

LA DETENCION EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

Pablo Sánchez Velarde

INTRODUCCION

La promulgación del nuevo Código Procesal Penal, mediante Decreto Legislativo 638, de fecha 27 de abril de 1991, ha motivado el interés de analizar la institución de la detención, fundamentalmente por dos motivos importantes.

El primero, por resaltar las características propias del derecho a la libertad personal, protegida no sólo por las normas constitucionales, sino también por aquéllas provenientes de tratados y convenios internacionales que tienen vigencia y acatamiento dentro del contexto legal peruano al haber sido ratificados constitucionalmente. En ellas, al igual que en nuestra carta fundamental, se prevé el respeto al derecho a la libertad personal, así como las excepciones que la restringen: la detención, y la forma y términos en que ésta debe llevarse a cabo.

El segundo, por analizar las diferentes circunstancias en que el nuevo Código Procesal regula dicha medida cautelar, poniendo de relieve sus características, sus alcances, innovaciones y demás elementos que trae consigo la reforma con una perspectiva de *lege ferenda*.

Con todo, debe advertirse la particular circunstancia de su vigencia.

De acuerdo al artículo 2º del Decreto Legislativo 638, el Código Procesal Penal entrará en vigencia el 1º de mayo de 1992, salvo algunas de sus disposiciones, entre ellas la referida a la detención, que prevén los artículos 135, 136 y 138, y los artículos 143 y 145 referidos a la comparecencia, entre los cuales existe cierta relación al contemplarse en éstos la detención domiciliaria.

La puesta en vigor de tales dispositivos legales, sin espera de la *vacatio legis* de toda la legislación, tiene su justificación en criterios político-criminales. Sin embargo, ello puede generar conflictos en la aplicación temporal de las leyes en tanto en cuanto las normas del código se relacionan entre sí, como todo cuerpo legal de esta naturaleza.

De allí que aún no sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 109 relativo a la detención preventiva en la investigación preliminar, como tampoco las disposiciones generales sobre las medidas coercitivas del artículo 132 y ss., y el artículo 137 respecto de los términos de la duración de la detención dispuesta por el juez, entre otros, lo que obliga a un análisis muy metódico al momento de su interpretación y aplicación, por lo menos hasta que se cumpla el período de un año previsto para la vigencia total del código.

El presente trabajo pretende constituir un primer acercamiento dogmático y doctrinario al tema, buscando una mayor claridad y tratando de superar la problemática de la temporalidad a la que se ha hecho referencia.

I. ANALISIS CONSTITUCIONAL

1. La libertad personal como derecho fundamental

El derecho a la libertad está protegido en las normas constitucionales e internacionales como valor supremo de la persona, como condición indispensable, *sine qua non*, para que el individuo desarrolle su personalidad (1).

La Constitución peruana garantiza estos derechos. Los tratados y convenios internacionales forman parte del derecho nacional y sus preceptos relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional (arts. 101, 105 Const.).

Tales normas internacionales ponen de relieve, conjuntamente con el derecho a la vida, el derecho a la libertad de la persona, como exigencia genérica de la naturaleza humana. Así aparece en la Declaración Universal de

(1) BURGOA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", 19ª ed., Porrúa, Mexico, 1985, págs. 19 y ss.

Derechos Humanos (art. 3), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966 (2), en el que se deja establecido que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, prohibiéndose la privación de la libertad “salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Disposición similar aparece en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969 (3) (art. 7), así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (4) (art. 5).

2. *La detención en la Constitución*

La restricción de la libertad personal ha sido prevista también en los tratados y acuerdos internacionales, en la Constitución y leyes ordinarias procesales, con carácter excepcional, es decir, sólo para casos estrictamente necesarios y predeterminados por la ley.

Nuestra Constitución establece el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales, así como la excepción a esta regla. En consecuencia: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde” (art. 2, inc. 20 apartado g) primera parte).

Conforme al mandato constitucional, todas las personas tienen derecho a la libertad; “no se permite forma alguna de restricción de la libertad perso-

(2) De 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Perú en la decimosexta disposición general de la Constitución de 1979.

(3) De 22 de noviembre de 1969; ratificada por el Perú en la disposición general decimosexta de la Constitución de 1979. En ésta se expresa textualmente “1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

(4) Firmada en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

nal, salvo los casos previstos por la ley” (inc. 20, apdo. b)). Pero además, la previsión constitucional obliga a que la persona detenida sea informada “inmediatamente” y por escrito de la causa o razones de la detención (inc. 20, apdo. h)), así como a señalar “sin dilación”, el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad (inc. 20, apdo. i) in fine).

Aparece la detención como una medida cautelar personal que cumple la función de asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo de un proceso (5), es decir, garantiza la sujeción del imputado de un delito al proceso penal, (6) pero también bajo estrictas garantías.

La protección constitucional va más allá; comprende tanto a las situaciones de privación de la libertad anterior (detención preventiva y judicial) como posterior a la imposición de la condena; y también a la forma en que tal privación se lleva a cabo en la práctica.

De allí que en la misma Constitución se regule específicamente la detención preventiva e inclusive el plazo máximo de la misma, delegando en la ley procesal la regulación de la detención dictada en el curso de una causa penal.

De todo ello se desprende que, siendo la libertad personal un derecho fundamental, las medidas cautelares que la restringen deben aplicarse con “suma cautela” en los supuestos que así lo requieran, y mediante resolución motivada, dado que “son consecuencia directa de una valoración acerca de la existencia de indicios de criminalidad” (7). Siendo compatible, por tanto, la adopción de tales medidas con el principio de presunción de inocencia, pues el imputado de hecho punible mantiene dicho estado mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

(5) GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares” en “El sistema de medidas cautelares”, ob. colectiva, Pamplona, 1974, pág. 12.

(6) Véase ORTELLS RAMOS, M., “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pág. 439-389.

(7) Véase auto del Tribunal Constitucional español 267/1983, de 8 de junio.

3. *Las excepciones constitucionales*

Dos excepciones prevé la Constitución respecto a la restricción de la libertad personal.

La primera está prevista en la última parte del apartado g) del inc. 20, art. 2, que dispone: “Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo a dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término”.

Un primer acercamiento a esta disposición permite sostener que la excepción es en relación al plazo de duración de la detención, mas no así en cuanto a la forma, prevista en el primer párrafo del artículo y que constituye norma general. Es decir, la detención autónoma de la policía sólo procederá en caso de flagrancia, cuya duración se extenderá hasta quince días naturales.

La comunicación al Ministerio Público debe ser inmediata, a efecto de la investigación que le corresponde dirigir, conforme a la nueva ley procesal, así como dirigida al juez, que no requiere del vencimiento del plazo para asumir jurisdicción.

La segunda excepción es la prevista en el artículo 231 de la Constitución, que establece el régimen de excepción en casos de “estado de emergencia”, y por la cual se suspende las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, entre ellas, la prevista en el apdo. g) del inc. 20, art. 2, que analizamos.

Las implicancias que pueden surgir en relación a la privación de la libertad personal en circunstancias excepcionales como ésta, son impredecibles, máxime si lo previsto para un período de tiempo prudencial se convierte en permanente y no existe mayor colaboración con la función judicial de parte de la autoridad político-militar que asume el control del orden interno.

De otro lado, la Constitución ha previsto el recurso de habeas corpus (art. 295 y Ley 23506) como garantía y respuesta inmediata ante la realización de detenciones arbitrarias.

II. ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

1. La detención: concepto

La detención es una medida de carácter cautelar personal, que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado período de tiempo y que comprende tanto el impedir a una persona abandonar un lugar, como conducirla contra su voluntad a otro (8).

En sentido amplio, se considera como detención cualquier situación en que la persona se ve impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad (9).

La detención es pues una medida cautelar “personal y provisionalísima”, sometida al principio de legalidad y de proporcionalidad (10). Puede ser practicada por orden o disposición de la autoridad judicial y por los particulares y funcionarios de policía. En cuanto a los particulares, la detención constituye una facultad (11). Para los funcionarios de la policía, la detención es una obligación cuando se ha previsto en la ley (12).

(8) RODRIGUEZ RAMOS, L., “La Detención”, Akal, Madrid, 1987, pág. 27; VIVES ANTON, T. y GIMENO SENDRA, V., “La Detención”, Barcelona, 1977, pág. 83 y ss.; DIAZ MENDEZ, Nicolás, “Libertad, prisión, detención, retención y presentación”, Revista Actualidad Penal, núm. 11, marzo, 1990, pág. 110 y ss.

(9) STC español 98/1986, de 10 de junio.

(10) RAMOS MENDEZ, Francisco, “El Proceso Penal. Lectura Constitucional”, 1ª ed., Barcelona, 1988, pág. 280 y ss.; GIMENO SENDRA, V., “Derecho Procesal”, t. II, Proceso Penal, ob. colectiva, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 357.

(11) Como se verá al analizar el artículo 106 inc. 8 del Código Procesal Penal peruano, muy similar al existente en otras legislaciones. Así, en España, el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta a cualquier persona a detener al que intentase cometer un delito, sea en el momento de ir a cometerlo, in fraganti, o cuando se tratase de fuga, o al procesado rebelde, pero debe de justificar este hecho con “motivos racionalmente suficientes” (art. 491).

(12) Así se desprende de nuestra Constitución y leyes inferiores. Expresamente se prevé en el artículo 492 de la L.E.Cr. de España; véase HERRERO HERRERO,

2. Alcances en el derecho comparado

En el derecho comparado, pueden observarse algunas peculiaridades respecto al tema que tratamos.

En Alemania, los artículos 127 y ss. de la Ley procesal penal, establecen que la detención procede en dos supuestos: a) cuando existe orden judicial de prisión o internamiento; y b) cuando el sujeto fuera sorprendido “in fraganti” o fuera perseguido luego de cometer el delito. En este segundo supuesto, deben concurrir las siguientes circunstancias: que sea sospechoso de fuga o que no pudiera constatarse plenamente su identidad.

Conforme a la legislación alemana, el detenido, si no ha sido puesto en libertad, será conducido, de inmediato o en el término de un día, a disposición de la autoridad judicial. El juez, si considerase injusta la detención, dispondrá la libertad; en caso contrario, a instancia del Ministerio Público, dictará auto de prisión (art. 128).

En la legislación francesa, la policía procede a la detención por orden judicial (arts. 122 y ss.) y también de manera autónoma, tratándose del supuesto de indagación preliminar y si fuera necesaria la adopción de dicha medida.

La policía francesa puede “retener” a una persona más de 24 horas, luego de lo cual debe ser conducida ante el Procurador de la República. Este, tan pronto como haya analizado las circunstancias del hecho, podrá acordar la autorización escrita de prolongación de la detención preventiva por un plazo adicional de 24 horas (arts. 75 y ss.).

La nueva regulación italiana establece el arresto obligatorio de la policía judicial, tratándose de delito cometido “in fraganti” y en determinados casos (art. 380); también, en estos mismos supuestos, cualquier persona está facultada a proceder al arresto, cuando se trata de delitos perseguibles de oficio, y debe poner al arrestado y a los efectos del delito a disposición de la

C., “Policía Judicial y detención: a vueltas con el artículo 492 de nuestra ley ritualaria”, en Bol. de Información del M. de J., núm. 1564, mayo, 1990, págs. 83-102.

policía judicial (art. 383). La policía judicial tiene el deber de comunicar inmediatamente al Ministerio Público de la detención realizada y debe poner al sujeto a disposición de dicha autoridad dentro de las 24 horas siguientes (arts. 386 y ss.).

En cuanto a la regulación española, el art. 17.1 establece que: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Esta misma disposición se repite en el art. 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En esta ley se faculta la detención por cualquier persona (arts. 490-491), pero sujeta a control judicial (art. 496).

La diversidad de supuestos legitimadores de detención previstos por la ley española son criticados por RODRIGUEZ RAMOS, quien considera —entre otros aspectos— como “larga y tortuosa” la relación de supuestos, así como excesiva la amplitud de legitimación para los casos de detención que prevé la ley procesal; y va más allá cuando afirma que la prisión preventiva es sumamente insegura por exceso de arbitrio que se da al juez, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones extranjeras (13).

3. *Facultad jurisdiccional de la detención*

La restricción o privación de los derechos fundamentales de la persona, en especial la libertad personal, sólo puede ser dictada por la autoridad estatal que tiene la titularidad y exclusividad de la función jurisdiccional: el juez o tribunal. La detención sólo procede por mandato escrito y motivado del juez.

El Título II del Código Procesal Penal establece expresamente que la libertad personal y los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados relativos a los derechos humanos celebrados por el Perú, sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable

(13) RODRIGUEZ RAMOS, L., “La detención”, cit., págs. 34-36.

ble, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley” (art. 132). Tales medidas requieren de resolución judicial debidamente motivada (art. 133). Ninguna otra autoridad puede arrogarse dicha facultad, salvo las excepciones de flagrancia previstas en la ley.

El Ministerio Público no puede disponer de la detención de una persona; el Ministerio Público carece de potestad jurisdiccional, su función es requiriente, y a su pedido, fundamentado, el juez puede dictar las resoluciones pertinentes respecto de la adopción de medidas cautelares.

4. *Supuestos de detención*

En la regulación que el nuevo Código Procesal Penal hace sobre la detención, debe partirse de la distinción de dos momentos: uno relativo a la investigación previa, de “indagación”, como lo denomina el Código, a cargo del Ministerio Público (art. 104); y otro de investigación procesal, que se inicia cuando el mismo Ministerio Público promueve la acción penal (arts. 112 y ss.).

Las particularidades de los hechos investigados pueden hacer que en la práctica ambas investigaciones tiendan a confundirse o a sucederse rápidamente. Con dicha advertencia, hemos de analizar los supuestos de detención que aparecen tanto en una como en la otra investigación.

4.1 *En la investigación previa*

a) *Supuestos de flagrancia*

La detención preventiva que realiza la policía de manera autónoma debe ser motivada por la comisión de un delito flagrante.

La flagrancia determina la detención del autor en el momento mismo de cometerse el delito, sin que pudiera huir.

El nuevo Código Procesal Penal no contiene una definición del delito flagrante, pero sí del estado de flagrancia. Las hipótesis que prevé el Código están expresadas de modo unitario en el artículo 106 inc. 8, segundo párrafo.

En ellas se observa la valorización del concepto de sorpresa (14) al momento de cometerse el delito. Tres son los supuestos del artículo 106:

1) “Cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto”. Se trata de la figura típica del delito “in fraganti”, en la que el agente es descubierto en el momento mismo en que comete el ilícito; es encontrar al individuo “con las manos en la masa”, como comúnmente se conoce.

Las características básicas están dadas por la “actualidad” del ilícito, por el descubrimiento del autor que permite la inmediatez de la policía para intervenir y proceder a la detención.

2) “Cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el delito”. Se trata de la figura de la “cuasi flagrancia”. La nota básica está dada por la hipótesis del apartado anterior, aunque se distingue de ella porque en la hipótesis presente el sujeto no es detenido “in fraganti”, sino luego de ser descubierto y perseguido (15).

La consecución de los actos de descubrimiento, persecución y detención, está rodeada por la continuidad en el tiempo. La persecución del autor debe ser inmediata, directa, permanente y real. En este supuesto, entre el momento del descubrimiento del delito y aquél en el cual el autor es detenido, no debe haber un lapso extenso de tiempo. En caso contrario, no podrá hablarse de estado de flagrancia, como puede ser el caso de la detención de una persona luego de unos días de cometido el delito.

3) “Cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo”. El legislador ha regulado la presunción legal de flagrancia. Las premisas de este tercer supuesto están dadas por la inmediatez del delito y el descubrimiento de huellas u objetos materiales (armas, botín, etc.) que lo relacionan al sujeto. Una interpretación restrictiva de este supuesto permitirá no incurrir en excesos.

(14) CARCANO, D. y IZZO, G., Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale”, Padova, 1990, págs. 3 y ss.

(15) Disposición similar aparece en la ley procesal penal alemana (art. 127); Código Procesal Penal italiano (art. 328); en el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de Argentina (art. 200).

b) *La detención por particulares*

En estos supuestos de flagrancia, el legislador ha facultado a los particulares a proceder a la detención personal. El tercer párrafo del citado inc. 8 del artículo 106, dice: “Los particulares están autorizados a practicar la aprehensión en estos casos, debiendo entregar inmediatamente al afectado a la autoridad policial más inmediata”.

No existe antecedente en nuestro derecho procesal, aunque en la práctica se haya realizado, ya que no existía impedimento para que el ofendido por el delito, u otro, pudiera aprehender al agente activo de delito flagrante.

En el derecho comparado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España establece la facultad al particular para proceder a la detención cuando se “intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo”; cuando se cometiera “in fraganti” e incluso en los casos de fuga (art. 490).

El Código Procesal Penal italiano tiene una disposición muy similar a la nuestra en cuanto a los tres supuestos de flagrancia (art. 382). También en cuanto faculta al particular a proceder al “arresto” si está en presencia de un delito perseguible de oficio y por el cual sea obligatorio el arresto en flagrancia de parte de la policía judicial. En estos casos, el particular debe poner al arrestado, “sin retardo”, a disposición de la policía judicial (art. 383).

También constituye fuente consultada, el artículo 200 del proyecto, de Julio Maier, de Código Procesal de la Nación de Argentina (16).

De acuerdo con nuestra legislación, la víctima, el perjudicado por el delito o cualquier otra persona puede proceder a la “aprehensión” del individuo en los supuestos de flagrancia y llevarlo ante la autoridad policial más próxima. Nuestro legislador ha preferido utilizar las expresiones “aprehen-

(16) En éste se establece que “cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores; debe de entregar inmediatamente al aprehendido y las cosas tomadas al ministerio público, a la policía o a la autoridad más próxima”. Igual numeración y contenido se observa en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

sión” y “afectado”, para referirse al momento de la detención y a la situación del autor.

La ley procesal no lo dice expresamente, pero el “aprehensor”, al momento de entregar al afectado a la policía, debe hacer una declaración detallada de los hechos que motivaron la detención, de las circunstancias y de los efectos del delito; es decir, acompañar las pruebas que sustenten su actuación. Puede constituirse en el denunciante del hecho punible o en testigo de importancia. La demora en la entrega del detenido o de los efectos del delito a la policía, da la posibilidad de incurrir en ilícito penal.

De otro lado, si la ley faculta excepcionalmente a la policía y al particular para proceder a la detención, puede sostenerse que no habría impedimento para que el Ministerio Público, sólo en los casos en que el fiscal se encuentre dirigiendo personalmente la investigación y se den las circunstancias de flagrancia que prevé esta ley, proceda a ordenar la detención.

c) Supuestos de delitos especiales

Se pretende significar, en este acápite, la detención policial preventiva de los presuntos implicados por delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje que prevé el artículo 2 inc. 20, apdo. g) de la Constitución del Estado, y que reitera el artículo 109 del Código Procesal Penal en su primer párrafo.

1) Ampliación de la detención

Como se ha expresado anteriormente, la excepción de este mandato es en cuanto al plazo de la detención y no en lo referente a la forma. La detención policial sin mandamiento judicial debe sujetarse a los supuestos de flagrancia que prevé el artículo 106 del Código Procesal.

Consecuentemente, en la investigación por delitos de terrorismo (arts. 319 y ss. C.P.), tráfico ilícito de drogas (arts. 296 y ss. C.P.) y espionaje (arts. 329 y ss. C.P.), la detención “puede extenderse hasta quince días naturales”, pero “antes de vencerse las veinticuatro horas o en el término de la distancia se dará cuenta por escrito al fiscal provincial y al juez penal, precisando la forma, circunstancias y motivo de la detención”.

La comunicación a la autoridad fiscal y judicial debe ser escrita y dentro de las 24 horas de producida la detención, lo que no impide, y hasta resultaría necesaria, una comunicación oral o telefónica que permitiría al Ministerio Público intervenir en la investigación policial, y al juez, si lo considera necesario, asumir jurisdicción.

La ley no prevé expresamente que la ampliación de la detención preventiva, para estos casos, merezca resolución judicial, pero será necesaria si el juez asume jurisdicción antes de vencido el término. Corresponde al órgano jurisdiccional la facultad de decidir sobre los derechos fundamentales de la persona.

De otro lado, el plazo de quince días no significa que deba cumplirse necesariamente en su totalidad. Los casos de flagrancia que prevé la ley procesal permiten determinar la situación del detenido. La ampliación de la privación de la libertad obedece a la necesidad de lograr una investigación más completa del delito en cuanto a las ramificaciones que pueda tener y que pueden ser determinadas aun antes del vencimiento del término. El principio que debe regir es el de la detención de la persona por el tiempo estrictamente necesario para la investigación (17).

2) *Facultades del juez*

La intervención del Ministerio Público en la investigación posibilita que aquella se realice dentro de los márgenes y términos legales necesarios.

A pesar de ello, el juez puede, entre otros aspectos, adoptar medidas judiciales en caso de advertir la “ilegalidad de la detención” o la “afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones” (art. 109 inc. 1).

También puede autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República, cuando la medida sea “estrictamente necesaria para el mejor

(17) “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...” (art. 9.3 del Pacto Internacional de Nueva York; art. 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica).

éxito de la investigación policial o la seguridad del detenido”. Esta autorización requiere de resolución judicial motivada, por un plazo no mayor de quince días desde la fecha de detención y con conocimiento del fiscal y juez de destino.

d) Situaciones fácticas

La comparecencia de una persona ante la policía para la práctica de una diligencia, por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a cabo, no puede ser equiparada a la restricción de libertad que se estudia (18), como tampoco puede serlo el hecho de comparecer ante la policía local o juzgado de paz para realizar declaraciones sobre hechos que revisten el carácter de una falta (19).

Sin embargo, existen otras situaciones fácticas que suponen restricción del derecho de libertad, pero que no constituyen detención: la “retención” y la “puesta bajo custodia”.

La primera, la “retención”, consiste en la permanencia de una persona en el establecimiento policial sin tener la condición de detenido. Esta ha sido considerada y aplicada tradicionalmente, pero sin regulación legal. En este supuesto, la policía encuentra una solución para cubrir detenciones de períodos de corto tiempo (generalmente de menos de 24 horas) y que se caracteriza por la ausencia de cualquier tipo de garantía legal y judicial que ampare al detenido considerado “retenido”. Si la retención estuviera rodeada de garantías, estaríamos ante la detención (20).

(18) Véase la STC 22/1988, de 18 de febrero, que trata de un caso de alcoholemia. En otro momento, afirmaba el Tribunal Constitucional español que la verificación de una prueba (alcoholemia), “supone para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de la policía; sometimiento al que, incluso, puede ser obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito” (STC 107/85).

(19) Auto del Tribunal Constitucional español 487/1984, de 26 de julio.

(20) LORCA NAVARRETE, Antonio, en comentario a la sentencia del T.C. 98/1986, *en* Revista Vasca de Derecho Procesal, t.I., 1987, pág. 1055; véase también, la STC 101/1988, de 8 de junio.

En España, se ha pretendido introducir la retención en el ordenamiento jurídico sin mayor sustento, pues la retención viola la mayor parte de los derechos fundamentales y supone dejar al ciudadano al “albúr del poder sin garantías” (21). El anteproyecto de ley de seguridad ciudadana tiene el mismo objetivo; sin embargo, difícilmente podrá imponerse esta figura atípica.

La segunda, la “puesta bajo custodia”, plantea otra forma de restricción de la libertad si aquella custodia o vigilancia no lo es con el carácter de detención dictada judicialmente (22).

4.2 *En la investigación procesal*

En la investigación procesal propiamente dicha, iniciada conforme al artículo 112 del Código Procesal, la detención aparece regulada en los artículos 135 y ss.

La detención debe ser dictada por el juez mediante resolución y a pedido del Ministerio Público.

a) *Requisitos para la detención*

La petición de detención del Ministerio Público debe sustentarse en elementos de juicio que permitan al órgano jurisdiccional determinar lo siguiente:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo. En principio, la detención judicial ha de basarse en los elementos de prueba que acompañe el fiscal en su petición. Estos deben ser suficientes para relacionar el hecho punible al imputado o partícipe. La alusión expresa a los delitos dolosos excluye la posibilidad de dictarse mandato de detención por delitos culposos.

(21) Véase RAMOS MENDEZ, F., “Los grandes inventos del TBO: la retención”, en Revista Justicia, 1987, pág. 519; en la citada Revista, QUERALT, Joan, “Una buena pregunta: La Retención, ¿para qué?”, págs. 528 y ss.

(22) Véase el singular caso en la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 12 de marzo de 1985, en Aranzadi, 1985, t. III, núm. 3856, en la que la au-

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad. Este presupuesto complementa el anterior en tanto en cuanto la detención judicial procede para delitos dolosos cuya sanción prevista por el Código Penal sea mayor a cuatro años de privación de libertad. Se excluye la detención en los casos en que se trate de pena inferior.

3. Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. Este último presupuesto tiene su razón de ser en la seguridad de la prosecución del proceso y el logro de sus fines, más que en la gravedad de la pena por el delito imputado.

En la determinación de esta medida cautelar se expresa en esencia la finalidad de “aseguramiento” del imputado al proceso penal. La detención obedece a que el imputado, por sus antecedentes u otras circunstancias, puede usar su libertad para eludir la acción de la justicia (mediante ocultamiento o fuga) o para perturbar la actividad probatoria (alterando o destruyendo las pruebas o intimidando al agraviado o testigo). Corresponde al juez el uso de determinados criterios para establecer el peligro de fuga o perturbación de las pruebas, que se sintetizan en circunstancias personales, sociales, económicas y procesales del inculpado.

Debe entenderse que los tres requisitos son complementarios para determinar en el juez el mandato de detención.

Resulta claro el espíritu del legislador de restringir lo menos posible la libertad personal, limitando tal medida sólo a los casos considerados graves. Lo que obliga a que los jueces, en los supuestos que no proceda la detención, adopten las medidas necesarias a efecto de asegurar la presencia del imputado en el proceso penal.

b) Fundamentación de la resolución

Toda medida coercitiva requiere de resolución judicial debidamente motivada (art. 133).

toridad policial dispone la vigilancia policial del imputado sin mandato expreso del juez.

En dicha resolución el juez ha de expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten la medida; entre estos últimos, cada uno de los requisitos exigidos por el art. 135. La resolución debe contener una exposición de los hechos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide de modo claro y expreso (art. 312); no podrá reproducir (en cuanto a remitirse a la opinión anterior) los fundamentos del dictamen del Ministerio Público (art. 313 in fine) y está sujeta a la restricción que prevé el art. 314, 2º párrafo, del Código. De otro lado, se exige que el oficio que contiene el mandato de detención precise la identidad personal del requerido (art. 136, 1º párrafo).

Interesa destacar que las requisitorias cursadas a la autoridad policial tienen una vigencia de seis meses; vencido este término caducarán automáticamente, bajo responsabilidad, salvo el caso de que fueran renovadas (art. 136, 2º párrafo). Ello debe permitir una mayor preocupación fiscal y policial sobre el seguimiento de la investigación y la posibilidad de captura del requerido. La responsabilidad a que se refiere dicho artículo puede ser doble: de la policía, por no dar cuenta de lo petitionado al vencimiento de dicho término; o del fiscal, que, en tanto director de la investigación, no pidió la renovación de la misma.

La omisión de fundamentar la resolución de detención posibilita la interposición de queja por el inculpado. La apelación contra el mandato de detención también es procedente. Ambos recursos están regulados en el artículo 138.

c) Duración de la detención

La detención dispuesta por el juez dentro de un proceso ya iniciado difiere si se trata de un procedimiento ordinario o especial. Con arreglo al primero, la detención no durará más de nueve meses; conforme al segundo (arts. 373-375), no más de doce meses.

Una primera excepción está dada para los procesos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, así como aquellos procedimientos de "naturaleza compleja" seguidos contra más de diez imputados o en agravio de igual número de personas. En estos casos, se ha dispuesto que el plazo límite de detención se duplique. Hasta aquí, el término máximo que se puede alcanzar es de dos años.

Si cumplidos estos términos el juez no hubiera dictado sentencia, deberá decretar la inmediata libertad del inculcado, debiendo dictar las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales. No lo dice expresamente la ley, pero las medidas a adoptar pueden constituir las previstas en el artículo 143 para la comparecencia, siendo además procedente la revocación de la medida (art. 137, 5º párrafo).

Una segunda excepción al término de la duración de la detención está dada por el 2º párrafo del citado artículo 137. Dice textualmente: “Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual”.

En los procedimientos ordinarios y especiales significará alcanzar los dieciocho y veinticuatro meses, respectivamente, de duración máxima de detención. Pero en los procesos por delitos de narcotráfico, terrorismo y espionaje, que también están sujetos a procedimiento especial (excepto de drogas en escasa cantidad), así como aquellos procesos complejos por el número de imputados o agraviados, el plazo máximo de la detención podrá extenderse hasta un máximo de cuatro años.

Por circunstancias de “especial dificultad” o “especial prolongación de la investigación”, pueden comprenderse cualesquiera que impidan la terminación de la investigación o del proceso por causas no imputables al titular: búsqueda de testigos importantes o realización de diligencias necesarias surgidas al término de la investigación, la aparición de nuevos elementos de prueba u otro ilícito, o el hecho de acontecer algún desastre natural que dificulte la conclusión de la investigación. El retardo funcional en que se pudiera incurrir por acumulación de despacho no se encuentra dentro de estas situaciones “especiales”.

De todo ello se desprende la necesidad de evitar las prolongaciones innecesarias, atendiendo a la realización de diligencias pertinentes dentro de los plazos previstos, recurriendo a una extensión de la detención en casos de importancia para el proceso y cuando exista el temor fundado de que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia.

En los supuestos analizados, los términos límites pueden resultar excesivos y hasta contrarios al principio del debido proceso (art. II del Título pre-

liminar), e incluso superiores a la duración de cuatro meses prevista para la investigación, según lo dispuesto por el artículo 98 de la ley procesal. La detención debe durar lo menos posible (23). La libertad personal sólo debe ser restringida “en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley” (art. 132).

La ley exige que la resolución de prolongación de la detención sea motivada, a solicitud del fiscal y con audiencia del inculpado. La consulta al superior y el recurso de apelación, en su caso, son procedentes (art. 137, 3º y último párrafos).

Por último, el legislador ha señalado, con acierto, que para el cómputo de los plazos previstos no se tomarán en cuenta “el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa” (art. 137 4º párrafo). Entre otras dilaciones, pueden citarse: la inasistencia injustificada y maliciosa del inculpado a las diligencias judiciales; la interposición de recursos innecesarios; las peticiones de diligencias irrelevantes, etc.

El cumplimiento de los términos procesales no sólo corresponde a los fiscales y jueces, también al imputado y a su defensor. De allí que la dilación indebida de éstos sea también sancionada. La adopción de tal medida requiere de resolución judicial.

d) Detención por revocación de comparecencia

Procede la detención si del curso de la investigación resulta que el imputado en situación de comparecencia está comprendido dentro de las causales del artículo 135. En estos casos, el juez dictará la resolución correspondiente a petición del fiscal o del actor civil.

Igualmente revocará la comparecencia si el inculpado no cumple las restricciones impuestas en el artículo 143 (art. 144, 2º párrafo).

(23) RODRIGUEZ RAMOS, L., “La Detención”, cit. págs. 41-42; DIAZ MENDEZ, N., “Libertad, prisión, detención,...”, cit., pág. 113; QUERALT, J. y JIMENEZ, E., “Manual de Policía Judicial”, Madrid, 1987, pág. 70.

e) *La detención domiciliaria*

La detención domiciliaria ha sido regulada en el artículo 143 inc. 1 del nuevo Código Procesal.

Aparece como una medida cautelar restrictiva de la libertad ambulatoria de la persona en cuanto ella significa el desplazamiento voluntario de un lugar de residencia a otro. No opera como medida "autónoma" (24) sino como sustitutiva de la custodia en cárcel (25). En tal sentido, el juez está facultado para que, en casos concretos y bajo determinados presupuestos, disponga de dicha medida prohibiendo al inculcado alejarse de su domicilio o lugar de residencia mientras dure el proceso o por tiempo determinado.

Ello importa, de otro lado, una obligación del inculcado al mandato judicial, cuya violación puede determinar la revocación de la medida por la detención *strictu sensu*.

La ubicación de esta medida cautelar en el nuevo Código Procesal Penal bajo el capítulo correspondiente a la comparecencia, no parece muy acertada. En este contexto, su inclusión como alternativa a ser adoptada por el juez puede resultar algo confusa en su interpretación y aplicación.

El artículo 143 del Código Procesal (26) establece que se dictará comparecencia cuando "no corresponda la medida de detención". Por comparecencia se entiende la situación procesal por la cual el inculcado se encuentra en plena libertad ambulatoria, pero sujeto a determinadas reglas y obligaciones impuestas por el órgano jurisdiccional.

La situación del procesado es de detención o comparecencia; ésta pue-

(24) CARCANO, D. e IZZO, G., "Arresto, fermo e misure coercitive...", cit. pag. 92.

(25) GIARDA, Angelo, "Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice", en "La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale", a cura di Vittorio Grevi, Padova, 1989, ob. colectiva, pág. 124.

(26) Inspirado en el artículo 209 del proyecto de Código Procesal argentino anteriormente citado.

de ser revocada, pero no hay estados intermedios ni superpuestos; no hay comparecencia con detención. La detención domiciliaria es una forma de privación de la libertad y su ubicación correspondía dentro del marco referido a aquélla, como alternativa para casos predeterminados.

El citado artículo 143 dice textualmente: “También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes: 1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose las órdenes necesarias”.

Un primer análisis de dicho dispositivo permite afirmar lo siguiente:

1. En principio, sólo procede tratándose de un proceso penal ya iniciado, y no para casos de investigación preliminar. En ésta sólo es posible —en tanto se cumpla la forma y términos previstos por la Constitución y leyes procesales para la detención preventiva— la custodia policial hospitalaria, tratándose de un imputado que requiere de necesaria atención médica.

2. Es una medida facultativa del juez. Procede sólo para imputados mayores de 65 años, que adolezcan de grave enfermedad o incapacidad física. Tales consideraciones deben ser determinadas mediante informe médico-legal. Pero además, se exige la previsión para evitar “razonablemente” el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria. Ello dependerá de la concurrencia de distintas circunstancias: la gravedad del hecho punible, su complejidad, el grado de participación del inculpado en el mismo, la colaboración del inculpado en el esclarecimiento de los hechos, lo avanzado de la actividad investigadora, la reunión y aseguramiento de los elementos probatorios necesarios, y cualesquiera otras que permitan determinar en el juez razones suficientes para evitar la fuga del inculpado o la perturbación de la actividad probatoria.

En esencia, el establecimiento de la detención domiciliaria en nuestra legislación procesal —a diferencia del derecho comparado— obedece a criterios humanitarios del legislador; de allí la rigurosidad de sus presupuestos.

3. La detención domiciliaria puede llevarse a cabo en el propio domicilio o residencia del inculcado o de otra persona, puede ser de asistencia médica o de cuidado, pública o privada.

4. La vigilancia puede ser policial. A la policía se le atribuye el poder-deber de la observancia de las prescripciones judiciales. En tal sentido, la autoridad policial no actúa bajo presupuestos de peligrosidad social o de peligro de fuga, que ya han sido examinados por el juez. También, el inculcado sujeto a esta medida puede estar bajo la custodia de otra persona o sin ella. Esta decisión queda a criterio del juez, dadas las peculiaridades del caso. Asimismo, le corresponde impartir las instrucciones y órdenes necesarias a efecto de su cumplimiento.

5. La resolución judicial que disponga la detención domiciliaria debe contener necesariamente, entre otros elementos, la indicación del lugar donde el imputado debe permanecer en estado de detención, el tiempo de duración de la medida, las obligaciones y prohibiciones (incluso las sociales, en cuanto tiendan a asegurar la actividad investigadora) así como el apercibimiento de revocación de la medida en caso de incumplimiento.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La protección de los derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad ambulatoria, garantizados por la Constitución y las normas internacionales, predomina sobre las restricciones que se prevén sobre ella, reduciéndolas al mínimo aplicable.

En tal sentido, la detención aparece como una medida cautelar personal extrema, que se aplica cuando las otras medidas resulten superadas por las circunstancias. Sin embargo, adoptada la detención para casos absolutamente indispensables para la investigación que se realiza, ésta debe ser reducida al tiempo estrictamente necesario, ya sea cuando tenga naturaleza preventiva y de manera autónoma la realiza la policía con cargo de comunicar al Ministerio Público y a la autoridad judicial, por si considera oportuno que se ponga al detenido a su disposición, ya sea cuando es dispuesta por el juez dentro de un procedimiento regular. En el primer caso, el juez, aun antes de vencido el término, puede asumir jurisdicción.

Una actuación adecuada, técnica, real, de la investigación preliminar, con observancia de las garantías fundamentales, conlleva, *prima facie*, a un esclarecimiento de los hechos denunciados o investigados, a la reunión de los elementos materiales y acopio de las manifestaciones iniciales, que, necesariamente, determinarán la imputación y detención de una o más personas.

La oportuna comunicación de la investigación o de la detención de una persona al Ministerio Público, en observancia de tales garantías, ayuda y facilita una labor más eficaz de la misma investigación. De tal manera que se podrá evitar que la detención se convierta en la primera actividad que se realiza en la investigación policial, cuando debería ser la última, así como que la confesión del detenido sea el objetivo principal.

La intervención de la autoridad jurisdiccional es de suma importancia tratándose de la adopción de medidas cautelares como la detención; a ella le corresponde la decisión, salvo las excepciones previstas constitucionalmente; también le corresponde el cese de tales medidas.

Sobre este aspecto, el Ministerio Público tiene una función también importante. El Ministerio Público no es órgano jurisdiccional, no está facultado para adoptar medidas cautelares, sólo puede solicitar su aplicación al juez. Pero el fiscal puede disponer de la libertad de una persona detenida (no proveniente de mandato judicial), cuando considere que la detención “no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 2, inciso 20, parágrafo g) de la Constitución, o cuando esta medida aparezca claramente desproporcionada o no está incurso en lo estipulado por el artículo 132.” (art. 108 del Código Procesal).

De allí que el Ministerio Público pueda disponer la libertad de una persona, como lo ha venido haciendo, si de la investigación policial se desprende que no existe ilícito alguno, o que se trata de autor distinto, o que las circunstancias del hecho no ameritan tal medida o ésta resulta desproporcionada en relación a la imputación.

El fundamento de esta facultad reside, precisamente, en las funciones que el Ministerio Público tiene encomendadas: defensa de los derechos fundamentales, defensa de la legalidad.

Finalmente, reiterando lo expuesto líneas arriba, una investigación co-

ordinada entre el Ministerio Público y la policía judicial permitirá superar problemas inherentes a la detención preventiva, máxime si ahora el Ministerio Público dirige la investigación prejurisdiccional.

En tal sentido y mientras las coordinaciones funcionales se afinan, la policía tiene la obligación de comunicar a dicha institución de las investigaciones que lleva a cabo de manera autónoma, e, inmediatamente, de las detenciones que realiza, sin perjuicio de la iniciativa que pudiera adoptar el Ministerio Público.