsificación de moneda, o introducción o utilización de moneda falsa dentro del país, a sabiendas de su carácter.¹³⁸

A la inversa, diversos países europeos suprimen o limitan la permisibilidad de la detención preventiva cuando la pena señalada al delito de que se trate no excede un mínimo determinado.

Así, en Alemania Federal, en tanto regla general fundada en el principio de la proporcionalidad expresamente establecido en los artículos 112, inciso 1, segunda frase, y 120, inciso 1, del Código de procedimientos penales, la detención preventiva no podrá ser ordenada, aun si todas las demás condiciones existiesen, cuando tomando en consideración la importancia del caso y las penas o medidas de seguridad susceptibles de pronunciarse,

¹³⁶ Cfr. Velu, Jacques, "La Convention européenne des Droits de l'Homme et la procédure pénale belge", en: *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Ed. A. Pedone, París, 1968, p. 417.

¹³⁷ Bernard-Tulkens, F., etc., *op. cit.*, p. 87.

¹³⁸ Botsin, F., etc., *op. cit.*, p. 272.

esta medida fuera notoriamente desproporcionada.¹³⁹

De ahí que en tal país y en dicho sentido, esta desproporcionalidad representa una condición negativa en el dominio de la aplicación de la detención preventiva.

Disposiciones semejantes podemos encontrar, entre otros países, en Francia (artículos 131, 135 y 144, Código de procedimientos penales); en los Países Bajos (artículo 64, Código de procedimientos penales) o en Suecia (artículo 24, inciso 1, número 3, Código de procedimientos penales).¹⁴⁰

Ahora bien, como señalamos desde el inicio de esta sección, desde el punto de vista de las condiciones de fondo que nos ocupan, podemos observar que uno de los contrastes o diferencias del derecho inglés es la disociación de la detención preventiva de circunstancias distintas a la de la probabilidad de actividades delictivas, en oposición a los esquemas o sistemas continentales que como acabamos de ver exigen evidencias de las probabilidades de fuga, destrucción de las pruebas o reiteración de la infracción, sin contar los indicios graves de culpabilidad y la gravedad del delito imputado. De esta constatación, claro está, fácil sería concluir que la detención preventiva es sistemáticamente más frecuente e intrusiva en el derecho inglés que en los códigos continentales.

Sin embargo, tal constatación debe tomarse con ciertas reservas, ya que probablemente sería más exacto decir que el derecho inglés admite la existencia de otros riesgos aunque partiendo del hecho de una sospecha general que se hace más específica a medida que el proceso avanza. Es por ello que la diferencia entre el derecho inglés y los sistemas continentales, como ya lo habíamos apuntado, es más de grado que de esencia.

En efecto, predicciones generales de la misma especie que la inglesa encuentran expresión en varios códigos europeos de procedimientos penales a los que ya nos hemos referido. Así, en la República Federal de Alemania y en Suecia, según vimos, la exigencia de un motivo de detención se contempla cuando se trata de delitos de naturaleza particularmente grave.

Además, en Italia y en Suecia la detención preventiva es obligatoria en tales casos. Así, como vimos en su oportunidad, el derecho italiano señala toda una serie de situaciones específicas, establecidas según la pena y el tipo del delito, en las cuales la detención preventiva debe ser ordenada sin excepción, e igualmente, en Suecia, toda persona altamente sospechosa de haber cometido un delito sancionado con una pena de reclusión de dos años como mínimo, debe ser detenida a menos que resulte evidente que no existe ninguna otra razón para hacerlo.

Por el contrario, y en realidad, la legislación existente en Inglaterra no

¹³⁹ Este principio de proporcionalidad ha sido revestido incluso de rango constitucional mediante la Decisión No. 19, del 15 de diciembre de 1965, del Tribunal Constitucional de Alemania Federal, citado por Grebing, G., *op. cit.*, pp. 974 y ss.

¹⁴⁰ Mueller, G. O. W. etc., *op. cit.*, p. 430.

hace nunca obligatoria la detención preventiva. Puesto que tendremos ocasión de verlo con mayor detenimiento más adelante, sólo quisiéramos hacer hincapié aquí en que los magistrados ingleses están autorizados a expedir un *summons* (requerimiento), en todos los casos en que un mandato de detención (*warrant*) podría ser legítimamente expedido.

En consecuencia, mientras que una persona presuntamente responsable de haber cometido un delito susceptible de ser castigado con cinco años de reclusión, en Italia debe ser siempre detenida, y, en Suecia, normalmente debería ser sometida a dicha medida, conforme al derecho inglés dicha persona puede ser dejada en libertad hasta el momento en que sea declarada culpable y sentenciada.

Finalmente, también cabría subrayar en este contexto que, en Inglaterra, en la medida en que el recurso a los *summons* no solamente está previsto sino que es favorecido por el derecho inglés y que, al mismo tiempo, son efectivamente utilizados en la práctica en materia procesal penal, el derecho inglés sobre la detención preventiva no podrá proporcionarnos, en todo caso, sino una descripción parcial del sistema de justicia imperante en este país.

2. En América Latina

En cuanto al régimen jurídico aplicable en materia de detención preventiva en los países latinoamericanos, cabe hacer las siguientes precisiones previas.

Primero, advertir que las referencias legislativas que aquí haremos será tomando en cuenta las normas que rigen el procedimiento penal ordinario, es decir, el que tiene lugar en tiempos normales, con total exclusión de todas aquellas situaciones, tan frecuentes y generalizadas en esta región, durante las cuales rigen legislaciones de excepción o de emergencia.

Segundo, subrayar el hecho de que, en virtud de que ningún país latinoamericano cuenta con una ley específica que regule, sistematice o actualice los diferentes aspectos de la detención preventiva, no sólo las disposiciones aplicables en la materia se encuentran muy dispersas en el articulado de los ordenamientos jurídicos que las contienen, sino que en muchos casos tales disposiciones son o bien defectuosas, o bien insuficientes, cuando no completamente anacrónicas.

Tercero, señalar que las legislaciones de los distintos países de la región adoptan el sistema indirecto para la determinación de la procedencia de la detención preventiva, conforme al cual esta medida es obligatoria en todos los delitos sancionados con pena privativa de libertad, pero se admite la excarcelación o liberación provisional del inculcado, con o sin fianza, cuando cierto límite de la pena, unas veces fijado en concreto y otras en abstracto, no se ve rebasado. Es decir, que de acuerdo con este sistema no se hace ninguna diferenciación entre delitos leves y graves, sino que basta

con que el delito esté sancionado con pena corporal, para que proceda la detención preventiva del inculpaado.

Y, cuarto, destacar que, dado que en las legislaciones latinoamericanas encontramos disposiciones más o menos semejantes a las europeas, tanto respecto a las condiciones de procedencia de la detención preventiva, como en cuanto a los derechos y garantías que asisten y protegen a los inculpaados, aun cuando tales disposiciones se encuentren consignadas y estructuradas en forma diferente, por razones metodológicas el examen de las primeras lo haremos siguiendo el mismo orden expositivo de las segundas.

Así, en Argentina, respecto de las condiciones de fondo que nos ocupan ahora, ninguna disposición se refiere expresamente a los requisitos sustanciales de procedencia de la detención preventiva. Esta medida se autoriza por leve que sea el delito, y no sólo no existe uniformidad legislativa tocante a si la detención preventiva puede decretarse por delitos que no ameritan pena privativa de la libertad, sino que la legislación federal guarda silencio sobre este particular.¹⁴¹

En efecto, unas veces en forma por demás dispersa y otras sólo de manera indirecta, la legislación argentina contempla las exigencias materiales de procedencia de la detención preventiva.

Así, por lo que hace a la causa probable de culpabilidad, conforme al artículo 2 del Código de procedimientos penales, ninguna persona podrá ser sometida a detención preventiva sino en caso de que en su contra exista semiplena prueba de delito o indicios vehementes de culpabilidad. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 364 y 366 del propio código, cuando, el primero, previene que la detención será facultativa cuando ocurrido un hecho que presente los caracteres de delito o lo haga presumible, no fuese posible, desde el primer momento, individualizar cuando menos por sospechas o indicios directos, al autor del mismo; o también cuando, el segundo, establece que la detención preventiva será procedente: 1o. si la existencia de un delito se comprueba, al menos, por semiplena prueba; 2o. si ha sido recibida la declaración indagatoria del detenido o si éste se ha negado a declarar, una vez que se le ha hecho saber la causa de su detención; y, 3o. si hay indicios suficientes para creerlo responsable del hecho.¹⁴²

En cuanto a los motivos de detención, la legislación argentina prevé los riesgos de fuga y de colusión. El artículo 376 del Código de procedimientos penales, al contemplar el caso de la persona no detenida que teme serlo y, a la vez, teme ser inculpada de un delito, dispone que ésta puede pedir al juez, por sí mismo o por intermedio de otra persona, se le exima

¹⁴¹ Soler, S. y Marquardt, E. H., "La privación de la libertad en el derecho argentino", en: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1961, vol. III, núm. 2, pp. 28 y ss.

¹⁴² Ramos Mejía, Enrique, "La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale", *Revue Internationale de Droit Pénal*, año 49, tercer trimestre de 1978, núm. 3, p. 46.

de prisión, debiendo el juez en tal caso calificar el delito imputado y verificar tanto si las condiciones que autorizan la excarcelación se dan, como si no existen razones para creer que el inculcado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer sus investigaciones, caso en el cual el juez otorgará la exoneración de encarcelamiento pero bajo caución.¹⁴³

Es en relación con la gravedad del delito imputado donde con mayor claridad podemos advertir el sistema indirecto de determinación de las condiciones de procedencia de la detención preventiva. Así, el artículo 379 del Código de procedimientos penales, admite la excarcelación bajo caución durante la etapa preparatoria o sumario, entre otros casos, cuando la detención preventiva sea decretada por un delito cuya pena privativa de libertad no exceda de ocho años como máximo ni de dos como mínimo y si, por sus características y las condiciones personales del inculcado, la pena puede ser de ejecución condicional; por el contrario, el artículo 380 del mismo código no autoriza la excarcelación cuando por el carácter del delito y las circunstancias que lo acompañan, o por la personalidad del inculcado, este privilegio resulta inconveniente sea a causa de la peligrosidad de aquél o de la gravedad y repercusión social del hecho.¹⁴⁴

Ahora bien, como ha sido señalado con toda justeza,¹⁴⁵ por lo que respecta a ciertas lagunas que presenta el vigente Código argentino de procedimientos penales, promulgado en 1888, ello se explica si se toma en cuenta no sólo que éste fue una copia, y mala, del texto de la Ley española de enjuiciamiento criminal, del 22 de diciembre de 1872, sino también que, antes de su promulgación, tanto la Comisión revisora del proyecto como la de códigos de la Cámara de Diputados, al emitir sus dictámenes, pasaron desapercibido el hecho de que desde octubre de 1882 ya regía en España un nuevo Código de enjuiciamiento criminal.

En Colombia, el artículo 23 constitucional señala, entre otras cosas, que nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino por motivo previamente definido en las leyes,¹⁴⁶ y el 28 agrega que en tiempos de paz pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, podrán ser detenidas, por orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

Por su parte, es el artículo 439 del Código de procedimientos penales el que dispone que la detención preventiva puede pronunciarse cuando hay

¹⁴³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 46.

¹⁴⁵ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La reforma del enjuiciamiento penal argentino", en: *Revista de Derecho Procesal*, año III, 1er. trimestre de 1945, núm. 1, pp. 4 y ss.; Zavaleta, A. J., *op. cit.*, pp. 46 y ss.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, entre otras, las constituciones de Brasil (artículo 141, inciso 20); Ecuador (artículo 191, inciso 6); El Salvador (artículo 105, segundo párrafo); Honduras (artículo 62); Panamá (artículo 22) y Venezuela (artículo 60).

indicios graves que permitan presumir que el acusado es el autor o cómplice de la infracción, así como que ésta debe llevar aparejada pena de prisión para que proceda tal medida.¹⁴⁷

En El Salvador, conforme al artículo 66, inciso 1, del Código de procedimientos penales, la detención preventiva puede ser decretada en toda clase de delitos, exigiéndose únicamente presunción grave de delincuencia o, incluso, una simple presunción.

De esta forma, en el sistema salvadoreño, basta con que el juez instructor estime, en presencia de presunciones graves de delincuencia, que el presunto culpable merece ser detenido, para que éste sea privado de su libertad.

De ahí que, al no requerirse en este sistema sino pruebas o aun simples presunciones de delincuencia, en la práctica, se señala,¹⁴⁸ no se atiende ni a la personalidad del inculcado ni a la necesidad de esta medida, por lo cual ésta viene a convertirse en una especie de pena anticipada.

En México, las bases fundamentales que determinan la procedencia de la detención preventiva se encuentran consignadas en diversas disposiciones de la Constitución misma.

Así, por lo que se refiere a las condiciones o requisitos de fondo que estamos examinando, los artículos 16 y 19 de la Carta fundamental, prescriben que no podrá dictarse ninguna orden de aprehensión o detención, ni ningún auto de formal prisión, sin que existan datos suficientes para comprobar la existencia del delito y para hacer probable la responsabilidad del inculcado.¹⁴⁹ Es decir, la causa probable de culpabilidad o la posible responsabilidad debe tenerse por comprobada, cuando existan indicios o sospechas que hagan presumir racionalmente la intervención del inculcado en la comisión del delito que se le imputa. Esto, sin embargo, con excesiva frecuencia no concuerda con los exámenes poco cuidadosos que de los hechos y datos se hace en la práctica.¹⁵⁰

Al mismo tiempo, los artículos 17, 18 y 20, fracción x, de la propia Constitución, fijan limitativamente el tipo de delitos que pueden o no dar lugar a la aplicación o prolongación de la detención preventiva.

En efecto, la primera de dichas disposiciones prohíbe el aprisionamiento de una persona por deudas de carácter puramente civil;¹⁵¹ la segunda, li-

¹⁴⁷ Melguizo, G., "Esbozo sobre la detención preventiva en Colombia", en: *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1961, vol. III, núm. 2, p. 66.

¹⁴⁸ Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 526.

¹⁴⁹ En este sentido también, las constituciones de: Costa Rica (art. 37); Guatemala (art. 67); Honduras (art. 61); Nicaragua (art. 46) y Uruguay (art. 15).

¹⁵⁰ González Bustamante, J. J., *op. cit.*, p. 187. En cuanto a la práctica imperante en nuestro país a este respecto, nos remitimos a lo ya señalado con anterioridad, véase, *supra*, pp. 59 y ss.

¹⁵¹ La misma prohibición contienen las constituciones de: Brasil (art. 150, inc. 17); Colombia (art. 23); Costa Rica (art. 38); El Salvador (art. 168); Guatemala (art. 49); Nicaragua (art. 48); Perú (art. 58); Uruguay (art. 52) y Venezuela (art. 69, inc. 2).

mita la aplicabilidad de la detención preventiva, a la cual denomina “prisión preventiva”,¹⁵² únicamente a los delitos sancionados con pena corporal, es decir, con pena privativa de libertad,¹⁵³ quedando, en consecuencia, excluida la aplicación de esta medida en todos aquellos casos en que el delito sólo conlleva pena no corporal o, bien, penas alternativas, principio éste de gran significación en nuestro país si se toma en cuenta que en la legislación mexicana existen numerosas figuras delictivas que no ameritan pena privativa de libertad, siendo improcedente respecto de ellas la aplicación de la detención preventiva al inculpado; y, la tercera, en consonancia con el artículo 17, prohíbe prolongar la duración, tanto de la pena de prisión impuesta como pena, como de la detención preventiva, por falta de pago de honorarios a los defensores por toda prestación pecuniaria por causa de responsabilidad civil o por cualquier otro motivo semejante.¹⁵⁴

Por otra parte, el mismo artículo 20, en su fracción 1, al establecer que tan pronto como el acusado lo solicitare será puesto en libertad bajo fianza, señala que tanto para fijar ésta, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias personales del inculpado como la gravedad del delito que se le impute, como que tal libertad bajo fianza procederá siempre y cuando el delito de que se trate amerite una pena cuya media aritmética no sea superior a cinco años de prisión.¹⁵⁵

Finalmente, en Perú, la detención preventiva —denominada “detención provisional” ya desde la época en que el Código de procedimientos penales fue promulgado mediante la Ley 9024 del 23 de noviembre de 1939, entrando en vigor el 18 de marzo de 1940—¹⁵⁶ tiene como principal objeto, de acuerdo con el artículo 83 de dicho código, el que el inculpado rinda su declaración instructiva, terminada la cual, y si no hubiere motivos fundados para suponerlo responsable del delito, el juez, con conocimiento del agente fiscal, deberá ponerlo en libertad. Asimismo, y no sin un cierto contrasentido que, además, no es para nada exclusivo de la legislación peruana,¹⁵⁷ conforme al artículo 103 del citado código, el inculpado contra quien se hubiere dictado auto de detención definitiva, podrá solicitar su libertad provisional. Ésta sólo se concederá en casos de delitos sancionados con una pena no mayor de dos años de prisión, o de delitos contra el patrimonio,

¹⁵² Véanse nuestras observaciones sobre ésta y otras cuestiones terminológicas, *supra*, pp. 19 y ss.

¹⁵³ En el mismo sentido la Constitución de Honduras (art. 61).

¹⁵⁴ Véase *supra*, nota 151, así como las excepciones brasileña y costarricense a que nos referimos en las páginas 32 y ss.

¹⁵⁵ Contienen disposiciones a este respecto, las constituciones de: Brasil (art. 153, inc. 12); Honduras (art. 64); Paraguay (art. 29); Uruguay (art. 27) y Venezuela (art. 60, inc. 6).

¹⁵⁶ Véase: Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La reforma procesal penal en el Perú”, en *Ensayos de derecho procesal, civil, penal y constitucional*, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 346 y ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*, además de las señaladas, pp. 394 y ss.

cuando, en este último caso, por la cuantía y las circunstancias de la comisión del delito pueda estimarse racionalmente que la condena no excederá de dos años de reclusión y, en caso de que la rebasare, siempre y cuando el inculpado tenga domicilio conocido y un trabajo habitual, o si el juez considera que no hará uso de la libertad para fugarse.¹⁵⁸

Sección III. Las condiciones de forma

Además de las exigencias materiales o condiciones de fondo que acabamos de examinar, la aplicación de la detención preventiva está sometida a numerosas obligaciones formales o condiciones de forma; entre las cuales unas establecen ciertas reglas generales, como la que no autoriza ninguna detención preventiva sino mediante mandato judicial, otras significan determinadas excepciones o derogaciones a la anterior regla general, tales las representadas por la detención del inculpado, sin necesidad de orden judicial, en los casos de flagrante delito o de urgencia, y, otras más, prescriben diversos otros requisitos u obligaciones que deben satisfacerse para que la detención preventiva se considere válidamente decretada, tales, por ejemplo, la de motivar debidamente la decisión que imponga esta medida. Veamos con más detenimiento en qué consisten éstas y otras condiciones o exigencias formales, así como dónde, cómo y por qué se presentan determinadas diferencias.

1. La regla general: ninguna detención sin mandato judicial

La más importante de las condiciones formales es la que prescribe que la detención preventiva debe necesariamente ser ordenada por escrito y por una autoridad judicial.

En general, los países de derecho civil otorgan una importancia mucho mayor a la intervención de un juez en la decisión de la detención preventiva que los países del *common law*. Esta competencia judicial exclusiva tiene, como ya lo hemos visto,¹⁵⁹ rango constitucional tanto en Europa occidental como en la América Latina.

Pero si, por una parte, lo anterior se explica ya que en todos estos países se atribuye una importancia primordial a la intervención del poder judicial en tanto que garante de la libertad personal, por la otra tal regla no es absoluta ni enteramente exacta respecto de ciertos países de las dos regiones, no sólo del hecho de la intervención de funcionarios judiciales en la indagación preliminar, por ejemplo, la del juez de instrucción en Bélgica, Francia o Italia, sino también de la competencia que se confiere en algunos países a otros órganos como el ministerio público, la policía, e, in-

¹⁵⁸ García Rada, Domingo, "Protección de los Derechos Humanos", *Revue Internationale de Droit Pénal*, tercer trimestre de 1978, año 49, núm. 3, p. 236.

¹⁵⁹ Véase *supra*, pp. 36 y ss.