

## Capítulo II.

### SEGUNDA PARTE.

Sección III. <i>Las condiciones de forma</i> . . . . .	81
1. <i>La regla general: ninguna detención sin mandato judicial</i> . . . . .	81
2. <i>Las excepciones: casos de flagrante delito y urgencia</i> . . . . .	83
Sección IV. <i>Los derechos humanos de las personas sujetas a detención preventiva</i> . . . . .	95
1. <i>El derecho a ser conducido ante una autoridad judicial</i> . . . . .	95
2. <i>El derecho a ser informado y notificado de los motivos de la detención</i> . . . . .	97
3. <i>El derecho a ser presumido inocente</i> . . . . .	97
4. <i>El derecho al control de la legalidad de la detención</i> . . . . .	98
5. <i>El derecho a ser liberado durante el juicio</i> . . . . .	99
6. <i>El derecho a ser juzgado en un plazo razonable</i> . . . . .	102
7. <i>El derecho a la defensa</i> . . . . .	104
8. <i>El derecho a ser sometido a un régimen distinto</i> . . . . .	104
9. <i>El derecho a la imputación y a reparación</i> . . . . .	105

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.<sup>158</sup>

### *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,<sup>159</sup> 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-

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

<sup>159</sup> Véase *supra*, pp. 36 y ss.

cluso, al Gobierno mismo, para decidir sobre la detención preventiva del inculpado, según tendremos oportunidad de ver enseguida.

En efecto, el poder de decisión exclusivo del juez no siempre quiere decir intervención judicial desde el principio de la fase de la detención preventiva del inculpado.

Ahora bien, si se admite, como nosotros lo admitimos, como punto de partida de la detención preventiva el momento mismo de la aprehensión, entonces será preciso distinguir los casos en que es la autoridad judicial la única competente para expedir las órdenes de detención, de aquellos otros en que tal competencia se atribuye también a otros órganos. En el primer caso se encuentran, por ejemplo, Bélgica, Francia, la República Federal de Alemania, etcétera; en el segundo, tal sería el caso, por ejemplo, de Italia y Suecia.

Así, en Bélgica, conforme al artículo 2 de la Ley del 20 de abril de 1874, el juez de instrucción expide el mandato de detención sea de oficio, sea por requerimiento del ministerio público.

En Francia, el juez de instrucción, quien, de acuerdo con el artículo 122, incisos 4 y 5, del Código de procedimientos penales, decreta la detención provisional sea mediante un mandato de depósito contra el inculpado presente, sea por medio de un mandato de arresto contra el inculpado en fuga, es, al mismo tiempo, el órgano judicial encargado de la instrucción preparatoria en estrecha colaboración con el ministerio público. A decir verdad, a partir de la expedición del Código de procedimientos penales de 1957, el juez de instrucción dejó de ser funcionario de policía judicial, a fin de sustraerlo a la influencia directa del Procurador de la República, si bien tal parece que todavía en la actualidad el juez de instrucción no goza, de hecho, de una completa independencia respecto del ministerio público.<sup>160</sup>

En la República Federal de Alemania, es competente para expedir el mandato de detención ya sea el juez de la circunscripción donde se abre la instrucción o donde vive el inculpado (artículo 125, Código de procedimientos penales), o bien el juez del lugar donde el inculpado hubiere sido aprehendido (artículo 128, Código de procedimientos penales).

Esta separación de competencias en el derecho alemán se justifica por el deseo de disociar, hasta el momento de la iniciación del proceso, la decisión privativa de la libertad de las necesidades de la instrucción. Desde luego, el Ministerio Público solicita el mandato de detención, pero el juez de la instancia, que no participa en la instrucción preparatoria, y que permanece enteramente independiente del procurador de la República, es libre de expedir o no el mandato requerido.<sup>161</sup>

Por el contrario, en Italia, la detención preventiva puede ser aplicada ya sea en virtud de un mandato de detención expedido por el juez de instruc-

<sup>160</sup> Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 390.

<sup>161</sup> *Ibidem.*

ción, o bien por medio de una orden de aprehensión expedida por el Ministerio Público,<sup>162</sup> teniendo ambas decisiones la misma finalidad (artículo 253, Código de procedimientos penales).

De la misma forma, en Suecia, tanto el funcionario de la policía encargado de la investigación, como el ministerio público, pueden no sólo expedir órdenes de detención, sino, una vez realizada ésta y terminada la encuesta preliminar, decidir que se mantenga detenido al sospechoso. Tal detención se puede decretar en dos casos distintos, a saber: primero, cuando la encuesta preliminar revela la existencia de motivos que justifican la detención preventiva, y, segundo, cuando no se han descubierto motivos que la justifiquen plenamente, pero se considere de particular importancia mantener la detención antes de efectuar otras indagaciones (artículo 24, inciso 5, Código de procedimientos penales).

Ahora bien, puesto que normalmente en estos casos el juez no conoce del asunto sino después de transcurrido un término considerable, según la duración de la encuesta preliminar, podría pensarse que estas detenciones decididas por el ministerio público son de lo más frecuentes. Sin embargo, todo lo contrario, ya que en Suecia muy rara vez se aplica este tipo de detenciones.<sup>163</sup>

En este contexto, por lo que respecta a América Latina, y fuera de los casos de flagrante delito y de urgencia que veremos a continuación, cabría mencionar aquí, como una derogación legal al principio de exclusividad de la autoridad judicial para decretar la detención preventiva, la contemplada por el artículo 28 de la Constitución de Colombia, según la cual, en tiempos normales, pero existiendo serios motivos para temer perturbaciones del orden público, podrán ser aprehendidas y retenidas, por orden del gobierno y previo dictamen de los Ministros, todas aquellas personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

## 2. Las excepciones: casos de flagrante delito y de urgencia

A. *La detención en caso de flagrante delito.* Virtualmente, el derecho interno de todos los países europeos y latinoamericanos permiten a cualquier particular aprehender, sin orden de autoridad judicial, a toda persona sorprendida en el momento de cometer una infracción penal, o acabando de cometerla, para el único efecto de ponerla inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o de alguna otra autoridad competente.

Esta excepción, que en realidad tiene lugar muy raras veces en la práctica es generalmente aceptada y consignada incluso por las mismas constituciones estatales dado que comparada con otro tipo de detenciones implica muy pocos riesgos de llegar a causar perjuicios a personas inocentes.

<sup>162</sup> Botein, F., etc., *op. cit.*, p. 271; Cipriani, M. "Custodia preventiva", *Novissimo Digesto Italiano*, Turín Italia, UTET, 1964, vol. v, p. 101.

<sup>163</sup> Botein, F., etc., *op. cit.*, p. 253.

Claro está que tampoco se puede descartar por completo la posibilidad de un error, como por ejemplo, cuando se detiene a alguien por un hecho en la creencia de que se trata de un delito cuando en realidad no lo es.

Sea como fuere, esta excepción es reconocida, entre otras, por las constituciones europeas siguientes: Bélgica (artículo 7), Luxemburgo (artículo 12).

Entre las constituciones latinoamericanas, consignan esta excepción las de: Bolivia (artículo 9), Brasil (artículo 20), Colombia (artículo 24), Costa Rica (artículo 37), Chile (artículo 13), Ecuador (artículo 191, inciso 4o.), El Salvador (artículo 166), Guatemala (artículo 43), Honduras (artículo 72), México (artículo 16), Nicaragua (artículo 39), Panamá (artículo 22, segundo párrafo), Perú (artículo 56), República Dominicana (artículo 8, inciso 2, letra b), Uruguay (artículo 15) y Venezuela (artículo 60, inciso 1).

No obstante, la determinación de los hechos, elementos o situaciones que conforman la noción de flagrante delito, así como la calificación de las circunstancias que pueden justificar la necesidad de una detención inmediata varían de un país al otro.

Así, en Francia se asimila al flagrante delito toda infracción penal perpetrada en una casa cuyo dueño la denuncia o se querrela ante el ministerio público o la policía judicial, y, así mismo, se permite la detención de aquél que, acabando de cometer un delito, es perseguido por el clamor público, está en posesión de objetos o presenta rastros o indicios que hagan presumir su participación en la comisión del delito (artículo 53, Código de procedimientos penales).

En Italia, el responsable debe ser detenido en el momento de haber cometido la infracción penal, o inmediatamente después, cuando es perseguido por la policía, la víctima, u otras personas, o si se le encuentra en posesión de los instrumentos del delito (artículo 237, Código de procedimientos penales).

En la República Federal de Alemania, cualquier persona puede aprehender provisionalmente al culpable si existen motivos que hagan presumir su fuga, o si no es posible establecer su identidad (artículo 127, Código de procedimientos penales).

En la legislación argentina, la noción de flagrancia no siempre tiene la misma amplitud, y, para no referirnos sino a la legislación federal, el artículo 5o. del Código Federal de procedimientos penales limita tal noción únicamente al supuesto de que el aprehensor haya presenciado la comisión del delito,<sup>164</sup> debiendo éste jurar ante la autoridad respectiva que ha visto al detenido perpetrar el delito (artículo 3o., Código de procedimientos penales).

En Brasil, el artículo 301 del Código de procedimientos penales faculta a

<sup>164</sup> Soler, S., etc., *op. cit.*, p. 24.

aprehender a todo aquel que sea encontrado en flagrante delito, entendiéndose por tal la situación del que está cometiendo el delito, la del que acaba de cometerlo, la del que es perseguido inmediatamente después por la autoridad, por el ofendido o por cualquiera otra persona, en forma que haga presumir ser autor del delito, así como la del que fuera encontrado, inmediatamente después, con instrumentos, armas, objetos o papeles que hagan presumir que es el autor del delito.<sup>165</sup>

En Colombia, según el artículo 384 del Código de procedimientos penales, cualquiera particular puede aprehender a la persona sorprendida *in flagranti*, pero también a los delincuentes cuya captura hubiese sido públicamente requerida por la autoridad competente, debiendo entregarlo a ésta en el acto, a fin de que ella decida si procede ordenar su detención.

En México, la Constitución en su artículo 16, primer párrafo, segunda frase, autoriza a cualquiera persona a aprehender al delincuente y a sus cómplices, debiendo ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

B. *La detención en caso de urgencia.* Mientras que el derecho interno de ciertos países limita la posibilidad de aprehender, sin necesidad de orden judicial, al responsable de una infracción penal únicamente en los casos de flagrante delito, diversos otros países autorizan también, sea de hecho, sea de derecho, la aprehensión inmediata del inculcado cuando ésta es o parece ser urgente. Sin embargo, las disposiciones legales pertinentes e, incluso, las prácticas a este respecto, difieren en amplitud según el país de que se trate.

En Bélgica, por ejemplo, fuera del caso de flagrante delito, ninguna disposición legal autoriza expresamente a los agentes de la policía a aprehender sin mandato judicial al sospechoso. Con todo, según el Procurador del Rey, quien, ante los tribunales de primera instancia, ejerce las funciones del Ministerio Público, en la práctica la mayoría de las detenciones se realizan de esta manera.

Además, dicha práctica ha sido defendida como legítima con base en la interpretación constitucional. De ahí que la Corte de Casación, apoyándose precisamente en los trabajos preparatorios del Constituyente de 1803, ha sostenido que, aparte los casos de flagrante delito, los agentes de la policía judicial pueden, cuando existen indicios graves de culpabilidad sobre una persona, aprehender a ésta con miras a asegurar su comparecencia ante el juez.

Sea como fuere, tales aprehensiones se autorizan a condición de que dentro de las veinticuatro horas siguientes se expida el mandato de detención correspondiente, y dentro del mismo plazo tal mandato le sea notificado al inculcado.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> Zavaleta, A. J., *op. cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>166</sup> Velu, J., *op. cit.*, pp. 404 y ss.

En Francia, conforme a los artículos 61 a 63 del Código de procedimientos penales, la policía judicial puede detener a cualquiera persona que se encuentre en el lugar de la comisión del delito, sea con objeto de establecer o verificar su identidad, sea porque pueda proporcionar información acerca de los hechos, sea, incluso, porque contra ella existan indicios graves y concordantes susceptibles de motivar su inculpación; es decir, tal detención se autoriza siempre y cuando la exijan o justifiquen las necesidades de la indagación.

En Italia, es sobre todo el temor a la fuga del sospechoso lo que cuenta de manera relevante para que la policía pueda proceder a una detención sin mandato, ya que, en los términos del artículo 238 del Código de procedimientos penales, tal detención es posible cuando el delito figura entre aquellos que implican la expedición obligatoria de un mandato de detención, y siempre y cuando pueda presumirse racionalmente que el sospechoso tratará de fugarse.

En la República Federal de Alemania, según el artículo 127, inciso 2, del Código de procedimientos penales, en caso de que las condiciones para expedir un mandato de detención se encuentran reunidas, pero existiendo al mismo tiempo algún peligro si se espera hasta su expedición, tanto el Ministerio Público como la policía pueden proceder a la aprehensión del presunto responsable.

Con todo, el sistema que presenta un interés particular, por ser el más completo, dado que engloba las características más comunes del derecho continental europeo sobre la detención sin mandato en caso de urgencia, es el sistema adoptado en Suecia.

En efecto, en este país una persona puede ser detenida durante cierto tiempo, sin autorización judicial, en las tres hipótesis o situaciones siguientes:

Primera, cuando sea en interés de la encuesta preliminar, cualquiera persona que se encuentre en el lugar de la comisión del delito estará obligada a acompañar al agente policiaco para ser interrogada inmediatamente después de haberse cometido el delito, pudiendo incluso ser obligada a ello por la fuerza (artículo 23, inciso 8 y 9, Código de procedimientos penales).

Segunda, la policía también podrá detener sin mandato a toda persona susceptible de ser objeto de un mandato de detención, en caso de existir algún riesgo de esperarse hasta la expedición del mismo (artículo 24, inciso 7, Código de procedimientos penales). La detención en estas circunstancias se considera como una medida de urgencia no sólo por los términos mismos de la disposición aludida, sino por el hecho de que, además, se exige que la persona así detenida sea conducida lo más pronto posible ante una autoridad competente (artículo 24, inciso 8, Código de procedimientos penales).

Y, tercera, la detención de una persona sin participación judicial puede no únicamente ser decidida, sino también prolongada, por las autoridades

y en los casos a que ya hicimos alusión con anterioridad.<sup>167</sup>

Ahora bien, a diferencia de las autorizaciones otorgadas en las dos primeras hipótesis, las facultades conferidas en la tercera, las cuales se encuentran previstas por el artículo 24, inciso 5, del Código de procedimientos penales, más que una medida de urgencia parecería ser una medida sustitutiva de la intervención judicial en materia de aplicación de la detención preventiva.

Esta confusión de funciones entre las de las autoridades persecutorias o acusatorias y las de las autoridades judiciales, inconcebible desde el punto de vista del sistema jurídico del *common law*, dada su concepción de la justicia penal y de la carrera judicial, tiene una explicación, justificada o no, en ciertos países continentales europeos.

Por ejemplo, en Italia, por lo que hace a la carrera judicial —e inversamente a lo que acontece en Inglaterra, donde la designación de los jueces recae a menudo entre abogados prestigiosos, y donde ser nombrado juez representa un éxito profesional cuando no político— los jóvenes abogados, generalmente recién graduados, que han optado por la carrera judicial, normalmente hacen sus inicios en el Ministerio Público, pudiendo más tarde llegar a ser nombrados si reúnen las aptitudes requeridas.

De todas formas, nos parece oportuno señalar a este respecto, desde ahora, que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha rechazado el otorgamiento de competencia a la policía para decir sobre la detención de una persona.

Por otra parte, existen ciertas formalidades en relación con la detención en caso de flagrante delito o en caso de urgencia.

Así, en los casos en que se autoriza la aprehensión o detención de una persona sin mandato judicial, la presentación de ésta, en el más breve plazo posible, ante un magistrado u otro funcionario habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales, constituye una exigencia generalizada en todos los países europeos.

En Francia, donde como ya hemos visto la policía judicial está autorizada a privar a un individuo de su libertad cuando estima que tal medida es útil a la buena marcha de la averiguación previa, la policía puede adoptar una de las dos medidas siguientes: sea la *garde à vue* (aprehensión), cuando simplemente supone que se trata del culpable, sea la *arrestation* (detención), cuando se halla en presencia del culpable.

Ahora bien, la primera de dichas medidas se encuentra estrictamente limitada en el tiempo, ya que la policía sólo puede mantener a su disposición a la persona detenida durante veinticuatro horas (artículo 63, Código de procedimientos penales), prorrogables por un periodo igual siempre y cuando contra la persona en cuestión existan indicios graves que permitan motivar su inculpación. Tal prolongación debe ser autorizada por escrito por

<sup>167</sup> Véase *supra*, pp. 27-28.



el Procurador de la República (artículo 77, inciso 1 y 2, Código de procedimientos penales). Este, a su vez, deberá consignar de inmediato al detenido, o a más tardar dentro de un término de veinticuatro horas (artículo 394, Código de procedimientos legales) ante el tribunal correccional o bien colocarlo bajo mandato de depósito, cuya duración será también de veinticuatro horas. Competerá al tribunal correccional decidir si cabe o no prolongar la detención preventiva (artículo 397, Código de procedimientos penales).

En Noruega, cuando la detención fue efectuada por decisión de la policía, ésta deberá presentar al inculcado ante un magistrado tan pronto como sea posible o, en todo caso, en un término de veinticuatro horas.<sup>168</sup>

En la República Federal de Alemania, la persona sorprendida en flagrante delito o detenida en circunstancias de urgencia, debe ser conducida sin ninguna demora ante el magistrado de la circunscripción donde fue detenida, o a más tardar al día siguiente al de su aprehensión, a menos que dicha persona pudiera ser liberada todavía antes (artículo 128, Código de procedimientos penales). Una vez presentado el inculcado ante el juez, éste celebrará una vista en la que se informará al acusado sobre sus derechos, se le permitirá presentar los hechos que le sean favorables y se revisarán las circunstancias de su detención (artículos 115, inciso 3, y 128, inciso 1, Código de procedimientos penales).

De un particular interés es la disposición que señala que cuando el magistrado considera que la detención no se justifica, procederá a ordenar la liberación del detenido (artículo 128, inciso 2, Código de procedimientos penales).

En Suecia, como es comprensible dado su peculiar sistema de detención, las situaciones jurídicas que se plantean en estos casos son más complejas que en el resto de los países europeos. Baste señalar aquí que las detenciones para interrogatorio no pueden prolongarse por más de doce horas (seis al principio de la detención y seis más en caso de que el detenido se convierta en sospechoso). Transcurrido este periodo, la prolongación de la detención puede ser decidida ya sea por el oficial de la policía encargado de la indagación o bien por el ministerio público (artículo 23, inciso 8 y 9, y 24, incisos 5 y 8, Código de procedimientos penales). Cabe hacer hincapié que en este momento, el inculcado se encuentra en la misma situación que cualquiera persona detenida por medio de un mandato de detención.

Veamos ahora cómo se presentan estas situaciones en América Latina.

En Argentina, el caso más frecuente de detención sin orden judicial es la efectuada por la policía con motivo de la comisión de un delito. Así, la legislación prevé que en los mismos casos en que cualquiera persona está facultada para detener sin orden, es decir, en caso de flagrante delito, para

<sup>168</sup> Mueller, G. O. W., *op. cit.*, p. 430.

la policía más que un derecho es una obligación, debiendo proceder a la detención del sospechoso, aun sin mandato judicial, no solamente en el caso anterior, sino también cuando existan sospechas vehementes de comisión de un delito contra una persona determinada (artículo 4, Código de procedimientos penales).

Ahora bien, la policía debe presentar al detenido ante la autoridad judicial en el más breve plazo. De ahí que en la legislación de este país se utilicen términos tales como “inmediatamente”, o bien, “en las primeras horas hábiles del despacho del juez” (artículos 4 y 370, Código de procedimientos penales). No obstante cabe señalar que tales prescripciones no se cumplen en la práctica dentro de tales límites, debido a que la misma policía lleva a cabo una prevención sumaria de corte judicial, entregando por lo general al juez, junto con el detenido, las pruebas acumuladas durante dicha prevención, la cual requiere por lo menos de dos a tres días.<sup>169</sup>

En Colombia, sólo en casos excepcionales pueden los funcionarios de policía o administrativos decretar la detención, y tal sería el caso, por ejemplo, de la multitudada situación prevista por el artículo 28 constitucional.<sup>170</sup>

En El Salvador, donde la Constitución garantiza que sólo las autoridades judiciales podrán decretar, mediante una orden escrita, la privación de libertad de una persona, la facultad otorgada por el ya citado<sup>171</sup> artículo 67, fracción 1, del Código de procedimientos penales, franquea la puerta a grandes abusos, dado que con demasiada frecuencia las autoridades policíacas detienen a una persona por simple denuncia o con objeto de investigar un delito que se dice ha sido cometido, sin que nunca se cumpla con la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial dentro del plazo de veinticuatro horas que señala la ley, abusándose, por el contrario, de las detenciones excesivamente prolongadas.<sup>172</sup>

En México, es el propio artículo 16, primer párrafo, tercera frase, de la Constitución el que autoriza que, en caso de urgencia, cuando no hubiere en el lugar (entendiéndose aquí que se trata del lugar de la comisión del delito), ninguna autoridad judicial, y sólo tratándose de delitos que se persiguen de oficio, la autoridad administrativa pueda proceder a decretar la detención de un acusado, lo cual hará bajo su más estricta responsabilidad, poniendo inmediatamente a la persona en cuestión a disposición de la autoridad judicial u otra autoridad competente.

Esta facultad reconocida a la autoridad administrativa para decidir y proceder a la detención de una persona sin el requisito de la orden judicial previa, fue objeto de enconados debates en el seno del Congreso Constituyente de 1916-1917.

<sup>169</sup> Soler, etc., pp. 26 y ss.

<sup>170</sup> Véase *supra*, p. 88.

<sup>171</sup> Véase *supra*, p. 122.

<sup>172</sup> Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 527

Simplemente a efecto de ilustrar cómo ya desde aquel entonces se advertían los riesgos, abusos y arbitrariedades que hoy día se reprochan a la práctica de la detención en caso de urgencia por parte de las autoridades administrativas de nuestro país, y que han dado pábulo a la idea de que una reforma constitucional a este respecto se impone,<sup>173</sup> nos permitiremos transcribir algunos pasajes de los citados debates en torno a esta cuestión.

Por una parte, contra el otorgamiento de esta facultad de detención a la autoridad administrativa se decía:

Juzgamos peligroso dar facultades a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aun en casos urgentes. Desde luego, siendo tan numerosas las autoridades administrativas, habría que determinar a cuáles de ellas se conceden esas facultades. Por otra parte la necesidad de dejar la calificación de la urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, puede dar lugar a abusos frecuentes, tanto más de temerse cuanto que es fácil muchas veces eludir la responsabilidad consiguiente y cuando la experiencia ha demostrado con cuánta frecuencia han abusado las autoridades administrativas de la facultad que se les ha concedido de ordenar aprehensiones. Será raro que en algún caso, por urgente que sea, no tenga la autoridad administrativa el tiempo necesario para recabar de la judicial la orden de aprehensión; pero, en todo caso, podrá tomar las precauciones necesarias para impedir la fuga del inculpado.

La otra parte del proyecto deja a las autoridades administrativas dictar órdenes de arresto; esto lo ha creído la Comisión enteramente peligroso, porque no se fija a qué autoridad administrativa se le concede esta medida, porque por autoridad administrativa puede comprenderse igualmente desde el gobernador del Estado y puede considerarse también autoridad administrativa a un gendarme y verse uno en el caso de ser arrestado por un gendarme y detenido 72 horas hasta que el juez no venga para averiguar el delito que se le imputa. Por pequeño que sea un pueblo, tiene autoridades judiciales; actualmente toda la República tiene magníficas vías de comunicación ferrocarrilera, teléfonos, telégrafos y no será posible que la autoridad administrativa se despache a su sabor dictando órdenes de arresto; cuando más debe limitarse a vigilar al presunto delincuente, al que creen complicado en algún delito, en tanto que dan cuenta a la autoridad judicial para que ésta dicte en toda forma sus órdenes respectivas.

En cuanto a la supresión de que solamente en los casos urgentes se permita esa aprehensión, me parece muy justa esa supresión que hace el artículo, porque todos sabemos, señores, que las autoridades administrativas, legas por cierto en materia de derecho, han cometido mil arbitrariedades, y cuantas veces quieran aprehender a un individuo, alegarán: “lo juzgué urgente”, y luego se saldrán por la tangente.

Por el contrario, en favor del otorgamiento de la facultad en cuestión se sostenía:

Yo creo que no existe una razón de peso para que la Comisión haya desechado

<sup>173</sup> Burgoa, I., *op. cit.*, pp. 601 y ss.

en su dictamen, la parte que contiene el proyecto de reformas a la Constitución, presentado por el ciudadano Primer Jefe, y que dice lo siguiente: "Solamente en caso urgente podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial". Esto, yo creo fue en previsión de los pequeños lugares donde no es posible que haya distintos turnos de jueces, o que no haya personal competente, sino sólo un juez que no va a estar continuamente, sin dormir y sin comer, esperando que llegue la hora en que se solicite su intervención en un caso urgente en que haya necesidad de proceder a alguna aprehensión. Es muy digna de tomarse en consideración la libertad del hombre y protegerla en todas sus manifestaciones, pero podrá presentarse el caso de que no estando, no siendo un delito de los que pueden comprenderse en la designación de "in flagranti", más bien, no pudiendo coger al delincuente en el momento en que está cometiendo el delito, sino porque se tiene conocimiento de que el delito se ha cometido y que el delincuente, después de ocho o diez días o un mes se encuentra en tal o cual parte y es necesaria su aprehensión inmediata, porque se teme su fuga, porque ya está ensillando un caballo, porque ya está cerca del tren para fugarse, y entonces, si la autoridad administrativa está privada del recurso que la ley pone en sus manos, con esta cláusula, para proceder a su inmediata aprehensión tiene que recurrir al juez, ir a buscarlo al teatro, a su casa, donde se encuentre, para recabar la orden y después proceder a la aprehensión de aquel criminal, dándole tiempo para su fuga; vamos a ponernos en otro caso, en el de que el mismo juez de un pequeño poblado sea el delincuente y que también se necesite proceder a su aprehensión inmediatamente, porque hay temores de que se fugue, de que no se sujete a la acción de la justicia; ¿pues a quién le va a pedir la orden la autoridad administrativa?, ¿al mismo a quien ella va a aprehender? ¡Seguramente que no se la da! Los temores de que haya un abuso en las aprehensiones, deben de desvanecerse desde el momento en que han desaparecido los jefes políticos, pues éstos eran los verdugos, eran los sicarios, eran los encargados de abusar del poder ilimitado que el centro había puesto en su manos, y es por eso porque se hizo tan temible la acción de los jefes políticos; es por eso porque se hizo tan odiada su acción; pero ahora estando decretada la libertad de los municipios y teniendo cada Municipio la policía bajo su mando inmediato, es seguro que no procederán en la misma forma, como cuando los jefes políticos eran los amos y señores del cantón o distrito, en donde la desgracia había querido que fueran; por consiguiente, yo estimo de todo punto importante que no se omita en el dictamen que presenta la honorable Comisión el párrafo a que hago referencia.

El ciudadano presidente de la Comisión, cuya opinión respeto, pero que no me convence, ha dicho que dejando esa facultad amplísima a la autoridad administrativa, se pone en peligro la libertad de los ciudadanos. Manifiesto a mi querido colega que está en un error. En el párrafo de que nos ocupamos no se da una facultad amplísima a las autoridades administrativas, sino al contrario, muy restringida y bajo su más absoluta responsabilidad. ¿Por qué se viene considerando desde luego divorciada a la autoridad administrativa, del Poder Judicial? ¿Por qué de una manera anticipada vamos a considerar que siempre han de estar en pugna? ¿Por qué no hemos de considerarlos como los componentes de un Gobierno, de una República Federal como la nuestra? Yo considero en

este caso a la autoridad administrativa como un agente auxiliar de la autoridad judicial; desearía yo que alguno de los ciudadanos abogados que se encuentran entre nosotros, nos ilustrara acerca de esto; si hay delitos cuya aprehensión del delincuente sea urgente, sin que sea precisamente encontrado *in flagranti*.<sup>174</sup>

C. *La obligación de motivar la decisión que ordena la detención preventiva*. Cúmplenos ahora abocarnos al examen del contenido y de la naturaleza del mandato judicial en el que se basa la detención del inculcado, a fin de determinar si tales mandatos son semejantes o presentan diferencias de un país a otro.

En Alemania Federal, el mandato de detención ha sido siempre una decisión judicial, es decir, que nunca ha constituido simplemente un título de detención. Por ende, la Ley del 19 de diciembre de 1964, que modificó el procedimiento penal, se preocupó sobre todo de reforzar sensiblemente la obligación de motivar la decisión que ordena la detención preventiva. En lo sucesivo, los hechos en los que se funda la decisión, no sólo deberán indicarse en función de alguno o algunos de los motivos de detención o riesgos a prevenir (fuga, colusión o reincidencia), sino también por lo que concierne a los indicios graves, o sea, a la causa probable de culpabilidad (artículo 144, inciso 2, número 4, Código de procedimientos penales).

De esta forma, el mandato de detención no sólo obligará al juez a controlar su propia decisión, sino que permitirá examinar la validez de la detención facilitando así el control de esta medida por parte de la instancia superior, a la vez que servirá de fundamento a la defensa del inculcado.

Ahora bien, el problema más importante en cuanto a la motivación de la decisión, radica en el dilema que se plantea al inicio de la instrucción preparatoria, dada la necesidad de tomar, en un plazo muy breve, una decisión en cuanto a la detención preventiva.

En efecto, por una parte, se requiere examinar a fondo las condiciones de aplicación de la detención preventiva, es decir, determinar tanto si existen o no indicios graves de culpabilidad y uno o más motivos de detención, como cuál es la gravedad del delito; por la otra, se trata de tomar, en un corto tiempo, una decisión en la que el juez debe pronunciarse, sea por mantener la detención preventiva, sea por ordenar la liberación del inculcado, puesto que, conforme al artículo 104, inciso 3, de la Constitución y los artículos 115, 115a y 128 del Código de procedimientos penales, la persona detenida debe ser, sin demora o a más tardar al día siguiente de su detención por la policía, conducida ante el juez competente para que éste decida si procede mantener la detención preventiva o decretar, su liberación.

De ahí que en este país se haya propuesto sea la adopción de un man-

<sup>174</sup> Cfr. Cámara de Diputados, *Los derechos del pueblo mexicano*, México, ed. Manuel Porrúa, 1978, pp. 22 y ss.

dato de detención cuya duración se limitaría al plazo indispensable para procurarse los elementos de juicio necesarios, o bien, siguiendo el ejemplo de otros países, contemplar la posibilidad de una detención breve, de aproximadamente tres días, ordenada por el juez, a fin de permitir a éste un examen riguroso de la existencia o no de las condiciones requeridas para la aplicación de la detención preventiva.

Sin embargo, no dejó de señalarse<sup>175</sup> que ninguna necesidad existe de introducir ni una ni otra de tales soluciones ya que una institución suplementaria lo único que haría sería complicar el procedimiento de la detención preventiva. En cambio las opiniones se inclinan más a favor de un control permanente de oficio de las condiciones exigidas para la aplicación de la detención preventiva, control que por otra parte ya se encuentra previsto por la legislación (artículo 120, inciso 1, Código de procedimientos penales). Se afirma que si dicho control se ejerciera seriamente en la práctica, sería muy probable que en numerosos casos y al cabo de sólo unos cuantos días podría tomarse una decisión que seguramente favorecería más la liberación del inculcado o la suspensión de la detención preventiva, en los términos que lo previene el artículo 116 del propio Código de procedimientos penales.

En Bélgica, el juez de instrucción no puede decretar la detención preventiva sino después de haber interrogado al inculcado. No obstante, esta regla no es aplicable cuando el interrogatorio no puede llevarse a cabo por algún hecho atribuible al propio inculcado, por ejemplo, si éste se hubiere fugado o se encontrase en el extranjero.

El mandato de detención, motivado y firmado por el juez de instrucción, se notificará al inculcado en un término de veinticuatro horas siguientes a la privación de libertad, entregándosele al mismo tiempo una copia del mismo.<sup>176</sup>

En Francia, una de las reformas introducidas por la Ley del 17 de julio de 1970, fue la inclusión, en el nuevo artículo 145 del Código de procedimientos penales, de la obligación de motivar la decisión que ordena la detención preventiva.

En efecto, con anterioridad a dicha ley, la obligación de motivar no se exigía sino en caso de prolongación de la detención preventiva o de rechazo de una petición de liberación (artículos 139 y 141, inciso 3, Código de procedimientos penales de 1958, respectivamente). Sin embargo, en la práctica tal obligación se traducía frecuentemente en el empleo de cláusulas de estilo, resultado de la ausencia de una enumeración legal de los motivos de detención.

Hoy día, el juez, en los términos del citado artículo 145, debe demostrar en la decisión que impone la detención preventiva que las circunstancias de

<sup>175</sup> Grebing, G., *op. cit.*, p. 977; Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 89.

<sup>176</sup> Bernard-Tulkens, F., *op. cit.*, p. 88.

cada caso concreto se encuentran en relación con los motivos de detención enumerados en el también nuevo artículo 144 del propio código.

En América Latina, la situación que prevalece sobre este particular refleja una mayor disparidad en la legislación interna de los diferentes países.

En Argentina, el artículo 367 del Código Federal de procedimientos penales, dispone que la prisión preventiva se hará constar en autos por resolución especial del juez de instrucción, estableciendo las causas que la motivan.

Sin embargo, se señala que la práctica inconveniente de no fundar la orden judicial de detención, a la que genéricamente se denomina “orden de prisión”, ha obligado a que en la legislación se tenga que describir minuciosamente la forma en que tales órdenes deben dictarse.<sup>177</sup>

En Brasil, la ley exige que el auto de prisión preventiva sea siempre fundado, estableciendo al mismo tiempo que, salvo el caso del artículo 312, relativo a la prisión preventiva obligatoria, el juez podrá revocar esta medida si durante el proceso verificare la falta de motivos para que la misma subsista, pero también podrá decretarla de nuevo en caso de que razones o hechos supervenientes la justifiquen.

En México, según lo previene el artículo 16 constitucional, para proceder a la detención de una persona se requiere de un mandamiento judicial escrito, fundado y motivado.

De ahí que tanto en el mismo artículo 16 como en el artículo 19 de la propia Constitución, se establezca toda una serie de requisitos o exigencias, ya de fondo, ya de forma, para que proceda, sea el libramiento de la orden de aprehensión, sea la expedición del auto de formal prisión, éste último en tanto que título justificativo y ratificador de la detención que deba prolongarse por más de tres días.

Ahora bien, por lo que concierne a la obligación de motivar la decisión conforme a las circunstancias de cada caso concreto, ambas disposiciones constitucionales, al hacer hincapié en que los datos que resulten de la averiguación previa deberán ser bastantes para hacer probable la responsabilidad del inculgado, únicamente se están refiriendo a la causa probable de culpabilidad, sin tomar en cuenta ninguno de los motivos de detención, ni la gravedad del delito imputado.

Pero aún en el caso de esta condición prevista, y como ha sido señalado con justa razón,<sup>178</sup> tampoco debe reputarse motivada la decisión que ordena la detención preventiva, cuando aquélla se apoya en datos vagos e inciertos o en meras conjeturas, producto de la primera impresión que pueden experimentar las autoridades judiciales al examinar las pruebas aportadas por la policía judicial y que pueden perjudicarlas en contra del inculgado.

<sup>177</sup> Soler, S., etcétera, *op. cit.*, pp. 28 y 32.

<sup>178</sup> González Bustamante, J. J., *op. cit.*, p. 188.



Resumiendo, por una parte es de inferirse que la especificación en el derecho interno tanto de las condiciones de fondo o causas cuya existencia justifica la aplicación de la detención preventiva, como de las condiciones de forma o exigencias formales que deben satisfacerse para que esta medida pueda ser considerada como legítima y válidamente decretada, constituyen los medios legales a través de los cuales se pretende racionalizar y, más que nada, limitar el recurso sistemático e indiscriminado a esta medida privativa de la libertad personal.

Por otra parte, una cosa resulta evidente y es que; tanto en beneficio de una preservación real de la libertad personal, que es uno de los bienes más preciados del ser humano, como en interés de una justicia penal verdaderamente humanizada y del respeto efectivo de muchos otros derechos de la persona privada de su libertad con motivo de su sujeción a la detención preventiva, el derecho interno pero sobre todo los órganos y las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento, deben garantizar y realmente asegurar a toda persona que se encuentre en tal supuesto, tanto si es culpable, como, y con mucha mayor razón, si resultare tratarse de un inocente, que tendrá la ocasión inmediata de ser presentada y justificarse ante una autoridad judicial, que se le informará y notificará sobre los motivos de su detención, que se presumirá su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, que se revisará y determinará lo bien o mal fundado de la decisión que la priva de su libertad, que de no existir causas o motivos de peso que requieran su reclusión se le pondrá en libertad en tanto se sustancia el juicio, que tendrá la oportunidad de defenderse y ser asistido para su defensa, etcétera, etcétera.

Es decir, se plantea ahora la cuestión de la protección jurídica a otorgar a toda persona sometida a detención preventiva, de donde emerge la posibilidad para el ordenamiento jurídico interno y muy particularmente para las autoridades estatales, sea de mostrar su efectivo respeto por los derechos humanos, sea de cometer las más graves violaciones contra los mismos, como veremos en la siguiente y última sección de esta parte de nuestro trabajo.

#### *Sección IV. Los derechos humanos de las personas sujetas a detención preventiva*

##### *1. El derecho a ser conducido ante una autoridad judicial*

Es un principio elemental inscrito en prácticamente todas las legislaciones europeas y latinoamericanas, como vimos anteriormente, que la persona detenida ya sea en caso de flagrante delito o de urgencia, o bien a consecuencia de un mandato expedido por una autoridad judicial, dicha persona sea presentada o puesta a disposición del juez sea inmediatamente o en un plazo perentorio, lo más breve posible.

Sin embargo, no siempre el enunciado del anterior y de numerosos otros



principios recogidos por el orden jurídico interno de los diferentes países coincide con la práctica imperante en los mismos.

Bastará referirnos a título de ejemplo, a la práctica imperante en algunos países europeos y latinoamericanos sobre este particular.

En Bélgica, donde como ya dijimos<sup>179</sup> fuera del caso de flagrante delito el artículo 7 constitucional no autoriza ninguna detención sino en virtud de una orden judicial, conforme al artículo 93 del Código de instrucción criminal, en el caso de un mandato de conducir (*mandat d'amener*), que es la orden dada por el juez de instrucción a la fuerza pública para que conduzcan ante él a determinada persona, sea voluntariamente sea por la fuerza, el juez debe interrogar a dicha persona en un término de veinticuatro horas; pero según práctica inveterada existente en ciertas circunscripciones judiciales toda vez que las oficinas del juez de instrucción se encuentren ya cerradas, la persona que debía ser conducida ante su presencia es depositada provisionalmente en un establecimiento o local de reclusión de la ciudad.

Ahora bien, dicha práctica ha sido severamente criticada no sólo del hecho de que, entre el momento en que la persona objeto de la orden respectiva es aprehendida y el momento en que efectivamente será interrogada por el juez, puede transcurrir un término muy superior a las veinticuatro horas que marca la ley, sino también porque tal práctica es contraria a los términos del artículo 609 del propio código de instrucción criminal, el cual señala limitativamente los títulos o mandatos de detención en virtud de los cuales una persona puede ser recluida, títulos de detención entre los cuales no figura, desde luego, el mandato de conducir en cuestión.<sup>180</sup>

En Argentina, por regla general, la policía está obligada a entregar la persona detenida a la autoridad judicial en un plazo brevísimo, es decir, "inmediatamente o en las primeras horas hábiles del despacho del juez" (artículo 4 y 370, Código de procedimientos penales). No obstante, se señala<sup>181</sup> esta prevención no se cumple en la práctica dentro de límites tan estrictos, sino generalmente dentro de los dos o tres días siguientes a la detención.

En El Salvador, conforme al artículo 67, fracción 1, del Código de procedimientos penales, las autoridades policiales tienen la obligación de poner a la persona detenida a la orden de la autoridad judicial competente dentro del plazo de veinticuatro horas. Sin embargo, se afirma,<sup>182</sup> tal inscripción no se cumple nunca, sino que, por el contrario, se abusa de detenciones prolongadas por autoridad incompetente.

<sup>179</sup> Véase *supra*, pp. 126 y ss.

<sup>180</sup> Velu, J., *op. cit.*, pp. 411 y ss.

<sup>181</sup> Soler, S., etc., *op. cit.*, p. 26.

<sup>182</sup> Cfr. Castro Ramírez, M., *op. cit.*, p. 527.

## 2. *El derecho a ser informado y notificado de los motivos de la detención*

La privación de la libertad que implica la detención preventiva afecta no solamente a quien es objeto de esta medida, es decir, al inculpado, sino también a todos aquellos que forman parte del medio en que aquél se desenvuelve.

De ahí que si la Constitución belga (artículo 7) ordena que el mandamiento de detención será hecho del conocimiento del inculpado en el momento de la aprehensión o a más tardar le será notificado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la privación de su libertad, entregándosele una copia del mismo, y en Francia la ley dispone que el mandato de depósito, el cual puede expedirse sólo contra el inculpado presente y una vez que éste ha sido interrogado, deberá ser notificado al inculpado por el juez de instrucción (artículo 123, inciso 8, Código de procedimientos penales), en la República Federal de Alemania la obligación de informar sobre la detención, o cualquiera otra decisión ulterior que prolongue la duración de esta medida, no sólo incluye al inculpado y se hace extensiva a un familiar suyo o a una persona de su confianza (artículo 114 b, inciso 1, Código de Procedimientos penales), sino que además, el detenido deberá ser informado de su derecho a interponer un recurso tendiente a revisar la procedencia de su detención y a controlar la regularidad de la misma (artículo 115, inciso 4, Código de procedimientos penales) y en Suiza, deberá darse aviso de la detención inclusive al jefe o patrón del detenido.<sup>183</sup>

Por lo que respecta a América Latina, en Colombia, de acuerdo con el artículo 68 del Código de policía, el inculpado podrá informar a su familia desde el momento de su detención. En cuanto al inculpado mismo, deberá ser informado de su derecho a nombrar un abogado (artículo 393, Código de procedimientos penales).

En cambio, en Venezuela, la falta de información al inculpado de los hechos que se le imputan es, se afirma,<sup>184</sup> un hecho notorio, ya que cuando la policía detiene a una persona y ésta exige se le explique el motivo de la detención, la autoridad se muestra reticente y no expresa razones ni explica los motivos de tal medida. Los mismos jueces, al parecer, adoptan una actitud semejante.

## 3. *El derecho a ser presumido inocente*

Este otro principio comúnmente admitido por todos los países y consignado, incluso, en diversas constituciones europeas y latinoamericanas<sup>185</sup> se expresa mediante el adagio *onus probandi incumbit actori*, o sea, que es al

<sup>183</sup> Clerc, F., *op. cit.*, pp. 71-72.

<sup>184</sup> Chiossone, T., *op. cit.*, p. 34.

<sup>185</sup> Véase *supra*, pp. 88-89.

acusador a quien corresponde probar la culpabilidad, teniendo el acusado, en consecuencia, el derecho a guardar silencio.

El problema de la presunción de inocencia fue introducido por la Declaración francesa de 1789. Su razón de ser es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que se le haya dado la posibilidad de defenderse y, aún más, sin que existen pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad y destruyan esta presunción.

Ahora bien, tal presunción sería una simple ficción si la ley no la rodease de garantías reales.

De ahí que las legislaciones internas prohíban recurrir a cualquier tipo de coacción, presiones o amenazas tendientes a provocar la confesión del inculpado, por un lado, y, por el otro, que afecten de nulidad las confesiones obtenidas por tales medios.

De ahí también que desde el punto de vista de los derechos humanos del inculpado, parezca injusto que del hecho de la negativa de éste a hablar, puedan derivarse indicios de su culpabilidad.<sup>186</sup>

Un claro ejemplo de lo anterior está representado por el artículo 127 del Código peruano de procedimientos penales, el cual, al tiempo que permite al inculpado guardar silencio, advierte que el juez le manifestará a éste que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad.

Cabe señalar, sin embargo, que los tribunales peruanos, incluidas las instancias supremas, se han negado unánimemente a aplicar tal disposición, declarándose, sobre todo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en caso de no existir pruebas de cargo suficientes, prevalecerá la presunción de inocencia.<sup>187</sup>

#### 4. *El derecho al control de la legalidad de la detención*

Ya en otra parte señalamos que la especificación de las condiciones de fondo y la observancia de ciertas formalidades para poder decretar la detención preventiva son medios encaminados a limitar la frecuencia de la aplicación de esta medida.<sup>188</sup>

Además de lo anterior, se pretende que dicha especificación de causas y tal exigencia de formalidades faciliten la verificación de lo bien o mal fundado de la privación de la libertad de una persona, es decir, el control tanto de la legalidad de la aplicación de la detención preventiva, como de la oportunidad o necesidad del mantenimiento de esta medida. De ahí la necesidad de que la legislación provea al inculpado de la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión que lo somete a la detención preventiva.

<sup>186</sup> En este sentido, Merle, R. y Vitu, A., *Traité de droit criminel*, París, Ed. Cujas, 1967, pp. 926 y ss.

<sup>187</sup> García Rada, D. *op. cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>188</sup> Véase *supra*, p. 151.

Así, en Suecia, donde como ya hemos visto<sup>189</sup> tanto la policía como el ministerio público pueden decidir la prolongación de la detención preventiva (artículo 24, inciso 5, Código de procedimientos penales), una u otra de estas autoridades debe presentar al respecto una solicitud de detención preventiva al tribunal de primera instancia, solicitud que en ningún caso podrá presentarse después de cinco días después de la fecha en que se decidió mantener la detención (artículo 24, inciso 12, Código de procedimientos penales). Una vez recibida tal solicitud, el tribunal deberá pronunciarse sobre la detención dentro de los cuatro días siguientes, a menos que el juicio deba tener lugar la semana siguiente a la de la fecha en que la solicitud fue presentada (artículo 25, inciso 13). Ello quiere decir que, en este país, el control judicial no será disponible, en tanto que derecho, al menos durante los primeros cinco días y, en ciertos casos, durante los nueve días posteriores a la aprehensión.

Hecha la anterior especificación, nos remitimos a lo que sobre los diversos recursos y mecanismos que protegen a toda persona contra detenciones preventivas ilegales o arbitrarias dijimos con anterioridad.<sup>190</sup>

### 5. *El derecho a ser liberado durante el juicio*

En todos los países la detención preventiva tiene carácter de medida excepcional, ya que se admite que la misma no debe aplicarse sino en último extremo y en caso de necesidad absoluta, cuando otras medidas parezcan insuficientes, lo que implica el derecho del inculcado a ser liberado durante el juicio, mediante ciertas condiciones u obligaciones que se traducen por medidas sustitutivas de la detención preventiva.

En efecto, como lo hemos indicado ya en diversas ocasiones<sup>191</sup> en el conflicto protección de la sociedad —respeto a la libertad individual que constituye la parte medular de la problemática de la detención preventiva—, la libertad individual generalmente sale perdiendo. La detención preventiva es un mal, pero un mal necesario, se reconoce.

De ahí que se plantee entonces la cuestión de las alternativas, es decir, de las medidas sustitutivas de la detención preventiva. En otros términos, ¿es irremplazable la detención preventiva?, ¿no hay otras medidas menos coercitivas y severas y, en cambio, más respetuosas y garantes de la libertad individual, que con igual eficacia puedan coadyuvar a los mismos fines?

En algunos países no se puede mantener detenido al inculcado cuando medidas menos severas pueden representar una protección suficiente de los intereses de la sociedad.

Así, en Austria, conforme al artículo 180, inciso 5 del Código de procedimientos penales, son aplicables, en tanto que medidas menos rigurosas:

<sup>189</sup> Véase *supra*, p. 129

<sup>190</sup> Véase *supra*, pp. 93 y ss.

<sup>191</sup> Véase *supra*, pp. 8 y ss. y 52 y ss.

1. El juramento de no huir, ni ocultarse, ni alejarse de su lugar de residencia sin autorización del juez;
2. El juramento de no tratar de obstruir las investigaciones;
3. La obligación de vivir en lugar determinado, de evitar frecuentar ciertos lugares y personas, de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, del empleo de todo tipo de estupefacientes o de desempeñar cierto tipo de trabajos;
4. La obligación de avisar cualquier cambio de residencia y de presentarse periódicamente ante el tribunal u otras autoridades;
5. El retiro provisional de los documentos de viaje;
6. El retiro provisional de toda licencia de manejo; y,
7. La prestación de una caución.

En Francia, uno de los grandes méritos de la reforma de 1970 fue la de poner a la disposición del juez de instrucción un amplio espectro de medidas de sustitución de la detención provisional.<sup>192</sup> Estas medidas agrupadas bajo el nombre de “control judicial” (artículo 738, Código de procedimientos penales), rebasan ampliamente las medidas previstas en otros países europeos. En este país, operan a favor del inculcado incluso antes de que se decreta su detención provisional, lo que significa que si el juez de instrucción no puede poner pura y simplemente en libertad al inculcado, antes de decretar la detención provisional deberá examinar si alguna o algunas de las medidas previstas por el control judicial pueden sustituir a la detención provisional. Tales medidas son, concretamente, las siguientes:

1. No salir de los límites territoriales señalados por el juez de instrucción;
2. No ausentarse de su domicilio o lugar de residencia fijado por el juez de instrucción sino bajo ciertas condiciones y por determinado motivo;
3. No frecuentar ciertos lugares;
4. Informar al juez de todo desplazamiento más allá de los límites señalados;
5. Presentarse periódicamente a los servicios o ante las autoridades designadas por el juez;
6. Atender a los criterios que se le hagan y someterse a las medidas de control en relación con las actividades que realiza;
7. Depositar ante ciertas autoridades sus documentos de identidad, especialmente su pasaporte, a cambio de un acuse de recibo válido como documento de identidad;

<sup>192</sup> Pradel, J. “Una nouvelle mesure de sûreté à la disposition du juge d’instruction: le contrôle judiciaire”, *Détention provisoire, contrôle judiciaire et grade à vue*, XIIe Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de Droit Pénal, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, pp. 170 y ss.

8. Abstenerse de conducir cualquiera o ciertos vehículos y, dado el caso, depositar su licencia de manejo;
9. Abstenerse de frecuentar a las personas que determine el juez;
10. Someterse a los exámenes, tratamientos o cuidados, incluso su hospitalización, especialmente con miras a su desintoxicación;
11. Prestar la caución que fijará el juez tomando en cuenta los recursos del inculpaado; y,
12. No realizar ciertas actividades cuando estas hayan sido el origen del delito cometido, y cuando se tema que reincida en el mismo.

En la República Federal de Alemania no es sino después que la detención preventiva ha sido decretada que se suspende la ejecución del mandato respectivo, cuando se considera que son suficientes otras medidas menos severas (artículo 116, Código de procedimientos penales), siendo operante tal suspensión en relación con cualquiera de los motivos de detención.

Así, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de un mandato de detención expedido en virtud del riesgo de fuga es obligatoria cuando el objeto de la detención preventiva puede lograrse mediante medidas más benignas (artículo 116, inciso 1, Código de procedimientos penales).

Entre tales medidas la ley menciona (artículo 116, inciso 1, números 1 a 4, Código de procedimientos penales), entre otras, la obligación de presentarse ante ciertas autoridades; algunas restricciones en relación con el lugar de residencia; el arraigo domiciliario y la obligación de prestar caución.

Además, también existe la posibilidad de retener el pasaporte o licencia de manejar, así como la combinación de algunas de todas estas medidas, aun cuando en este país la que tiene mayor relevancia práctica es la de la presentación periódica ante las autoridades, siendo en cambio la obligación de prestar caución la que menos se utiliza, dado que se la considera como un "privilegio de los ricos".<sup>193</sup>

En efecto, aun cuando la libertad bajo caución está prevista en la mayoría de las legislaciones europeas, esta institución es no sólo muy poco utilizada en la práctica, sino que a veces se le excluye completamente, como sucede, por ejemplo, en Suecia, donde la liberación bajo caución no tiene ningún lugar ni en la legislación ni en la práctica.<sup>194</sup>

Lo anterior se debe, primero a que esta institución es considerada como discriminatoria, en la medida en que otorga una ventaja indebida al inculpaado rico sobre el acusado pobre, y, segundo, porque se ha visto que la

<sup>193</sup> Grebing, G., *op. cit.*, p. 978; Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 399.

<sup>194</sup> Botein, F., etcétera, *op. cit.*, pp. 246 y 249.

misma tiene sólo un débil cuando no nulo efecto en casos de peligro de fuga, colusión o reincidencia.<sup>195</sup>

En una palabra, la libertad provisional bajo fianza o caución plantea dificultades y reservas de tal magnitud, tanto desde el punto de vista económico como moral y social, que nos parece muy discutible que esta institución pueda ser considerada hoy día como una perspectiva válida de medida de sustitución de la detención preventiva.<sup>196</sup>

## 6. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable

El respeto de la libertad individual no solamente exige el no contemplar la detención preventiva sino en último extremo y sólo en caso de absoluta necesidad, sino que también reclama que, en el supuesto en que deba aplicarse, no se prolongue más de lo necesario, lo que plantea el problema de la duración de la detención preventiva y da lugar al derecho del inculcado a ser juzgado en un término razonable.

En Alemania Federal, por una parte, la duración de la detención preventiva es controlada por una instancia superior. Sin embargo, este control no opera sino al cabo de seis meses y lo ejerce únicamente la corte de apelación (artículo 121, Código de procedimientos penales). Por otra parte, el derecho alemán no prevé ningún límite absoluto en cuanto a la duración de la detención preventiva.

De ahí que en la práctica, según se afirma,<sup>197</sup> la introducción en 1964 de este mecanismo de control por dicha corte de apelación, destinado a hacer frente a las detenciones abusivas y a asegurar la limitación necesaria de la duración de la detención preventiva no llevó aparejada ninguna disminución de la duración de esta medida. Por tanto, este país se encuentra a la cabeza de aquéllos donde la duración de esta medida es considerablemente prolongada.

No obstante, la Ley de reforma del procedimiento penal, que entró en vigor el primero de enero de 1975, ha puesto en aplicación una serie de medidas de aceleración de dicho procedimiento, por lo que se espera, por vía de consecuencia, una sensible reducción de la duración de la detención preventiva.<sup>198</sup>

En Bélgica, el mandato de detención no tiene fuerza obligatoria sino durante cinco días; pasado este término, el inculcado será puesto en libertad a menos que la "sala del consejo" confirme dicho mandato. En este caso, la detención preventiva se prolonga por un mes, contado a partir de la

<sup>195</sup> Mueller, G. O. W., etcétera, *op. cit.*, p. 432.

<sup>196</sup> En sentido contrario véase: Reyes E., Alfonso, "Les droits de l'homme devant la loi de procédure pénale colombienne", *Revue Internationale de Droit Pénal*, tercer trimestre de 1978, p. 196.

<sup>197</sup> Jescheck, H. H., *op. cit.*, pp. 398-399.

<sup>198</sup> Grebing, G., *op. cit.*, pp. 980-983



fecha del interrogatorio del inculcado por el juez. Posteriormente, será mes por mes que dicha sala debe decidir sobre la prolongación de la detención preventiva, en cuyo defecto el inculcado deberá ser puesto en libertad (artículos 4 y 5 de la Ley del 13 de marzo de 1973). Al igual que en Alemania Federal, la legislación belga no prevé ningún límite absoluto de duración preventiva.

Inversamente a como sucede en los países a que acabamos de referirnos, otros países europeos sí prevén límites absolutos en cuanto a la duración de la detención preventiva. Tal es el caso, por ejemplo, de Francia, después de la Ley del 6 de agosto de 1975, y de Italia, después de la reforma de 1970.

Así, en Francia, antes de dicha ley de 1975, en materia correccional la decisión que decretaba la detención preventiva estaba limitada por la ley a un plazo máximo de cuatro meses y no podía prolongarse sino por resolución del juez de instrucción, obligatoriamente motivada (artículo 154, inciso 2, Código de procedimientos penales). Esta resolución podía dado el caso, renovarse varias veces. Posteriormente, tal ley de 1975, mediante una adición a la disposición correspondiente, introdujo una limitación absoluta de seis meses en materia de delitos y para determinados casos (artículo 145, inciso 3, Código de procedimientos penales).

Con todo, el hecho de que se consigne un límite absoluto de la duración de la detención preventiva no es ni absolutamente indispensable ni tampoco una panacea. Confirman lo primero, el derecho y la práctica en Inglaterra y en Suecia, donde la duración de la detención preventiva es de una brevedad ejemplar;<sup>199</sup> demuestran lo segundo, el derecho y la práctica de algunos países latinoamericanos a los que vamos a referirnos a continuación.

En México, el artículo 20, fracción VIII, de la Constitución, establece como una de las garantías del acusado el que éste sea juzgado “antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo”. Al mismo tiempo, el segundo párrafo, de la fracción X, del propio artículo 20, precisa que “tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso”. Es decir, se fija un plazo máximo para la conclusión de los procesos y un límite absoluto a la duración de la detención preventiva.

De igual manera, el artículo 60, inciso 1, de la Constitución venezolana, con la misma finalidad, dispone que “el sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado”.

Sin embargo, en la práctica, en ninguno de los dos países se respetan los términos previstos constitucionalmente. En el primero, ya que no es nada raro el caso de inculcados que permanecen en prisión incluso por más tiempo del que como máximo fija el código penal u otras leyes al de-

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 981, nota 73.



lito que se les imputa, con la agravante de que muchos de ellos resultan a la postre ser inocentes. En el segundo, se afirma,<sup>200</sup> los plazos judiciales son simplemente fijaciones formales, que de ningún modo evitan la prolongación exagerada y a veces indefinida del proceso.

### 7. *El derecho a la defensa*

Todas las legislaciones reconocen unánimemente y de manera muy semejante el derecho del inculpado a defenderse por sí mismo, o con la asistencia de un defensor de su elección, o, en caso de carecer de recursos, a que se le nombre uno de oficio.

Sin embargo, el momento a partir del cual el inculpado puede contar con tal asistencia, así como las condiciones y la frecuencia con que puede entrevistarse o intercambiar correspondencia con su defensor se prevén de distinta manera en las diferentes legislaciones.

Por otra parte, en cuanto a sus declaraciones o interrogatorios, y atento a su derecho a no verse forzado a autoincriminarse, el inculpado tiene también la posibilidad de hablar o de guardar silencio, si estima tal actitud más conforme a los intereses de su defensa.

Así, por ejemplo, en Inglaterra, el acusado no rinde declaraciones y no se autoriza su interrogatorio. Sin embargo, él mismo puede constituirse en testigo durante el juicio. En este caso, deberá prestar juramento y hará declaraciones como cualquier testigo. Esta regla refleja el respeto de los derechos de defensa del acusado, puesto que éste puede hacer declaraciones si estima que las mismas pueden contribuir a su defensa, siendo considerado en este caso como un testigo.

La Constitución de Venezuela consagra en su artículo 68 el derecho de defensa como inviolable en todo grado y estado del proceso.

No obstante, se señala,<sup>201</sup> según el criterio judicial más generalizado en este país, el inculpado no tiene derecho a ser asistido por un defensor sino hasta el acto de la declaración indagatoria, por lo que se considera que la negativa del funcionario o tribunal de permitir al inculpado la asistencia de un abogado es simplemente inconstitucional, dado que la Carta fundamental consagra como un derecho humano la defensa en todo estado y grado del proceso.

### 8. *El derecho a ser sometido a un régimen distinto*

Si la detención preventiva permite ejercer una cierta presión para asegurar el éxito en la manifestación de la verdad, tal posibilidad tiene sin embargo determinados límites. Uno de ellos, según lo hemos visto,<sup>202</sup> es el

<sup>200</sup> Chiossone, T., *op. cit.*, p. 20.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>202</sup> Véase *supra*, p. 155.

corolario de la presunción de inocencia que prohíbe todo tipo de violencia física o moral con objeto de provocar la confesión del inculpado.

Pero además, otras limitaciones se imponen del hecho de que el inculpado no podría ser tratado como un sentenciado puesto que no ha sido juzgado definitivamente. Por tanto, el inculpado debe gozar de ciertos derechos o privilegios hasta en tanto no haya sido condenado.

Entre tales derechos hay algunos de los cuales, a decir verdad, se benefician no sólo los inculcados sino todo aquél que hubiere sido privado de su libertad, como son, por ejemplo, el derecho a ser tratado con humanidad y con respeto a la dignidad inherente al ser humano, el derecho a no ser sometido a torturas ni a castigos o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>203</sup>

En cambio hay otros derechos cuyos destinatarios son, particularmente, los inculcados, entre los cuales se cuentan, de manera especial, el derecho a ser separado de los sentenciados y a ser sometido a un régimen distinto, apropiado a su condición de persona aún no condenada.<sup>204</sup>

Aquí vemos perfilarse la preocupación por proteger los derechos humanos del inculpado, al prescribirse que la persona sometida a detención preventiva cuente con un régimen de libertad cuyos únicos límites son el orden del establecimiento y los imperativos de la encuesta judicial.

### 9. *El derecho a la imputación y a reparación*

Para terminar esta parte de nuestro trabajo, examinaremos dos consecuencias de la detención preventiva, a saber: la imputación o compensación del tiempo pasado en detención preventiva sobre la duración de la pena fijada, y la indemnización a que puede dar lugar una detención preventiva ilegal o abusiva.

Por lo que se refiere a la imputación de la pena, este principio es hoy día generalmente reconocido por la legislación de diversos países.

Así, en Europa occidental la otorgan, entre otras, los códigos penales de: Italia (artículo 137), los Países Bajos (artículo 27), Suiza (artículo 69), etcétera.

En Francia, después de las reformas ya citadas del 17 de julio de 1970 y del 6 de agosto de 1975, el artículo 24 del Código Penal señala enfáticamente que cuando ha habido detención preventiva durante el procedimiento, esta detención será deducida íntegramente de la duración de la pena impuesta por la sentencia condenatoria.

<sup>203</sup> A este respecto cabría citar, por ejemplo los artículos 19, tercer párrafo, y 22, primer párrafo de la Constitución mexicana.

<sup>204</sup> Sobre este particular véanse: artículo 18, primer párrafo; la sección C de la segunda parte de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; así como el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, estos dos últimos documentos, incluidos como anexos 4 y 6 al presente trabajo.

Entre los países latinoamericanos, la Constitución mexicana, en su artículo 20, fracción x, tercer párrafo, ordena que “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.

Por su parte, el artículo 39 del Código Penal venezolano establece, en forma imperativa, que se tomará en cuenta la detención preventiva del inculcado durante el juicio para los efectos del artículo 40 del propio código, que se refiere precisamente al cómputo a favor del sentenciado de la detención transcurrida.

En cuanto al derecho a indemnización que asiste a toda persona que ha sido víctima de una detención preventiva indebida o abusiva, no todas las legislaciones actuales lo consignan y no es de sorprender que muchos países no estén muy dispuestos a admitir este derecho, dado lo oneroso que les resultaría su reconocimiento.

Sin embargo, como ya lo señalamos al ocuparnos de las recientes reformas que han tenido lugar en numerosos Estados de Europa occidental,<sup>205</sup> bajo la influencia de las disposiciones pertinentes de la Convención europea sobre derechos humanos, la tendencia actual en esta región es al reconocimiento de este derecho a reparación.

En América Latina, aun cuando las condiciones políticas, económicas y sociales actuales son en general poco propicias no ya digamos al reconocimiento de este derecho sino aún para otorgar una protección efectiva a los derechos más fundamentales del inculcado, y ello desde el momento mismo de su aprehensión y durante todo el proceso penal, es de esperar que ciertos estados se verán obligados, en un futuro próximo, a reconsiderar este principio que reclama la indemnización de toda persona por los daños y perjuicios que se le hubieren causado con motivo de una detención preventiva ilegal, arbitraria, injusta o abusiva, lo cual habrá de redundar, sin duda alguna, en una disminución considerable de la práctica sistemática de la detención preventiva en muchos de los países de la región.

<sup>205</sup> Véase *supra*, pp. 61 y ss.