



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

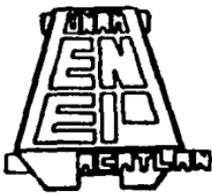
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

"EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS DENTRO DE LA PRISION PREVENTIVA"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA LUCIANO AGUIRRE GOMEZ



ACATLAN, EDO. DE MEX.





UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A DIOS:

Por permitirme llegar hoy hasta aquí, gracias por permanecer a mi lado velando y guiando mi camino en momentos difíciles.

A MI PADRE:

Sr. David Aguirre Núñez

Con cariño, respeto y gratitud te dedico este trabajo de Tesis, así como estas sencillas líneas que son insuficientes para esteriorizar mi agradecimiento y lo que representas.

A MI MADRE:

Sra. María Gómez Pineda

Porque gracias a tí, estoy aquí, siempre has sido mi gran apoyo, confiaste en mí, y estuviste a mi lado con sacrificios, atenciones y desvelos.

A MIS HERMANOS:

Humberto,
Ernestina
Vicente
Elvira
Dionicio
Fermin
Lourdes y
Bernardo

Por quienes tengo un gran cariño; gracias por su apoyo y compañía, les deseo lo mejor. Este trabajo también es para Ustedes.

A MI HIJA:

Rocio

Como un ejemplo a seguir de quien te quiere y te apoyará siempre en la vida.

A MII ASESOR DE TESIS:

Lic. Jorge Peralta Sánchez

Por quien tengo una gran admiración y respeto.
Por poseer esa virtud tan grande de valores humanos,
gracias por guiarme a la luz y transmitirme conocimientos tan sabios.

A MIS PROFESORES:

Porque sin ustedes, la Universidad no existirla;
sus enseñanzas y experiencias permitieron que mi
formación profesional concluyera satisfactoriamente
y con éxito.

A MIS COMPANEROS:

En especial a Rodrigo de la Riva Robles, Andrés
Medina Paco, Ricardo Bárcenas Esparza. y Darío
Enrique Herrera Granados.

Gracias por compartir alegrías, y tristezas y ahora
al final de un camino la razón tuvo una razón.po

A MI HONORABLE JURADO:

Lic. Jorge Peralta Sánchez
Lic. Antonio Solano Sánchez Gavito
Lic. Francisco Pérez Hernández
Lic. Tomás Gallart y Valencia
Lic. Francisco Berdeja Hernández

No existen palabras para agradecerles todo su
apoyo

A LA UNAM:

Nuestra máxima casa de estudios, quien me ha brindado
la oportunidad de lograr una formación profesional.

A MI ESCUELA:

E.N.E.B. -ACATLAN- :

A quien nunca olvidaré y en cualquier lugar pondré su
nombre en alto.

I N D I C E

Introducción	5
------------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A) En Inglaterra	8
B) En España	11
C) En Francia	12
D) En Estados Unidos	15
E) En México	18

CAPITULO II

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO.

A) La Positivación de los Derechos Humanos	27
B) Las Primeras Formulaciones Normativas	28
C) La Constitucionalización de los Derechos Humanos	35
D) Las Condiciones de Fondo: En Europa Occidental, en América Latina	42
E) Las Condiciones de Forma: La Regla General: -Ninguna Detención sin mandato judicial, las excepciones.- Casos de flagrante delito y urgencias.	69

CAPITULO III

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS SUJETAS A PRISION PREVENTIVA.

A) El Derecho a ser Conducido ante una Autoridad Judicial	92
B) El Derecho a ser Informado y Notificado de los Motivos de la Detención	94
C) El Derecho a ser Presumido Inocente	96
D) El Derecho a ser liberado durante el juicio	98
E) El Derecho a ser Juzgado en un Plazo Razonable	105
F) El Derecho a la Defensa	110

CAPITULO IV

LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

A) La Internacionalización de los Derechos Humanos	115
B) La Nueva Noción de Protección Internacional	117
C) Los Primeros Pasos	119
D) Los Derechos Humanos en el marco de la ONU	121
E) Los Derechos Humanos en el Plano Regional	129

CONCLUSIONES	134
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	139
------------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

La importancia del tema que se desarrolla en el presente trabajo entendemos que, debe apreciarse a partir de las más graves y persistentes preocupaciones de todos los tiempos: la de lograr el pleno reconocimiento y el respeto efectivo de un mínimo de derechos, libertades y garantías fundamentales, y consubstanciales a la existencia, libertad, seguridad y dignidad de todo ser humano.

Ahora bien, entre los derechos y libertades fundamentales del ser humano, el que, de siempre, ha sufrido más los embates de la actividad represiva cuando no francamente autoritaria de los órganos del Estado, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos del individuo; de ahí que la cuestión de la protección jurídica de toda persona sometida a prisión por las autoridades estatales, se encuentra íntimamente vinculada con la preocupación por la protección de los derechos humanos dado que, del hecho mismo de la privación de su libertad, el detenido se encuentra, con relación a dichas autoridades, en una situación de mayor in-

seguridad cuando no de completa indefensiòn, comparada con la de otras personas afectadas por distintas violaciones de los derechos humanos, y en virtud de que tal privaciòn de libertad abre la posibilidad a las autoridades, estatales, sea de mostrar su efectivo respeto por los derechos humanos, sea de cometer violaciones graves contra los mismos.

Por otra parte, a través de su detenciòn, el individuo suele encontrarse pràcticamente a merced de las autoridades, no obstante de la existencia del juicio de amparo en nuestra legislaciòn, cuyas resoluciones son violadas frecuentemente, ya que de manera muy limitada podrà defenderse durante la misma.

Nuestro estudio no pretende, de ninguna manera, ni ser exhaustivo, ni cubrir la totalidad de las cuestiones penitenciaras, se limita exclusivamente a la prisiòn preventiva de las personas presuntamente responsables de la comisiòn de un delito, la cual se ubica en la fase inicial del proceso penal, es decir, en la de inculpaciòn. La cual en nuestra opiniòn cubre el periodo que corre desde la aprehensiòn del inculgado hasta el pronunciamiento de una sentencia absoluto-

ria o condenatoria, donde se plantea el problema de la prisión preventiva y donde creemos, se suscitan los más graves problemas para la protección de los derechos humanos.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) EN INGLATERRA

B) EN ESPAÑA

C) EN FRANCIA

D) EN ESTADOS UNIDOS

E) EN MEXICO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) EN INGLATERRA

Es en Inglaterra donde la consagración normativa de la libertad humana y su protección jurídica alcanzaron admirable grado de desarrollo. El régimen jurídico inglés fue evolucionando lentamente desde los más oscuros orígenes de los pueblos que habitaron la Gran Bretaña, como los anglos y los sajones, siendo fruto de sus costumbres como de su vida misma.

Así, a principios del siglo XIII los barones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra, origen remoto de varias garantías constitucionales de diversos países, principalmente de América. Me refiero a la famosa Carta Magna, en cuyos setenta y nueve capítulos hay una abundante enumeración de garantías prometidas a la iglesia, a los barones y a la comunidad.

El precepto más importante de la Carta Magna inglesa

es el marcado con el número 46, que constituye un antecedente evidente de nuestros artículos 14 y 16 constitucionales. Dicho artículo contenía una verdadera garantía de legalidad, pues establecía que ningún hombre libre podía ser arrestado, expatriado, o privado de sus propiedades, sino mediante juicio de sus pares y por las leyes de la tierra. Pero además, la Carta Magna requería que la afectación a los derechos de libertad y propiedad individuales se realizarán no sólo de conformidad con la *lex terrae*, sino mediante juicio de los pares. Con esta idea, además de otorgar al hombre la garantía de audiencia, por la que pudiera ser oído en defensa, se aseguraba también la legitimidad del tribunal que había de encargarse del proceso, pues se estableció que no cualquier cuerpo judicial podría tener tal incumbencia, solamente los pares del interesado, es decir, órganos jurisdiccionales instalados con anterioridad al hecho de que se tratase.

Posteriormente en 1679 aparece el Habeas Corpus que estableció un mínimo de garantías individuales ya que a través de este medio los jueces podían exigir la comparecencia ante sus tribunales de cualquier persona que estuviese detenida, para examinar si la detención era justa, pues nadie que no

estuviera acusado o convicto de un delito podía ser privado de su libertad. (1)

El recurso debía ser planteado ante el juez por cualquier persona interesada en la suerte del detenido.

El Habeas Corpus significó una garantía fundamental individual, pues impidió las detenciones arbitrarias, por caprichos del rey o de cualquier funcionario. El sistema del Habeas Corpus se extendió a otros países y hoy es una conquista admitida por la legislación universal.

En 1689, el Parlamento impuso al rey Guillermo III la Carta de derechos, que entre otras cosas reconoce el derecho de petición, el de portar armas, y el de libre expresión en el parlamento. (2)

Por último en 1701 surge el acta de sucesión que limitaba los poderes del monarca y salvaguardaba las libertades de los ingleses.

(1).- Secco Ellaurí, "LOS TIEMPOS MODERNOS Y CONTEMPORANEOS"
Edit. Kapelusz, Buenos Aires 1969, Pág. 106

(2).- Bazdresch Luis, "GARANTIAS CONSTITUCIONALES"
Edit. Trillas, México 1986, Pág. 47

B) EN ESPAÑA

La limitación de las funciones reales encontró en España su consagración definitiva en la Constitución de 1812, que contiene ya declaraciones terminantes que involucran sendas garantías individuales, tales como las relativas a la de audiencia (art. 287), a la de inviolabilidad de domicilio - - (art. 306), a la de protección a la propiedad privada (art. 4), a la de libertad de emisión del pensamiento (art. 371), proscribiendo, en cambio, la religiosa, al disponerse en su artículo 12 que la religión oficial de España será la católica, - apostólica y romana, además que el ejercicio de cualquier otra debería prohibirse por las leyes.

Los lineamientos generales de la constitución de 1812 se conservaron en la que se expidió en 1837, por lo que toca a la consagración de los derechos individuales de todo español frente al poder público, así, como en el estatuto constitucional - de 1845, cuya vigencia se vio suspendida por los sucesos militares en 1854 a propósito de los pronunciamientos de los generales Dulce y O'Donnell. En 1869 se promulgó una nueva Constitución, en cuyo preámbulo se declara que el deseo de los

constituyentes consiste en afianzar la justicia, libertad, seguridad y propiedad, de cuantos vivan en España, conteniendo en su artlculado un verdadero catálogo de derechos.

En abril de 1931 se implanta el régimen republicano- mediante la Constitución de ese año, y en la que, además de contenerse un catálogo de garantías individuales, se instituyen medios para su protección, tales como el recurso de in constitucionalidad de las leyes, y del recurso de amparo, pero esa Constitución no entrò en vigor por el golpe de Estado de 1939, que produjo en 1945 el llamado Fuero de los españoles, que trata de los derechos de los particulares frente al poder público, aunque tales derechos son sumamente restringidos, y somete su efectividad a las leyes ordinarias. (3)

C) EN FRANCIA

En este país el documento más importante en que se cristalizó el ideario de la Revolución fue la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La declaración contenía un principio individualista y li

(3).- Burgoa Ignacio, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES"
Edit. Porrúa, México 1988, Págs. 82 y 83

beral. Individualista porque consideraba al individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas, a tal grado de no permitir la existencia de entidades sociales entre él y los gobernados particulares; a este respecto, estableció que, el objeto de toda asociación política era la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos eran la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Asimismo, instituyó que el origen del poder público y su fundamental sustrato era el pueblo o, para emplear su propia terminología, la nación, en la que depositó la soberanía, por lo que preceptuaba que, el principio de toda soberanía residiría esencialmente en la nación y ningún individuo o corporación podía ejercitar autoridad que no emanara expresamente de ella.

También prescribió la igualdad jurídica y política entre los gobernados por lo que dispuso que, la ley fuera la expresión de la voluntad general y que todos los ciudadanos tuvieran derecho de concurrir a su formación ya sea personalmente

o por representantes y que eran igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos o empleos públicos según su capacidad, sin que hubiera otra distinción que la virtud o su talento.

Por lo que concierne a los derechos de seguridad del individuo, estableció que, ningún hombre podía ser acusado, preso ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas; aquellos que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deberán ser castigados; pero todo ciudadano emplazado o detenido en virtud de la ley deberá obedecer al instante, y sino lo hiciera, se hará culpable de resistencia.

Por otra parte, dispuso que la ley no debería establecer penas que no fueren estricta y evidentemente necesarias y que nadie pudiera ser castigado, sino en virtud de la ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada. Por último, estableció que todos los hombres deberán presumirse inocentes hasta que no hubieren sido declarados culpables, y que todo rigor que no fuere el necesario para asegurar su persona, debería ser severamente reprimido por la ley.

Además de estos derechos en materia penal, la declaración francesa consignó otros, tales como el de que nadie debería ser molestado por sus opiniones, aún las religiosas, con tal de que su manifestación no trastornara el orden público establecido por la ley; la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones del individuo, pero se debería responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley; que la propiedad era un derecho inviolable y sagrado, que nadie podría ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente comprobada lo exigiera y bajo la condición de una justa y - previa indemnización. (4)

D) EN ESTADOS UNIDOS

Tocó a los Estados Unidos de América, ser la cuna de los derechos humanos en forma legislada. En efecto, las Constituciones de Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte de 1776, la de Vermont de 1777, la de Massachusetts de 1780 y la de New - Hampshire de 1783, nos dan una muestra de ello. Pero la primera de todas las Constituciones norteamericanas que incluyó una declaración de derechos, fue la del Estado de Virginia del 12 de junio de 1776, en la que se encuentran disposiciones que consa-

(4).- Burgoa Ignacio, Ob, Cit.
Págs. 101 a la 103

gran derechos esenciales del individuo, así, como la declaración de la igualdad legal entre los hombres; con lo que se inició una etapa trascendental en el proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo.

Algunos de los derechos consagrados por la Constitución de Virginia se referían a la igualdad entre los hombres, a la libertad y al goce de la vida, a la felicidad y a la seguridad. También se estableció que en el pueblo residía todo el poder; que la finalidad del gobierno era el beneficio común y debía proporcionar felicidad y seguridad, que en caso contrario, la comunidad tenía el derecho de modificar su gobierno.

Igualmente dispuso que ningún hombre tenía derecho a recibir privilegios exclusivos de la comunidad; que los poderes debían ser libres y consagraba a los hombres el derecho de sufragio, siempre y cuando se interesasen por la comunidad. Que la expropiación de bienes por causa de utilidad pública sólo podía llevarse a cabo con el consentimiento del afectado. Estableció determinadas garantías en los procesos criminales; prohibió la imposición de castigos crueles, fi-

anzas y multas excesivas.

De la misma manera, prohibió la detención si el delito no estaba determinado y basado en pruebas; que las controversias sobre propiedad debían ser resueltas por jurado popular; conceptuó a la libertad de prensa como uno de los baluartes de la libertad y por ningún motivo se podía restringir. Estatula que en tiempos de paz no debería existir ejército y si lo hubiere, tendría que estar subordinado al poder civil; que en un mismo territorio sólo habría un gobierno y no varios; que el pueblo sólo aseguraba su libertad mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza y la virtud, recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales y facultaba a cada hombre para que libremente escogiera su religión, entre otros derechos. (5)

Como podemos observar la Declaración de Derechos de Virginia es amplia y como ya asentamos, tiene el honor de ser la primera en su género, ya que en ella se basaron directa o indirectamente las posteriores declaraciones de derechos.

(5).- Carpizo Jorge, "LA CONSTITUCION DE 1917"
Edit.: Porrúa, México 1984, Págs. 136 a la 140

E) EN MEXICO

La primera Constitución Mexicana fue decretada el día 4 de octubre de 1824. Dentro de sus características principales encontramos, aunque de manera imprecisa y en ocasiones difícil de comprender, una serie de disposiciones relativas a los derechos humanos, entre ellos las de carácter político.

Lo más directamente relacionado con derechos políticos, se encontraba estipulado en el artículo 49 fracciones I y II, según las cuales las leyes y decretos que emanaran del congreso tendrían por objeto: "sostener la independencia nacional y proveer a la conservación y seguridad de la Nación en sus relaciones exteriores; conservar la unión Federal de los Estados la paz y el orden en el interior de la federación. (6)

Asimismo el artículo 50 en sus fracciones III y XXV, planteaba con más claridad, los derechos individuales y humanos, así como las garantías políticas de que debían gozar los ciudadanos, de la siguiente manera: "proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda

(6).- Tena Ramírez Felipe, "LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO 1808-1979" Edit. Porrúa, México 1982, Pág. 173

suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los Estados ni territorios de la federación; conceder amnistías o indultos cuyo conocimiento pertenezcan a los tribunales de la federación, en los casos y previos los requisitos que previenen las leyes". (7)

Como se puede observar, únicamente la libertad de imprenta se salvaguardaba de manera precisa, quedando la facultad de conceder amnistías e indultos sujeta a los delitos que fuesen de jurisdicción federal, dejando que los Estados integrantes de la federación, regularan las garantías individuales, mismas que unas disponían expresamente la obligación de proteger los derechos individuales; tal situación aparece en la redacción del artículo 161 fracción IV, que expresaba tal garantía de la siguiente manera: "de proteger a sus habitantes en el uso de la libertad que tiene de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación anterior a la publicación; cuidando siempre de que se observen las leyes generales de la materia. (8)

Por lo que respecta a la administración de justicia, és

(7).- Tena Ramírez Felipe, Ob, Cit.
Págs. 174 y 165

(8).- Ibidem; Pág. 191

ta la encontramos en los artículos 145 al 156, concretándose en todos estos preceptos derechos tales como: "la pena de infamia no pasará del delincuente que la hubiere merecido según las leyes; quedaba para siempre prohibida la pena de confiscación de bienes; quedarla prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva; ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso; nadie podría ser detenido sin que haya semi-plena prueba, o indicio de que es delincuente; nadie sería detenido solamente por indicios más de sesenta horas; ninguna autoridad podría librar orden para el registro de las casas, papeles y otros efectos de los habitantes de la República, si no es en los casos expresamente dispuesto por la ley y en la forma que ésta determine; a ningún habitante de la República se le tomaría juramento sobre hechos propios al declarar en materia criminal; los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a lo que están en la actualidad, según las leyes vigentes; no se podría entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal, sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación; a nadie podría privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombra-

dos por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio. (9)

La Constitución de 1857, fue promulgada el 5 de febrero entrando en vigor el día 6 de septiembre del mismo año. A diferencia de la promulgada en el año de 1824, a ésta la caracterizaba la lucidez política, pues tenía una estructura y sistematización jurídica mucho más precisa en su articulado, así como en sus partes dogmática y orgánica, comprendiendo la primera, - Garantías Individuales de manera congruente y unificada.

De esta forma, en su Título I, Sección I intitulado "De los Derechos del Hombre", quedaron comprendidos trascendentes artículos sobre la salvaguarda de los derechos humanos, tales como los derechos de igualdad, que mencionaban al respecto: la proscripción de la esclavitud e igualdad de nacimiento y la supresión de fueros y prerrogativas de clase.

Por lo que respecta a los derechos de libertad, tenemos los siguientes: Libertad de pensamiento o libre manifestación de las ideas; libertad de imprenta; libertad de conciencia y de cultos; libertad de enseñanza, de trabajo, pleno consentimiento y justa retribución; libertad de tránsito; condenación

(9).- Tena Ramirez Felipe, Ob, Cit.
Pág. 190

de monopolios y prohibiciones a título de protección a la industria; libertad de asociación y de reunión; derecho de petición; derecho de poseer y portar armas.

También encontramos las garantías de seguridad del hombre las cuales eran las siguientes: Garantías de irretroactividad y de exacta aplicación de la ley; garantías de legalidad, competencia constitucional, mandamiento escrito; inviolabilidad del domicilio privado contra abusos públicos; garantías contra aprehensiones ilegales; garantías del hombre para su defensa; garantías de inviolabilidad del domicilio privado por militares en tiempo de paz; garantías contra la suspensión ilimitada de los derechos del hombre y de las garantías individuales.

Por último los derechos de propiedad eran: La inviolabilidad de la propiedad salvo expropiaciones por causa de utilidad pública y previa indemnización.

Finalmente, dentro de esta parte vamos a referirnos a algunos rasgos que caracterizan al catálogo general de los derechos humanos que contiene nuestra Constitución vigente del 5

de febrero de 1917.

La constitución comienza con la declaración de garantías individuales, y así se intitula el Capítulo Primero del Título Primero. Podemos decir que esta es la parte fundamental, - la causa y base de toda nuestra organización política.

La declaración de derechos humanos que contiene la Constitución Mexicana de 1917 es amplia, ya que los derechos humanos, históricamente, están comprendidos en dos declaraciones, que tienen una misma finalidad: Proteger al hombre; hablar de los derechos del hombre y del ciudadano.

Para el maestro Jorge Carpizo, la declaración de derechos del hombre como individuo se divide en tres grandes partes las cuales son: "Los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica". (10)

Las garantías de igualdad son: Todo individuo goza de - las garantías que otorga la constitución; prohibición de la - esclavitud; igualdad de derechos sin distinción de razas, seg - tas, grupos o sexos; prohibición de títulos de nobleza, pre -

(10).- Carpizo Jorge, Ob, Cit.
Pág. 155

rrogativas y honores hereditarios; prohibición de fueros; prohibición a procesar por leyes privativas o tribunales especiales.

Las Garantías de libertad se dividen en tres grupos: Libertades de la persona humana, libertades de la persona civil y libertades de la persona social.

Las libertades de la persona humana se subdividen en libertades físicas y libertades del espíritu. Las libertades de la persona humana en su aspecto físico son: Libertad para la planeación familiar, libertad de trabajo y que nadie pueda ser privado del producto de su trabajo, si no es por resolución judicial; nulidad de los pactos contra la dignidad humana; posesión de armas en el domicilio y su portación en los supuestos que fije la ley; libertad de locomoción interna y externa del país; abolición de la pena de muerte salvo los casos expresamente consignados en la Constitución.

Las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual son: Libertad de pensamiento y derecho a la información; libertad de imprenta; libertad de conciencia; libertad de cul

tos; libertad de inviolabilidad de la correspondencia.

Las libertades de la persona cívica son: Reunión con un fin político; manifestación pública para presentar a la autoridad una petición o una protesta; prohibición de extradición de reos políticos.

Las libertades de la persona social son: La libertad de asociación y reunión.

Las Garantías de la seguridad jurídica son: Derecho de petición; irretroactividad de la ley; privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso; principio de legalidad; prohibición de aplicar la analogía y la mayoría de razón en los juicios penales; principio de autoridad competente; mandamiento judicial escrito, fundado y motivado, para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones; detención sólo con orden judicial; abolir la prisión por deudas de carácter puramente civil; prohibición de hacerse justicia por propia mano; expedita y eficaz administración de justicia; prisión preventiva sólo por delitos que tengan pena corporal; garantías -

del auto de formal prisión; garantías del acusado en todo proceso criminal; sólo el Ministerio Público y la policía judicial pueden perseguir los delitos; prohibición de penas infamantes y trascendentales; nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito: los juicios criminales no pueden tener más de tres instancias.

La declaración de garantías sociales se refieren a la educación, al agro, al régimen de propiedad y al aspecto laboral.

C A P I T U L O I I

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

- A) LA POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS
- B) LAS PRIMERAS FORMULACIONES NORMATIVAS
- C) LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS
- D) LAS CONDICIONES DE FONDO: EN EUROPA OCCIDENTAL,
EN AMERICA LATINA.
- E) LAS CONDICIONES DE FORMA: LA REGLA GENERAL.- NINGUNA
DETENCION SIN MANDATO JUDICIAL, LAS EXCEPCIONES.-
CASOS DE FLAGRANTE DELITO Y URGENCIAS.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN
JURIDICO INTERNO

A) LA POSITIVACION DE LOS DERECHOS
HUMANOS

Es bien sabido que los derechos humanos han sido, en cuanto a su expresi3n jur3dica y su realizaci3n m3s o menos efectiva, el resultado de una larga y, podr3amos decir, interminable lucha. De ah3 que, como ya lo hab3amos apuntado desde un principio, la preocupaci3n y el anhelo por la afirmaci3n de la libertad personal frente al poder ha sido una constante en el devenir hist3rico de la humanidad.

Cierto es tambi3n que la consagraci3n de esa exigencia en el orden jur3dico-positivo ha sido una conquista relativamente reciente, y que la concepci3n universal actual de los derechos humanos es propia de la era moderna. (11) Sin embargo, esto no quiere decir, de ninguna manera, que no podamos encontrar con anterioridad, incluso en 3pocas muy remotas, la expresi3n jur3dica de algunos de los derechos fundamentales, ya que en casi todos los periodos de la historia los hombres se han esforzado

(11).- Luño Pérez Antonio, "EL PROCESO DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS" Edit. Universidad de Sevilla, Espa1a 1979, P3g. 235

y han luchado por conquistar sus derechos y libertades ya sea en contra del señor feudal o el monarca absolutista, ya sea en contra del poder de su propio Estado o, incluso, contra el de otros Estados.

De ahí que en el proceso de afirmación y codificación de los derechos humanos sea posible distinguir diversas etapas.- Por nuestra parte, no aludiremos aquí sino a aquellas que se refieren al derecho interno, y ello únicamente a partir de la Edad Media.

B) LAS PRIMERAS FORMULACIONES NORMATIVAS

En efecto, la formulación positiva de los derechos humanos, entendiéndolo por tal el proceso de formulación normativa de éstos a través de preceptos emanados según los cauces formales-establecidos por el principio de validez de un ordenamiento jurídico, da principio en la Edad Media. (12) Es a partir de esta época que encontramos los primeros documentos jurídicos en los que ya se recogen ciertos derechos y libertades fundamentales.- Así, en el Medievo europeo se van otorgando numerosas cartas de

(12).- Luño Pérez Antonio, Ob, Cit.
Pág. 173

franquicias cuyo denominador común es el reconocimiento de diversos derechos entre los que figura, desde luego, el derecho a no ser detenido sin causa legal. Estos derechos eran reconocidos a quienes formaban parte de un grupo o estamento social.

Ahora bien, la opinión es unánime cuando se reconoce que, históricamente, la subordinación del poder a la libertad se realizó en primer lugar en Inglaterra, donde el régimen constitucional cobra sus comienzos con la Magna charta libertatum o Carta Magna. Este documento, que bajo la forma de un pacto o contrato fue suscrito entre el rey Juan sin Tierra y los obispos y barones ingleses el 21 de junio de 1215, habla de consagrar dos de los principios del futuro constitucionalismo en este país, a saber: primero, el del respeto de la autoridad a los derechos de la persona, y, segundo, el de la sujeción del poder del Estado a un conjunto de reglas que más tarde habrían de constituir en Inglaterra el common law.(13)

La Carta Magna establece, en su artículo 39, el principio según el cual ningún hombre libre será detenido ni encarcelado, ni ninguna acción será intentada en su contra, sino mediante juicio leal de sus pares y conforme a la ley del país.

(13).- Burgoa Ignacio, Ob, Cit.
Pág. 321

Sin embargo, en este contexto y por lo que al tema de nuestro trabajo concierne, es menester no olvidar que en España, más de un cuarto de siglo antes que la Carta Magna inglesa, aparecen numerosos ejemplos de este tipo de cartas, contratos o pactos, que otorgaban algunas franquicias y libertades a determinadas personas en función de su pertenencia a ciertas capas o estamentos sociales.

Así, el Pacto o Fuero de León, convenido entre Alfonso IX y el reino en 1188, establecía la obligación de informar al acusado sin demora el nombre de su acusador (artículo 2); admitía la libertad bajo caución (artículo 4) y prohibía toda privación de la libertad sin una orden dada por escrito por la autoridad competente. (artículo 7 y 13).

Casi por la misma época, el Fuero de Cuenca, otorgado por Alfonso VIII hacia 1189, autorizaba la detención sin mandato de autoridad competente en el caso de flagrante delito, si bien exigía conducir al delincuente ante la autoridad competente para su enjuiciamiento. (14)

Por último, en el mismo contexto cabe aun mencionar el

(14).- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "INSTITUCIONES JUDICIALES Y PROCESALES DEL FUERO DE CUENCA"
Rev. de la Esc. Nac. de Jurisprudencia, México, julio-diciembre, 1950, Tomo XII, Núms. 47-48, Pág. 293

Fuero de Vizcaya de 1527, cuya ley 26, del título XI, prohibía, salvo en caso de flagrante delito, toda detención sin mandato - del juez competente.

Dicho lo anterior, y retomando el hilo del proceso evolutivo de la positivación de los derechos humanos en Inglaterra, debemos hacer hincapié en que, de todos los documentos medievales, el que, sin discusión, a más de ser el más importante dentro de dicho proceso, ha alcanzado mayor significación en la posteridad es la ya citada Carta Magna, arrancada al rey por los barones con el carácter de privilegio.

Esta Carta, como todos los pactos típicos de la Edad Media que buscaban sobre todo establecer un equilibrio de fuerzas, y al igual que los documentos españoles de la misma época a que acabamos de hacer referencia, regulaba numerosas y harto heterogéneas materias jurídicas. Desde luego, no se trataba de una constitución, en el sentido moderno del término dado que no establecía ni la estructura jurídica ni política de Inglaterra ni contenía los principios dogmáticos y orgánicos del Estado. No obstante, su valor histórico radica en que, como ya lo señalamos, algunas de sus fórmulas se convertirían en principios que, como

habida cuenta de ciertas variaciones terminológicas todavía subsisten en las constituciones de hoy día.

Ahora bien, no sería sino en conjunción con otros documentos como el principio en que reposa el respeto del common law, por parte del poder estatal, habría de establecerse de manera in discutible.

En efecto, aun cuando la Carta Magna ha sido considerada co mo el fundamento de una constitución que, como ya dijimos, en realidad nunca ha existido, al menos en el sentido riguroso del termino, Inglaterra no posee una carta constitucional de este tipo, sino una serie de documentos que corresponden a diversos momentos históricos y tienen su punto de arranque en la Carta Magna. (15)

Así, el artículo 39 de la Carta Magna, a cuyo contenido ya hicimos alusión, sería, cuatro siglos más tarde, el punto de par tida de la Petition of Rights del 7 de junio de 1628, así como del Habeas Corpus Amendment Act, del 26 de mayo de 1679 y, final mente del Bill of Rights, promulgado sólo diez años después, es decir, el 13 de febrero de 1689, con el cual puede decirse que

(15).- Luño Pérez Antonio, Ob. Cit.
Pág. 240

se cierra el ciclo de documentos de positivación ingleses que arrancan de la Carta Magna.

Por lo que a nuestro tema se refiere, podemos considerar que la Petition of Rights significò la mäs vigorosa protesta contra los numerosos ataques contra los derechos y libertades del pueblo inglés, así como contra todo tipo de injusticias y procedimientos arbitrarios por parte de las autoridades. Basta referirnos al considerando marcado con el número 5 y a la petición comprendida en el número 10 de este documento. Por medio del primero, se reprochaba el que, a pesar de las buenas leyes del reino, numerosas personas eran detenidas y encarceladas sin que se les hubiese indicado la causa de ello, ni antes ni después de haber sido conducidas ante los jueces, y sin que se les informara tampoco los cargos que pesaban en su contra, lo cual los privaba de toda posibilidad de defensa. A través de la segunda, se pedía, en consecuencia, que ningún hombre libre fuese detenido de tal manera.

En cuanto a la Habeas Corpus Amendment Act, ésta confirmó definitivamente el primer recurso específico contra las detenciones preventivas injustificadas o arbitrarias, recurso

que habría de conocer, con el tiempo, una enorme expansión en el derecho positivo sobre la prisión preventiva. Hoy día, la casi totalidad de las constituciones latinoamericanas prevén expresa o implícitamente este recurso, generalmente bajo la misma denominación y siempre con el mismo objetivo.

Por último, el Bill of Rights, cuyo artículo 10 prohibía tanto las multas y cauciones excesivas, como las penas crueles e inusitadas, habría de contribuir, junto con los documentos anteriores y otros posteriores, como la Act of Settlement del 12 de junio de 1701, a la instauración de una práctica reiterada y constante de la libertad, garantizada por el respeto de la ley, respeto a su vez apoyado en la autoridad de un cuerpo judicial siempre cuidadoso y vigilante del respeto del common law.

Es del lento pero constante efecto de la costumbre, de una práctica reiterada de la libertad, así como de los logros legislativos en defensa de los derechos fundamentales del pueblo inglés, de donde surge la constitución inglesa. Esta no se integra de un cuerpo escrito y unitario de principios y disposiciones legales, sino que consiste en un conjunto consue

tudinario implicado en algunas leyes aisladas y en la práctica jurídica realizada por los tribunales.

Es por ello que con razón se afirma, que el residuo de liberalismo antiguo de los pactos medievales fue el fermento para el liberalismo moderno y que este proceso evolutivo encontró su más acabada expresión en la experiencia jurídico-política inglesa, la cual se prolonga, de manera especialmente revelante para el progresivo desarrollo de los derechos humanos, en las colonias americanas, cuyas declaraciones de derechos muestran mejor que cualquier otro documento la evolución de la conciencia política moderna respecto a la formulación de los derechos y las libertades fundamentales, tal como veremos a continuación.

C) LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

En efecto, la formulación jurídica de la protección de los derechos humanos, tal cual nosotros la conocemos hoy día, no surgió sino hasta finales del siglo XVIII.

Fueron las declaraciones de derechos de los nuevos Estados

de la Unión Americana, y muy especialmente la del Estado de Virginia, del 12 de junio de 1776, la cual se incorporó al texto constitucional, con las que se inicia una nueva etapa en el proceso de positivación de los derechos fundamentales.

Así, a partir del último cuarto del siglo XVIII, uno de los postulados fundamentales del régimen liberal imperante en la época sería el de reservar el poder constituyente, en tanto titular de la soberanía popular, el privilegio de conocer y de establecer los derechos humanos como parte integrante de la constitución. Es decir, reconocerlos, por cuanto se trata de principios que se considera preceden al propio ordenamiento positivo del Estado y que, por tanto, más que creados son reconocidos por el poder constituyente; establecerlos, porque se trataba de insertar los derechos reconocidos sea en el preámbulo de la constitución, sea en su texto articulado, sea, incluso, en una declaración específica de tales derechos. En todo caso, tal reconocimiento de derecho y su consiguiente formulación normativa debían formar parte de la constitución, en tanto instrumento fundamental de la convivencia política.

A este respecto, baste recordar que para el pensamiento liberal el fin supremo de la asociación política residía en la defensa de los derechos y las libertades fundamentales del hombre, para cuya mejor garantía los mismos debían ser proclamados expresamente en las normas de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Harto elocuente sobre este particular es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando expresaba que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée...n'a point de constitution" ("Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no se asegura...no tiene constitución").

Sea como fuere, veamos ahora de más cerca el dispositivo de algunos de los documentos más relevantes de la época, en relación con el tema que nos ocupa.

En primer lugar, entre los principios contenidos en la ya citada Declaración del Estado de Virginia, cabría destacar los relativos a la legalidad y a la inviolabilidad del derecho de defensa (artículo 8); la prohibición de las penas crueles e inusitadas (artículo 9) así como las garantías contra la detención arbitraria (artículo 10).

En seguida, cabe referirse a la parte conducente de algunas de las diez primeras Enmiendas incorporadas en 1791 a la Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787. Ellas son las siguientes:

La 5a. Enmienda dispone que nadie podrá ser constreñido a declarar en su contra, ni privado de su libertad sino mediante procedimiento legal;

La 6a. Enmienda señala que en toda causa penal el acusado tendrá derecho a ser juzgado pronta y públicamente por un jurado imparcial, a ser informado de la naturaleza y causa - de la acusación, a ser confrontado con los testigos de cargo, a que se convoque a los testigos de descargo y a contar con la asistencia de un abogado para su defensa; y,

La 8a. Enmienda que prohíbe las cauciones y multas excesivas, así como las penas crueles e inusitadas.

Por último, de obligada referencia es la clásica Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, - del 26 de agosto de 1789, la cual fue incorporada a la Cons-

titución del 3 de septiembre de 1791, dado que esta declaración representa, sin lugar a dudas, uno de los pilares más importantes y trascendentales en la historia de la positivación de los derechos humanos. (16)

Conforme al artículo 7 de esta Declaración, nadie puede ser acusado, aprehendido ni detenido sino en los casos previstos por la ley, y de acuerdo con las formas por ella prescritas. Todo aquel que solicite, expida, ejecute o haga ejecutar órdenes arbitrarias, deberá ser castigado.

Según el artículo 9 de la misma Declaración, toda persona se presume inocente hasta que no haya sido declarada culpable; en caso de juzgarse indispensable su detención, todo rigor innecesario para asegurar su persona deberá ser severamente castigado por la ley.

Ahora bien, a partir de estas declaraciones, que aportaron nuevas fórmulas al derecho público, y que, sobre todo, marcaron una etapa fundamental en la lucha por la conquista de los derechos humanos, el reconocimiento de éstos por el orden jurídico interno asumirla el valor de un principio general del derecho constitucional de los "Estados civilizados".

(16).- Luño Pérez Antonio, Ob. Cit.
Pág. 244

Los derechos humanos tendrán, desde entonces un carácter constitucional tanto en lo que se refiere a los derechos mismos, como en lo que ve a las garantías para asegurar su ejercicio.

De ahí que durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo actual, la mayoría de las constituciones de los Estados de filosofía liberal, inspirándose en los modelos francés y americano, habría de incorporar en ellas los derechos humanos.

Las constituciones de los países de la Europa occidental al igual que las de las naciones latinoamericanas, con excepción de Cuba, siguen representando hoy día, en gran medida, el prototipo de esta concepción liberal-individualista. Estas constituciones suelen contener los lineamientos generales, los principios fundamentales, correspondiendo a las leyes orgánicas o a las leyes ordinarias la concreción y los detalles.

Sin embargo, aun cuando en términos generales puede decirse que los derechos que protegen la libertad y la seguridad personales constituyen la parte más importante del catálogo de derechos y libertades fundamentales de las

constituciones europeas y latinoamericanas, por lo que toca a la prisión preventiva cabe advertir ciertas particularidades. Por un lado, si bien en esta materia encontramos numerosos principios dotados de rango constitucional, no todas las constituciones de los diferentes países contemplan, a veces ni siquiera parcialmente, los derechos que asisten a las personas detenidas, muchos de los cuales no tienen sino fuerza de simple ley; por el otro, la extensión y el valor que se otorga hoy día a los derechos y las garantías destinados a proteger la libertad, dignidad e integridad de las personas presuntamente responsables de la comisión de un delito, varía según el derecho constitucional, la legislación ordinaria y la práctica del país de que se trate.

Es a fin de detectar, precisar y confrontar tales particularidades y diferencias existentes en nuestros días en materia de detención preventiva, tanto desde el punto de vista de las disposiciones constitucionales como bajo el ángulo de la reglamentación secundaria de los países europeos y latinoamericanos, que emprenderemos ahora un examen comparado de los sistemas jurídicos nacionales aplicables en esta materia.

D) LAS CONDICIONES DE FONDO:
EN EUROPA OCCIDENTAL, EN AMERICA
LATINA

1. En Europa occidental

Por lo que se refiere a las condiciones materiales en el dominio de aplicaci3n de la prisi3n preventiva, cabe se1alar que, por un lado, en esta regi3n subsisten ciertas diferen - cias entre el derecho ingl3s proveniente del common law y los sistemas continentales o de derecho civil, si bien, como tendremos ocasi3n de ver a lo largo del desarrollo de este capitulo tales diferencias parecen ser m1s de grado que de esen - cia, y, por el otro, que las diferencias en otro tiempo exis - tentes entre el sistema jur3dico franc3s y el germano-escandi - navo, diferencias consistentes en que, conforme al primero, - el juez era pr1cticamente libre de ordenar la detenci3n pre - ventiva cada vez que la considerase necesaria, mientras que, de acuerdo con el segundo, tal poder discrecional del juez es - tuvo siempre limitado por la enumeraci3n de los criterios es - pec3ficos que permiten la aplicaci3n de la detenci3n preventi - va, dicha diferencia, repetimos, ha sido definitivamente des -

cartada a partir del momento en que el legislador francés -
reemplazó el principio de la oportunidad de la detención pre-
ventiva por la enumeración limitativa de los motivos de de-
tención, en el texto mismo de la ley, adoptando así un prin-
cipio jurídico que se aplica en numerosos países continenta-
les europeos.

En consecuencia, podemos decir que hoy día el derecho po-
sitivo europeo, en general reconoce, expresa o implícitamen-
te, tres tipos de condiciones materiales o de fondo en mate-
ria de detención preventiva, a saber: primero, una causa pro-
bable de culpabilidad por parte del inculpado; segundo, uno o
varios motivos que hagan necesaria la aplicación de esta medi-
da; y, tercero, una cierta gravedad del delito.

La legislación de la República Federal de Alemania, con-
cretamente el artículo 112, inciso 1, del Código de procedi-
mientos penales, es harto ilustrativo a este respecto. Confor-
me a esta disposición, sólo podrá decretarse la detención pre-
ventiva de una persona cuando respecto de ella existan indici-
os graves y haya un motivo para aplicar tal medida. No po-

drà ser ordenada cuando, en funciòn de la importancia del caso y de la pena o medida de seguridad que pudiere llegar a pronun-
ciarse, esta medida aparece como desproporcionada.

Tal disposiciòn, en tanto norma fundamental del derecho a-
lemàn en materia de detenciòn preventiva, al tiempo que precisa
las condiciones de: procedencia de esta medida, fija el orden-
en que el juez deberà examinarlas. (17)

Veamos a continuaciòn en qué consisten y còmo se encuen-
tran reguladas en diversos paìses europeos cada una de estas -
diferentes condiciones.

A. La causa probable de culpabilidad. En general, la de-
tenciòn preventiva no puede ser ordenada sino en caso de que,
en el momento de la detenciòn, existan indicios graves o, en -
otros términos, fuertes probabilidades de que el inculpado ha-
ya cometido efectivamente la infracciòn penal que se le imputa,
y que en tal virtud éste serà condenado.

Sin embargo no todas las legislaciones de los diferentes-
paìses prevén expresamente, en el marco del derecho sobre la -

(17).- Grebing Gerhardt, "LOS PROBLEMAS DE LA DETENCION PREVEN-
TIVA EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA", En Revista de
Derecho Penal Comparado, París, octubre-Diciembre, Núm. 4,
1975, Pàg. 962

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 Bélgica, aun cuando la ley del 20 de abril de 1874, relativa a la detención preventiva, reformada por la Ley del 13 de marzo de 1973, no contiene ninguna referencia a esta condición, tanto la doctrina como la jurisprudencia 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 274 del Código de procedimientos penales trazaba las grandes líneas a las que debía ajustarse la aplicación de la detención preventiva. 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 manteni

miento de la misma, situaciòn que reflejaba una grave laguna y que no habìa permitido ningùn progreso en la materia.

En la pràctica, la oportunidad de la aplicaciòn de esta medida excepcional era una simple cuestiòn de hecho, dejada al arbitrio del juez, razòn por la cual las jurisdicciones de instrucciòn tenian entera libertad de apreciaciòn para prescribir, mantener o prolongar la detenciòn.

Por su cuenta, la Corte de Casaciòn se consideraba descalificada para admitir o rechazar los motivos de una peticiòn de puesta en libertad, desde el momento y en la medida que tal peticiòn ya habìa sido objeto de una apreciaciòn soberana por parte del juez que conocìa del caso.

Veamos algunos ejemplos a este respecto. En una decisiòn del 5 de octubre de 1960, se establecìa que "las jurisdicciones tienen poder discrecional para determinar las condiciones a las que queda subordinada la puesta en libertad que conceden, siendo su decisiòn soberana desde el momento en que èsta se funda en un motivo jurìdico". En el mismo sentido, en una decisiòn del 10 de febrero de 1966, la Sala Penal confir

maba que la decisiòn del juez al respecto era soberana "desde el momento en que se funda en un motivo legítimo". (18)

De hecho, como ya lo señalamos con anterioridad, las funciones de la Corte de Casaciòn en materia de detenciòn preventiva se limitaban al control de la competencia de la sala de acusaciòn, de la regularidad de sus decisiones y de la legalidad de la acciòn persecutoria. De ahí que el papel regulador - atribuido a esta alta jurisdicciòn no tuviese ninguna relevancia pràctica en este 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 detenciòn, hoy calificada como "provisional", ya no queda supeditada únicamente a la apreciaciòn subjetiva y aleatoria de los magistrados de la instrucciòn.

En la actualidad, esta medida excepcional no puede ya - fundarse sino en la correlaciòn entre los hechos constatados - por el juez, y las definiciones que éste, para justificar la - medida, habrá de tomar de los dispuesto por los artícu^los 144 y 145 del Còdigo de procedimientos penales, disposiciones en -

(18).- Aydalot Maurice, "LA LIBERTAD EN LA DETENCION PREVENTIVA" Edit. Universidad de Francia, París 1968, Pàg. 275

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 Inglaterra, 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.

En Luxemburgo, las reformas adoptadas en materia de de-

tención 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 previas que enumera el nuevo artículo 94 del Código de instrucción penal, donde encontramos la exigencia de indicios graves de culpabilidad.

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. (19)

(19).- Botein Bernard, "INFORME SOBRE LAS PRACTICAS SEGUIDAS EN SUECIA, DINAMARCA, INGLATERRA E ITALIA EN MATERIA DE PRISION PREVENTIVA", En Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. V, Núm. 2, Invierno, 1964, Pág. 253

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 de 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 de recho 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 de - tención. 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, 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 grave -

dad del delito imputado y al lugar de residencia del inculpa- do, 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 anterior- es, 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 deten - ción la gravedad del delito, la cual nosotros consideramos y tratamos como una de las tres condiciones de fondo de la de - tención 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 con- tra la conservación de las pruebas, habían sido los dos moti- vos 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 justi- ficados de la detención preventiva, a saber: la gravedad del delito y el riesgo de reiteración de la infracción.

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 an tes, 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 men

cionar.

De todas formas, por lo que respecta a todos y cada uno de los motivos de detención preventiva admitidos hoy día por el de recho alemán, y previstos por los artículos 112, inciso 2, nùme ros 1 a 3, y 112a, del Código de procedimientos penales, se dis pone que su existencia no será admisible sino con base en he chos 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 situa ción familiar y profesional del inculpado, así como la existen cia de un domicilio fijo, y, por el otro, la importancia de la pena prevista, o sea, por vía de consecuencia, la gravedad de la infrac ción.

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, in-

ciso 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, de 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 meno-

res, 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.

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 esta condición se incluye dentro de los motivos de detención, el propio artículo 112, inciso 3, agrega, después de señalar los delitos

considerados 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. Así, conforme al artículo 10., 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 inculcado, si no cuenta con la conformidad del Procurador del Rey. (20)

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:

(20).- Tulkens Bernard, "LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN PROCEDIMIENTO PENAL BELGA" Edit. Nueva Serie, París 1975, Pág. 87

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. compra y venta 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.

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 funda-

da 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, esta medida fuera notoriamente desproporcionada.

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.

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 heremos 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 situa-

ciones, 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 inculpado, 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 inculpado.

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 inculpados, 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. (21)

(21).- Solar Sergio, "LA PRIVACION DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO ARGENTINO" En Revista de la Comisión Internacional de Juristas, 1961, Vol. III, Núm. 2 Pág. 28

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 deli - to o lo haga presumible, no fuese posible, desde el primer mo - mento, 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.

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 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.

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.

Ahora bien, como ha sido señalado con toda justeza, 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 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 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.

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, 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. 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 intervenci3n del inculpado en la comisi3n del delito que se le imputa. Esto, sin embargo, con excesiva frecuencia con los exámenes poco cuidadosos que de los hechos y datos se hace en la práctica.

Al mismo tiempo, los artículos 17, 18 y 20, fracci3n X, de la propia Constituci3n, fijan limitativamente el tipo de delitos que pueden o no dar lugar a la aplicaci3n o prolongaci3n de la detenci3n preventiva.

En efecto, la primera de dichas disposiciones prohíbe el aprisionamiento de una persona por deudas de carácter puramente civil; la segunda, limita la aplicabilidad de la detenci3n preventiva, a la cual denomina "prisi3n preventiva", únicamente a los delitos sancionados con pena corporal, es decir, con pena privativa de libertad, quedando, en consecuencia, excluida la aplicaci3n de esta medida en todos aquellos casos en que el delito sólo conlleva pena no corporal o, bien, penas alternativas, principio éste de gran significaci3n en nuestro país si se toma en cuenta que en la legislaci3n 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. (22)

Por otra parte, el mismo artículo 20, en su fracción I, al establecer que tan pronto como el acusado lo solicite 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.

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- tiene como principal objeto, de acuerdo con el artí-

(22).- García Rada Domingo, "PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMA-NOS" Revista Internacional de Derecho Penal, tercer tri mestre de 1978, Núm. 3, Pág. 236

culo 83 de dicho código, el que el inculcado 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, conforme al artículo 103 del citado código, el inculcado contra quien se hubiere dictado auto de detención definitiva, podrá solicitar su libertad provisional. Esta sólo se concederá en casos de delitos sancionados con una pena no mayor de dos años de prisión, o de delitos contra el patrimonio, 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 inculcado tenga domicilio conocido y un trabajo habitual, o si el juez considera que no hará uso de la libertad para fugarse.

E) 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 con-

diciones 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 inculgado, 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 im

portancia mucho mayor a la intervenciòn de un juez en la decisiòn de la detenciòn preventiva que los paises del common law. Esta competencia judicial exclusiva tiene, como ya lo hemos visto, 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 paises se atribuye una importancia primordial a la intervenciòn 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 paises de las dos regiones, no sòlo del hecho de la intervenciòn de funcionarios judiciales en la indagaciòn preliminar, por ejemplo, la del juez de instrucciòn en Bélgica, Francia o Italia, sino también de la competencia que se confiere en algunos paises a otros òrganos como el ministerio público, la policia, e, incluso, al Gobierno mismo, para decidir sobre la detenciòn preventiva del incul

gado, segùn tendremos oportunidad de ver enseguida.

En efecto, el poder de decisiòn exclusivo del juez no siempre quiere decir intervenciòn judicial desde el principio de la fase de la detenciòn preventiva del incul

gado.

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 inculcado presente, sea por medio de un mandato de arresto contra el inculcado 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. (23)

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 inculcado (artículo 125, Código de procedimientos penales), o bien el juez del lugar donde el inculcado 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,-

(23).- Jescheck Humbert, "LA REFORMA DE LA DETENCION PREVENTIVA EN ALEMANIA" Edit. Pédone, París 1975, Pág. 390

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.

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 instrucción, o bien por medio de una orden de aprehensión expedida por el Ministerio Público, 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 ministro 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.

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 re - tenidas, por orden del gobierno y previo dictamen de los Minis - terios, 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. 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 excepci3n es reconocida, entre otras, por las constituciones europeas siguientes: B3lgica (art3culo - 7), Luxemburgo (art3culo 12).

Entre las constituciones latinoamericanas, consignan esta-excepci3n las de: Bolivia (art3culo 9), Brasil (art3culo 20), - Colombia (art3culo 24), Costa Rica (art3culo 37), Chile (art3culo 13), Ecuador (art3culo 191), inciso 4o.), El Salvador (art3culo 166), Guatemala (art3culo 43), Honduras (art3culo 72), M3xico (art3culo 16), Nicaragua (art3culo 39), Panam3 (art3culo - 22, segundo p3rrafo), Per3 (art3culo 56), Rep3blica Dominicana (art3culo 8, inciso 2, letra b), Uruguay (art3culo 15) y Venezuela (art3culo 60, inciso 1).

No obstante, la determinaci3n de los hechos, elementos o situaciones que conforman la noci3n de flagrante delito, as3 - como la calificaci3n de las circunstancias que pueden justificar la necesidad de una detenci3n inmediata var3an de un pa3s - al otro.

As3, en Francia se asimila al flagrante delito toda infracci3n penal perpetrada en una casa cuyo due3o la denuncia o se

querella 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 nociòn ùnicamente al supuesto de que el aprehensor haya presenciado la comisiòn del delito, debiendo éste jurar ante la autoridad respectiva que ha visto al detenido perpetrar el delito (artículo 3o., Còdigo de procedimientos penales).

En Brasil, el artículo 301 del Còdigo de procedimientos penales faculta a aprehender a todo aquel que sea encontrado en flagrante delito, entendiendo por tal la situaciòn del que està cometiendo el delito, la del que acaba de cometerlo, la del que es perseguido inmediatamente despuès 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 despuès, con instrumentos, armas, objetos o papeles que hagan presumir que es el autor del delito. (24)

En Colombia, segùn el artículo 384 del Còdigo de procedimientos penales, cualquier 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 detenciòn.

(24).- Zavaleta Arturo, "LA PRISION PREVENTIVA Y LA LIBERTAD PROVISORIA" Edit. Arayù, Buenos Aires 1954, Pàg. 57

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.

Ademàs, dicha pràctica 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.

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 indagaciòn.

En Italia, es sobre todo el temor a la fuga del sospechoso lo que cuenta de manera relevante para que la policia pueda proceder a una detenciòn sin mandato, ya que, en los tÈrminos del articulo 238 del Còdigo de procedimientos penales, - tal detenciòn es posible cuando el delito figura entre aquellos que implican la expediciòn obligatoria de un mandato de detenciòn, y siempre y cuando pueda presumirse racionalmente que - el sospechoso tratarà de fugarse.

En la Repùblica Federal de Alemania, segùn el artìculo - 127, inciso 2, del Còdigo de procedimientos penales, en caso de que las condiciones para expedir un mandato de detenciòn se encuentran reunidas, pero existiendo al mismo tiempo algùn peligro si se espera hasta su expediciòn, tanto el Ministerio Pùblico como la policia pueden proceder a la aprehensiòn del presunto responsable.

Con todo, el sistema que presenta un interès particular, por ser el mäs completo, dado que engloba las caracterìsticas mäs comunes del derecho continental europeo sobre la detenci-

En 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, cualquier 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.

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 decidir 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 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, a más tardar dentro -

de un término de veinticuatro horas (artículo 394, Código de procedimientos Penales) 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.

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 visita 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 cualquier 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 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.

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 multicitada situación prevista por el artículo 28 constitucional.

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 artículo 67, fracción I, 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.

En México, es el propio artículo 16, primer párrafo, ter

cera frase, de la Constituciòn el que autoriza que, en caso de urgencia, cuando no hubiere en el lugar (entendiéndose - aquí que se trata del lugar de la comisiòn del delito), ninguna autoridad judicial, y sòlo tratándose de delitos que se persiguen de oficio, la autoridad administrativa pueda - proceder a decretar la detenciòn de un acusado, lo cual hará bajo su màs estricta responsabilidad, poniendo inmediatamente a la persona en cuestiòn a disposiciòn de la autoridad judicial u otra autoridad competente.

C A P I T U L O I I I

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS SUJETAS A PRISION PREVENTIVA

- A) EL DERECHO A SER CONDUCIDO ANTE UNA AUTORIDAD JUDICIAL
- B) EL DERECHO A SER INFORMADO Y NOTIFICADO DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCION
- C) EL DERECHO A SER PRESUMIDO INOCENTE
- D) EL DERECHO A SER LIBERADO DURANTE EL JUICIO
- E) EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE
- F) EL DERECHO A LA DEFENSA

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS SUJETAS
A PRISION PREVENTIVA

A) 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 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, 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 arraigada existente en ciertas circunscripciones judiciales toda vez que las oficinas del juez de instrucción se encuentren ya cerradas, la persona que deba 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 reclusa, títulos de detención entre los cuales no figura, desde luego, el mandato de conducir en cuestión.(25)

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 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 I, 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, tal inscripción no se cumple nunca, sino que, por el contrario, se abusa de detenciones prolongadas por autoridad incompetente.

B) EL DERECHO A SER INFORMADO Y NOTIFICADO
DE LOS MOTIVOS DE LA DETENCIÓN

(25).- Velu Jacques, "LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE" Edit. Pédone, París 1968, Pág. 411

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

De ahí que si la Constitución belga (artículo 7) ordena que el mandamiento de detención será hecho del conocimiento del inculcado 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 inculcado presente y una vez que éste ha sido interrogado, deberá ser notificado al inculcado 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 inculcado 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. (26)

Por lo que respecta a América Latina, en Colombia, de acuerdo con el artículo 68 del Código de policía, el inculcado podrá informar a su familia desde el momento de su detención.- En cuanto al inculcado 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 inculcado de los hechos que se le imputan es, se afirma, 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 indiferente y no expresa razones ni explica los motivos de tal medida. Los mismos jueces, al parecer, adoptan una actitud semejante.

C) EL DERECHO A SER PRESUMIDO INOCENTE

Este otro principio comúnmente admitido por todos los países y consignado, incluso, en diversas constituciones euro-

(26).- Clerc Francois, "LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN SUIZA"
Edit. Nueva Serie, París 1975, Pág. 68

peas y latinoamericanas se expresa mediante el adagio onus probandi incumbit actori, o sea, que es al 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 inculcado, 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.

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.

D) EL DERECHO A SER LIBERADO DURANTE EL JUICIO

En todos los países la prisión 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 inculpado 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 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 prisión 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 prisión 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 inculpado cuando medidas menos severas pueden representar una pro-

tección 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:

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. 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 decrete 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;
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 ciudadanos, 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".(27)

En efecto, aun cuando la libertad bajo caución está - prevista en la mayoría de las legislaciones europeas, esta-

(27).- Grebing Gerhardt, Ob. Cit.
Pág. 978

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.

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 misma tiene sólo un débil cuando no nulo efecto en casos de peligro de fuga, colusión o reincidencia.

E) 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 inculpaado 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 prisión preventiva.

De ahí que en la práctica, según se afirma, 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. (28)

(28).- Grebing Gerhardt, Ob. Cit.
Págs. 980 a la 983

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 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 reforma de 1970.

Así, en Francia, antes de dicha ley de 1975, en materia corrrecional la decisión que decretaba la detención preventiva es taba 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 resoluci3n podria dado el caso, re-
novarse varias veces. Posteriormente, tal ley de 1975, mediante
una adici3n a la disposici3n correspondiente, introdujo una li-
mitaci3n absoluta de seis meses en materia de delitos y para de-
terminados casos (articulo 145, inciso 3, C3digo de procedimien-
tos penales).

Con todo, el hecho de que se consigne un l3mite absoluto -
de la duraci3n de la pris3n preventiva no es ni absolutamente-
indispensable ni tampoco una panacea. Confirman lo primero, el
derecho y la pr3ctica en Inglaterra y en Suecia, donde la dura-
ci3n de la detenci3n preventiva es de una brevedad ejemplar; -
demuestran lo segundo, el derecho y la pr3ctica de algunos pa3-
ses latinoamericanos a los que vamos a referirnos a continuaci3n.

En M3xico, el articulo 20, fracci3n VIII, de la Constitu-
ci3n, establece como una de las garant3as del acusado el que 3s-
te sea juzgado "antes de cuatro meses si se tratare de delitos-
cuya pena m3xima no exceda de dos a3os de pris3n; y antes de
un a3o si la pena m3xima excediere de ese tiempo". Al mismo -
tiempo, el segundo p3rrafo, de la fracci3n X, del propio artlcu-
lo 20, precisa que "tampoco podr3 prolongarse la pris3n preven-

tiva 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 prisión preventiva. (29)

De igual manera, el artículo 60, inciso 1, de la Constitución venezolana, con la misma finalidad, dispone que "el su mario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legal - mente 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 inculpados que per manecen en prisión incluso por más tiempo del que como máximo fija el código penal u otras leyes al delito que se les impu ta, con la agravante de que muchos de ellos resultan a la pos tre ser inocentes. En el segundo, se afirma, los plazos judi- ciales son simplemente fijaciones formales, que de ningún mo- do evitan la prolongación exagerada y a veces indefinida del proceso.

(29).--"CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", Art. 20 Fracciones VIII y X, México 1993:

F) 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, según el criterio judicial más generalizado en este país, el inculcado 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 inculcado la asistencia de un derecho humano la defensa en todo estado y grado del proceso.

C A P I T U L O I V

LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

- A) LA INTERNACIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS
- B) LA NUEVA NOCION DE PROTECCION INTERNACIONAL
- C) LOS PRIMEROS PASOS
- D) LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA ONU
- E) LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO REGIONAL

LA PRISION PREVENTIVA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

Un importante conjunto de normas sobre la prisión preventiva ocupa un lugar amplio, primordial y preferente en diversos instrumentos jurídicos internacionales relativos tanto a la protección de los derechos humanos en general, como al tratamiento de los reclusos en particular. En tal virtud, el derecho internacional en materia de detención preventiva debe ser también incluido en nuestro trabajo.

En efecto, una vez concluida la segunda gran conflagración mundial, pero muy especialmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el proceso de positivación normativa o, si se quiere, de codificación del derecho internacional de los derechos humanos, cobró un auge sin precedentes, integrando progresivamente, no sin serias dificultades, un impresionante catálogo de derechos y libertades fundamentales del hombre, internacionalmente reconocidos, rebasando así el ámbito del derecho interno y planteándose, al mismo tiempo, como una exigencia del derecho internacional.

De ahí que, como ya lo hemos visto, las numerosas reformas legislativas efectuadas en fechas recientes en Europa occidental en materia de prisión preventiva, obedezcan, más que nada, a la imperiosa e ineludible obligación de los países de esta región, de ajustar su legislación interna a las reglas - establecidas, y de acuerdo con los compromisos contraídos, en virtud de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en vigor desde hace ya más de un cuarto de siglo.

La misma obligación de aportar modificaciones, retoques y correctivos a sus legislaciones internas, a fin de ponerlas - en consonancia con las reglas respectivas de la Convención - Americana sobre Derechos Humanos, se presenta hoy día a los - Estados latinoamericanos ratificantes o adherentes de la misma, toda vez que este instrumento internacional ha cobrado ya plena vigencia.

Igual compromiso resulta, esta vez a nivel universal, de la reciente entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

De ahí el evidente interés que presenta proceder al análisis comparativo de la forma y condiciones bajo las cuales se encuentra previsto el régimen de la prisión preventiva en dichos instrumentos internacionales. Previamente, sin embargo, y de la misma forma que respecto del proceso de formulación positiva de los derechos humanos en el orden interno, nos parece indispensable examinar también aquí, aunque sólo sea brevemente, el porqué y cómo se ha generado y materializado el irreversible proceso de internacionalización de los derechos humanos, lo cual, con posterioridad, habrá de permitirnos dilucidar cuáles son algunas de las más importantes implicaciones y repercusiones que, para los Estados partes en tales instrumentos internacionales, representan la plena vigencia y la cabal aplicación de éstos.

Igualmente, si bien en esta parte de nuestro trabajo nuestra atención estará enfocada principalmente al examen de la incidencia que, en materia de prisión preventiva, tienen las reglas del derecho internacional de los derechos humanos provistas de fuerza obligatoria, creemos conveniente hacer alusión a otras reglas que, aunque desprovistas de obligatoriedad, guardan estrecha relación con la materia que nos ocupa, a la

vez que representan puntos de vista convergentes de la comunidad internacional sobre esta cuestión. Nos referimos, concretamente, a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

A) LA INTERNACIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Durante largo tiempo la función de proteger los derechos humanos en el orden interno correspondió exclusivamente al Estado. En el plano internacional, hasta la creación de la ONU, dicha protección también era asumida esencialmente por el propio Estado.

En efecto, a lo largo del desarrollo del derecho internacional existieron diversos instrumentos o costumbres que regulaban ciertos aspectos de las necesarias relaciones entre Estados, pero que, al mismo tiempo, implicaban o reconocían, sea por su contenido sea por sus efectos, algunos derechos a los individuos y, en ocasiones, establecían determinados mecanismos destinados a garantizar los derechos reconocidos a los particulares, ya fuese individualmente considerados o bien perteneciendo a un -

cierto grupo de personas o, incluso, formando parte de una población entera. Entre estos mecanismos de protección, y no tomando en consideración sino aquellos que fueron practicados durante el siglo XIX hasta la primera guerra mundial, podemos mencionar la lucha contra la esclavitud y la trata de negros, la protección de las minorías, la intervención humanitaria y, si bien más antigua pero no menos persistente, la protección diplomática.

No podemos dejar de mencionar, desde luego, que después de la primera Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional del Trabajo realizaron, y esta última continúa haciéndolo, una obra muy importante en ciertos dominios de la protección internacional de los derechos del hombre. Pero a pesar de todo, la competencia exclusiva del Estado continuaba imperando y todavía por algún tiempo, seguiría imponiéndose.

Ahora bien, cualesquiera que hayan sido las concepciones filosóficas o doctrinales, las preocupaciones humanitarias, religiosas u otras, y las tendencias pragmáticas que dieron fundamento a los diversos sistemas de protección a que hemos he-

cho referencia, así como los intereses o, mejor dicho, los verdaderos móviles que inspiraron su creación y funcionamiento, no hay que olvidar que algunos de ellos no persiguen directamente la protección del individuo sino que tenían como objeto directo el establecimiento de normas reguladoras de las relaciones interestatales. Además, todos estos mecanismos tenían un alcance muy reducido en cuanto a su esfera personal y material de validez y a su ámbito espacial y temporal de aplicación. Ninguno de ellos respondía, de ninguna manera, a una concepción sistemática y global de la protección internacional de los derechos del hombre.

B) LA NUEVA NOCIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

No fue sino muy recientemente, cuando una nueva noción de la protección internacional de los derechos humanos habría de venir a enraizar muy profundamente en el derecho internacional positivo actual. Esta nueva noción presenta los caracteres siguientes: primero, una protección generalizada, porque cubre la totalidad de los derechos del hom-

bre y porque tiende a la universalidad del reconocimiento y del respeto efectivo de estos derechos, para todos, sin distinción de ninguna especie, y sea cual fuere el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el individuo; segundo, una protección más permanente, porque el sistema ha sido institucionalizado y el control habrán de ejercerlo órganos especialmente creados en el marco de organizaciones internacionales más estables; y, tercero, una protección supranacional, porque el control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en esta materia, se impone por encima de la competencia antes exclusiva de éste, e, incluso, contra su voluntad soberana.

Esta nueva noción de la protección internacional de los derechos del hombre, de la cual no hemos mencionado sino algunos de los rasgos más característicos, deriva, en cierta medida, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y, desde luego, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero el sistema, tal cual existe en nuestros días, no pudo concretarse sino después de la elaboración y, sobre todo, de la adopción de otros instrumentos internacionales tanto en el plano universal como a nivel regional. Hoy día

todos estos instrumentos se encuentran ya en vigor y, por lo tanto, todos los mecanismos de control previstos están, en principio, en funcionamiento.

C) LOS PRIMEROS PASOS

La idea de la protección internacional de los derechos del hombre a escala universal, fue consecuencia tanto de los excesos de los reglmenes totalitarios en los años inmediatamente anteriores a la segunda Guerra Mundial, como de los horrores y trágicos acontecimientos que ésta desencadenò.

Y aun cuando es indiscutible que el paso más excesivo, en favor no solamente del reconocimiento, sino también de la protección efectiva de los derechos del hombre, fue dado después de la segunda Guerra Mundial, no sería justo olvidar que un importante movimiento en este sentido empezó a manifestarse desde la primera fase del conflicto. (30) Este movimiento, integrado por diversos grupos oficiales y no oficiales, se había fijado como meta la elaboración de una Carta internacional de los derechos del hombre, la cual debería constituir, se esperaba, uno de los pilares fundamentales del nuevo orden mundial a establecer al con-

(30).- Truyol y Serra Antonio, "LOS DERECHOS HUMANOS" Edit. Tecnos, madrid 1976, Pág. 26

cluir la guerra. Este movimiento habría de encontrar eco en diversas declaraciones a lo largo del conflicto.

En efecto, ya en plena guerra, diversas declaraciones como, entre otras, el mensaje del Presidente Roosevelt sobre las "Cuatro Libertades", dirigido al Congreso el 6 de mayo de 1941, así como la "Declaración por las Naciones Unidas" de los Gobiernos Aliados, daban a entender que la victoria total sobre el enemigo era esencial para asegurar los derechos más fundamentales del ser humano así como para garantizarle la justicia tanto en su propio país como en otros países. Es decir que, de salir victoriosos, conducirían a la sociedad por el camino de una reorganización fundamental, en que los derechos del hombre ocuparían un lugar mucho más importante que el que tuvieron en la época de la Sociedad de Naciones.

Sin embargo, las reservas sobre cuestiones políticas e ideológicas lograron acallar el entusiasmo y las simpatías hacia dicho movimiento, en las más altas esferas de los principales aliados. Esto es fácil de comprobar ya que las Proposiciones de Dumbarton Oaks, claro índice de las verdaderas opiniones de los Ministerios de Relaciones Exteriores, no hablan de hacer

más que una referencia general a la promoción de los derechos humanos por parte de las Naciones Unidas, no obstante la insistencia de algunos países latinoamericanos, entre ellos - México, que planteaban la necesidad de modificar dichas Proposiciones, a fin de que la futura Carta de las Naciones Unidas estuviese acorde con los sentimientos y con las ideas expresadas en la Conferencia Interamericana de Chapultepec, efectuada en México en los meses de febrero y marzo de 1945. La posición latinoamericana recibió el apoyo del Mariscal Smut en la Conferencia de San Francisco celebrada en mayo del mismo año, cuando dicho representante señaló que la Carta debía contener, en su preámbulo, una declaración de los derechos del hombre, puesto que los Aliados habían luchado por la justicia y por el respeto de los derechos humanos, que son la base del progreso, del desarrollo y de la paz, para toda la humanidad.

D) LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LA ONU

La Carta de la ONU, resultado de las citadas Proposiciones, no habría de contener, desde luego, sino la confirmación del carácter promocional de la competencia y de las actividades de la organización en materia de derechos humanos, a tra-

vés de las disposiciones siguientes: primero, las disposiciones generales del Preámbulo y de los artículos 1-3, - 55-c y 56; después, los textos que determinan la competencia de los diferentes órganos de las Naciones Unidas (artículos 13-1-b, 60, 62-2, 68 y 87); y, finalmente la disposición que hace de esta tarea una de los fines esenciales - del régimen internacional de tutela (artículo 76-c). (30)

En consonancia con este carácter promocional de las tareas encomendadas a la Organización, los Estados no se comprometieron, de acuerdo con el artículo 56, sino a prestar su cooperación, tanto conjunta como separadamente, en el campo de los derechos del hombre.

Desde el principio se hizo evidente que este compromiso por parte de los Estados miembros, ya de por sí relativo, no quedaría sino en letra muerta, dada la ausencia total de definición de los derechos y libertades a que se hacía alusión, así como de los mecanismos que deberían encargarse de asegurar su protección efectiva. Por lo tanto, se reveló como indispensable la elaboración de un documento que contuviera el

(30).- Carta de las Naciones Unidas, Publicada por el Servicio de Información de las Naciones Unidas, Nueva York, Noviembre de 1965.

catálogo de los derechos y libertades fundamentales. También se contempló la posibilidad de un segundo documento que debería fijar las obligaciones jurídicas de los Estados en materia de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, el artículo 60 de la Carta confía a la Asamblea General y, bajo la autoridad de ésta, al Consejo Económico y Social, la realización de los derechos del hombre. Con tal propósito, estos dos órganos pueden iniciar estudios y hacer recomendaciones (artículos 13-1-c y 62-2). Por su parte, el Consejo Económico y Social puede también, en las cuestiones que son de su competencia, preparar proyectos de convenciones para ser sometidas a la Asamblea General, convocar conferencias internacionales especializadas, e integrar aquellas comisiones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus funciones (artículos 62-3-4 y 68). Fue con base en estos textos que habría de crearse, entre otras, la Comisión de derechos humanos en 1946. Desde entonces, las Naciones Unidas habrían de afrontar la vasta y difícil empresa de elaborar un catálogo de los derechos del hombre pero, sobre todo, de idear y hacer admitir un mecanismo internacional para su protección.

La Comisión de derechos humanos estableció un plan que preveía la elaboración de una Carta internacional de los derechos humanos la cual debería comprender una declaración, un pacto, y medidas de protección. En breve tiempo, la Comisión redactó el primero de estos documentos conteniendo el catálogo. El proyecto, sometido a la Asamblea general reunida en París, fue adoptado el 10 de diciembre de 1948, con el nombre de Declaración Universal de Derechos Humanos por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones.

La Declaración fue proclamada como el ideal común a alcanzar por todos los pueblos y naciones; como una fuente de inspiración tanto para la implementación y el respeto de los derechos y libertades definidos, como en la tarea de asegurar mediante medidas progresivas, nacionales e internacionales, su reconocimiento y su respeto universal y efectivos.

La Declaración Universal, en 30 artículos, enumera no solamente los derechos civiles y políticos tradicionales, sino, también, los modernos derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, la Declaración Universal, en tanto que ideal común y conjunto de principios generales, no está provista de fuerza jurídicamente obligatoria; en otros términos, no impone ninguna obligación formal, directamente exigible, a los Estados que la han aprobado. Estos, en todo caso, no han admitido ninguna otra cosa, conforme a su preámbulo, como no sea la de tomar medidas nacionales e internacionales posteriores, a fin de asegurar el reconocimiento y el respeto universal y efectivo de los derechos del hombre.

Durante años, numerosos obstáculos y resistencias habrían de lograr retrasar el proceso de edificación de un mecanismo de protección. La Comisión se vio obligada a emprender la labor de Penélope respecto a los pactos durante ocho años. Concluidos los trabajos en 1954, correspondería el turno al Tercer Comité de la Asamblea general, el cual habría de ocuparse en forma intermitente de los proyectos de pactos durante doce años. Los textos finales fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966. Todavía se requeriría el transcurso de diez años más para que se completara el número de instrumentos de ratificación o de adhesión requeridos para la entrada en vigor de los pactos. Finalmente, el Pacto de derechos económicos, sociales

y culturales entrò en vigor el 3 de enero de 1976, y el Pacto sobre los derechos civiles y políticos, así como su Protocolo facultativo, el 23 de marzo del mismo año.

En consecuencia, desde el inicio de los trabajos hasta la entrada en vigor de los dos Pactos, se requiriò de diez veces más del tiempo que fue necesario para la adopción de la Declaración Universal.

Sin embargo, los dos pactos son, por una parte, más universales, ya que fueron adoptados, el Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales, por 106, y, el Pacto sobre los derechos civiles y políticos, por 105 votos a favor, ambos sin ningún voto en contra, ninguna abstención, y, solamente, con algunas ausencias, como por ejemplo las de Portugal y de la República sudafricana. Por otra parte son más precisos, dado que, como fue señalado por el Presidente de la Asamblea general en 1966, los pactos "concretizan los principios y los derechos de la Declaración", confiriéndoles "fuerza jurídica y efecto".

El Pacto sobre derechos civiles y políticos, que es el -

que nos interesa, contiene los derechos y las libertades tradicionales reconocidos en general por la casi totalidad de las constituciones del mundo. Impone a los Estados partes la obligación de expedir, conforme a sus procedimientos constitucionales respectivos, las medidas de carácter legislativo u otras, a fin de dar efecto a los derechos reconocidos en el Pacto (artículo 2-2).

Este Pacto instituye un mecanismo destinado a asegurar la ejecución de los derechos que enumera (artículo 28 a 45). Desafortunadamente, el mecanismo de protección sigue siendo débil, manteniéndose en la línea del derecho internacional tradicional.

En efecto, se deja a los Estados la responsabilidad de tomar las medidas que estime pertinentes y necesarias. Las Naciones Unidas no ejercen sino un control indirecto, confiado a un Comité de derechos humanos electo por los Estados partes. El Comité deberá presentar un informe anual, basado en los informes que los Estados ratificantes del Pacto están obligados, en principio, a proporcionarle. Dicho informe, una vez dado a conocer, no estará llamado a tener mayores efectos, como no sean

las reacciones que hubiere logrado en la opinión pública.

Además, el Comité tiene competencia para recibir y examinar quejas provenientes ya sea de los Estados o bien de los particulares, relacionadas con la violación de los derechos humanos. No obstante, se requiere que esta facultad le haya sido expresamente reconocida por los Estados interesados, mediante la ratificación del Protocolo facultativo de este Pacto. El Comité desempeña entonces, en cierta forma, el rol de un órgano de conciliación cuyas decisiones, para su ejecución, así como las eventuales medidas correctivas a tomar, continuarán dependiendo de la buena voluntad de los Estados.

Se está lejos, evidentemente, de un verdadero sistema de control supranacional. Aún más, la resistencia de los Estados miembros a cualquier tipo de control supranacional en el contexto de las Naciones Unidas, está claramente ilustrado por el hecho de que, no obstante su timidez, la Resolución de la Asamblea general que aprobó el Protocolo facultativo, no obtuvo más que 66 votos a favor, dos en contra, y

38 abstenciones.

Un sistema de control supranacional más completo, comprendido, incluso una protección jurisdiccional, no existe, actualmente, sino a nivel regional.

Ya hemos dicho que, conforme al artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados miembros se comprometieron a cooperar con la Organización en el campo de los derechos humanos y, con tal fin, a tomar medidas, conjunta o separadamente, en vistas a su protección efectiva. Resultado del cumplimiento de este compromiso, son las dos convenciones elaboradas en el marco de las organizaciones regionales respectivas, es decir, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos.

E) LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO REGIONAL

En efecto, se trata de los sistemas instituidos, cronológicamente, primero, por la Convención europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, -

firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entrò en vigor el 3 de septiembre de 1953, y, después, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1959, vigente a partir del 18 de julio de 1978.

La Convención europea ha sido completada por cinco Protocolos adicionales, algunos de los cuales han venido a agregar ciertos derechos a la Convención. El catálogo de derechos de ésta cuenta en la actualidad con 19 derechos civiles y políticos. Esta Convención constituye el equivalente europeo del - Pacto sobre derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas. La Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, contiene los derechos económicos, sociales y culturales.

Algunas diferencias deben señalarse entre la Convención europea y la Convención americana. Estas consisten, por un lado, en que la Convención americana contempla en el mismo texto tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales y, por el otro, en que está a la inversa de aquélla, implanta como obligatoria la compe -

tencia de la Comisión interamericana en materia de demandas individuales (artículo 44), y como facultativa su competencia para conocer de las demandas estatales (artículo 45).

La Convención europea confía la tarea de asegurar el respeto de los derechos que reconoce a tres órganos. Los Estados partes, así como los particulares, las organizaciones no gubernamentales y las agrupaciones de particulares, pueden acudir, en demanda de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por cualquiera violación de los derechos y libertades garantizados por la Convención; ante una comisión de investigación y conciliación, o sea, la Comisión europea de derechos humanos (artículo 24 y 25). Si la comisión fracasa en su intento de conciliación, el asunto podrá elevarse, en vistas a una decisión, sea ante un órgano jurisdiccional, es decir, la Corte europea de derechos humanos sea ante un órgano político, el Comité de Ministros. Las quejas individuales o colectivas de personas privadas no pueden presentarse directamente sino ante la Comisión. Incluso, este procedimiento está condicionado a la aceptación expresa y previa del recurso individual, por parte de los Estados partes.

No obstante, aun cuando los particulares no puedan acudir directamente ante la Corte, su intervenci3n bajo ciertas circunstancias est3 prevista en los Reglamentos internos, tanto de la Comisi3n (artículo 76) como de la Corte (artículo 38).

En Am3rica antes de la aprobaci3n de la Convenci3n americana, ya haba sido instituida la Comisi3n Interamericana de Derechos Humanos cuyo primer estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960, reformado en 1965, y el 3ltimo, aprobado mediante Resoluci3n n3mero 447 de la Asamblea General de la OEA, en octubre de 1979.

Se le fij3 como objetivo la promoci3n de los derechos humanos enunciados en la Declaraci3n Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamada en Bogot3 el 2 de mayo de 1948. Sin embargo, en 1965, se le reconoci3 la facultad de recibir peticiones individuales y dirigir recomendaciones a los gobiernos, respecto de ciertos derechos civiles y pol3ticos.

Por su parte, la Convenci3n americana instituye dos 3r-

ganos análogos en sus grandes líneas a los de la Convención europea. Ellos son, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas facultades, si bien más amplias que las de la Comisión europea, son, no obstante, más vagas (artículos 52-59).

Es por lo tanto indiscutible, que la protección de los derechos humanos no es ya, hoy día, monopolio exclusivo de los Estados. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado muy claramente, que el dominio reservado de los Estados no engloba sino las cuestiones que no han sido internacionalizadas.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA: Episodio tras episodio, en la historia del hombre la lucha ha sido por el reconocimiento de su dignidad y su libertad, y el de que por la sola circunstancia de existir posee todo un conjunto de derechos, esa historia ha permitido ver con claridad que la estructura jurídico política de una comunidad carece de valor si no se asegura la vigencia de los derechos humanos.

SEGUNDA: Coincidimos con el pensamiento doctrinario sobre la materia de los derechos humanos, en el sentido de que el hombre como ser dotado de razón, de acuerdo con la ley natural, tiene una serie de derechos inherentes a su persona, el derecho a la vida, la libertad y sus bienes, entre otros de semejante jerarquía. Los derechos naturales pertenecientes al hombre, son anteriores a cualquier pacto o convenio y, por su naturaleza, son inalienables e imprescriptibles.

TERCERA: El reconocimiento jurídico de los derechos humanos fundamentales del hombre en un principio fue estrictamente regional, circunscrito a determinados sectores de la -

población. Posteriormente el reconocimiento fue nacional y general como se aprecia en la Constitución Americana de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos Universales Francesa de 1789, que marcaron el movimiento de la regulación jurídica de los derechos humanos.

CUARTA: La preocupación por los derechos humanos, es una constante en México desde el inicio de su independencia, pero donde se vio plasmado el nacimiento formal de esos derechos, fue en las Constituciones de 1824, 1857 y la de 1917, dándose como resultado en esta última, la primera declaración constitucional de derechos sociales en el mundo. En nuestros diversos congresos constituyentes ha quedado claro que la base de toda nuestra organización social es el reconocimiento y la vigencia de los derechos humanos. tanto en el aspecto individual como en el social.

QUINTA: En el orden internacional contemporáneo, la labor de las Naciones Unidas en pro del reconocimiento y respeto de los derechos humanos ha sido fecundada, entre sus logros cabe destacar la implantación de los instrumentos que representan los intentos más serios por dotar a los derechos humanos de -

una efectiva protecci3n, en ellos se presentan verdaderos mecanismos jurisdiccionales de car3cter supranacional.

De ah3 la trascendencia de que algunas disposiciones, sean consideradas como inderogables por las diferentes Convenciones, y no susceptibles de que los Estados formulen reservas en relaci3n a ellas. El resto de las disposiciones de dichas Convenciones se pueden considerar como normas o como principios generales de derecho, seg3n el caso. El principio de que un Estado puede tratar a sus nacionales a su arbitrio ha sido sustituido por el principio nuevo de que la protecci3n de los derechos humanos constituyen una cuesti3n en el orden nacional e internacional.

SEXTA: La prisi3n preventiva, resumidamente, puede entenderse como una medida provisional o cautelar, previa a la determinaci3n definitiva del status jur3ico de una persona que ha sido detenida legalmente, y que puede impugnar dicha detenci3n por los medios establecidos en el derecho interno.

SEPTIMA: En nuestro pa3s con la Comisi3n Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de reciente creaci3n, 5 de junio de 1990, gozamos de una mayor protecci3n jur3dica frente al poder p3bli-

co, ya que los ciudadanos afectados por violaciones en sus derechos por parte de los gobernantes puedan acudir a dicha institución a presentar el recurso de queja.

OCTAVA: La violación de los derechos humanos en relación a la prisión preventiva, sea ésta debidamente fundada o no, puede combatirse también a través del juicio de amparo, cuya institución es una importante muestra o enseñanza para el derecho internacional, del respeto hacia la libertad y la dignidad humana en cuanto a las medidas de protección que procura La Ley de Amparo como reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

NOVENA: Los derechos humanos, están contemplados en nuestro régimen interno a través del Capítulo conocido en nuestra Constitución como "Garantías Individuales", llamadas también doctrinariamente Garantías Constitucionales, de donde se concluye que nuestro país goza de un importante grado de avance en relación a otros, en la lucha por la preservación de los derechos humanos, los cuales íntimamente guardan una profunda vinculación con la prisión preventiva, por lo que pensamos, que ella

gislador debe ser más severo en la imposición de multas, castigos o sanciones para quienes indebidamente detengan a una persona o violen las formalidades jurídicas concernientes a su detención, porque esto es una lacerante realidad, hoy por hoy en la vida social mexicana.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Secco Ellauri.- "LOS TIEMPOS MODERNOS Y CONTEMPORANEOS" Edit. Kapelusz, Buenos Aires 1969.
- 2.- Bazdresch Luis.- "GARANTIAS CONSTITUCIONALES" Edit. Trillas, México 1986.
- 3.- Burgoa Ignacio.- "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES" Edit. Porrúa, México 1988.
- 4.- Carpizo Jorge.- "LA CONSTITUCION DE 1917" Edit. Porrúa, México 1984.
- 5.- Tena Ramírez Felipe.- "LEYES FUNDAMENTALES DE MEXICO" Edit. Porrúa, México 1982.
- 6.- Luño Pérez Antonio.- "EL PROCESO DE POSITIVACION DE LOS DERECHOS HUMANOS" Edit. Universidad de Sevilla, España 1979.
- 7.- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto.- "INSTITUCIONES JUDICIALES Y PROCESALES DEL FUERO DE CUENCA" Rev. de la Esc. Nac. de Jurisprudencia, México, julio-diciembre, 1950, Tomo XII, Nums 47-48.
- 8.- Grebing Gerhardt.- "LOS PROBLEMAS DE LA DETENCION PREVENTIVA EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA", En Revista de Derecho Penal Comparado, París, octubre-diciembre, Núm. 4, 1975.
- 9.- Aydalot Maurice.- "LA LIBERTAD EN LA DETENCION PREVENTIVA" Edit. Universidad de Francia, París 1968.
- 10.- Botein Bernard.- "INFORME SOBRE LAS PRACTICAS SEGUIDAS EN SUECIA, DINAMARCA, INGLATERRA E ITALIA EN MATERIA DE PRISION PREVENTIVA" En Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Vol. V, Núm. 2, Invierno, 1964.

- 11.- Tulkens Bernard.- "LA DETENCION PREVENTIVA EN PROCEDIMIENTO PENAL BELGA" Edit. Nueva Serie, París 1975.
- 12.- Soler Sergio.- "LA PRIVACION DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO ARGENTINO" En Revista de la Comisiòn Internacional de Juristas, 1961, Vol.III, Núm. 2.
- 13.- García Rada Domingo.- "PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS" Revista Internacional de Derecho Penal, tercer trimestre de 1978, Núm. 3.
- 14.- Jescheck Humbert.- "LA REFORMA DE LA DETENCION PREVENTIVA EN ALEMANIA" Edit. Pédone, París 1975.
- 15.- Zavaleta Arturo.- "LA PRISION PREVENTIVA Y LA LIBERTAD PROVISORIA" Edit. Arayù, Buenos Aires 1954.
- 16.- Velu Jacques.- "LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS DEL HOMBRE" Edit. Pédone, París 1968.
- 17.- Clerc Francois.- "LA DETENCION PREVENTIVA EN SUIZA" Edit. Nueva Serie, París 1975.
- 18.- Truyol y Serra Antonio.- "LOS DERECHOS HUMANOS" Edit. Tecnos, Madrid 1976.

L E G I S L A C I O N

"CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS"
Edit. Trillas, México 1993.

A P E N D I C E

"CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS" Publicada por el Servicio de Información de las Naciones Unidas, Nueva York, Noviembre de 1965.