

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis Constitucional. 2.1. La libertad personal como derecho fundamental. 2.2 La detención en la Constitución. 2.3 Las excepciones constitucionales. 3. Análisis de las disposiciones del nuevo código procesal penal. 3.1. La detención: concepto. 3.2. Alcances en el derecho comparado. 3.3. Facultad jurisdiccional de la detención. 3.4. Supuestos de detención. 3.4.1. En la investigación previa: 3.4.1.a. Supuestos de flagrancia. 3.4.1.b. La detención por particulares. 3.4.1.c. Supuestos de delitos especiales. 3.4.1.d. Situaciones fácticas: la retención. 3.4.2. En la investigación procesal. 3.4.2.a. Requisitos para la detención. 3.4.2.b. Fundamentos de la resolución. 3.4.2.c. Duración de la detención. 3.4.2.d. Detención por revocación de comparecencia. 3.4.2.e. La detención domiciliaria. 4. Consideraciones finales

1. Introducción

La promulgación del nuevo código procesal penal, mediante Decreto Legislativo 638 de fecha 27 de abril de 1,991, ha generado el interés de analizar la institución de la detención. Sus disposiciones resaltan las características propias del derecho a la libertad personal. Libertad protegida tanto por las normas constitucionales, como por los Tratados y Convenios Internacionales que tienen fuerza de leyes por haber sido ratificados de acuerdo a la Constitución. En estos cuerpos legales y en nuestra Carta Fundamental, se prevén, de un lado, el respeto al derecho a la libertad personal y, de otro lado, las excepciones que la restringen: la detención, la forma y términos en que debe llevarse a cabo. Por esto es necesario analizar, de lege data y de lege ferenda, la manera cómo se regula esta medida en el nuevo código procesal.

Antes de entrar en materia, resulta interesante señalar la particular manera como se ha establecido su entrada en vigencia. En el artículo 2 del Decreto Legislativo 638, se establecía que el Código Procesal Penal sólo entraría en vigencia el primero de mayo de 1,992, salvo los artículos 135, 136 (referentes a detención), 143 y 145 (concernientes a la comparecencia) que debían ser aplicados inmediatamente. Estas dos últimas disposiciones están relacionadas con las primeras por prever la detención domiciliaria.

La puesta en vigor de estos dispositivos legales se justifica por razones de política criminal; pero puede generar, debido a que las normas del código se relacionan entre sí, conflictos en cuanto a su aplicación temporal. **(p. 60)**

De allí resulta la inaplicabilidad, por ejemplo, del artículo 109, relativo a la detención preventiva en la investigación preliminar, de las disposiciones generales sobre las medidas coercitivas (artículo 132 y siguientes) y del artículo 137 referente a la duración de la detención dispuesta por el juez. Esto obliga a realizar un análisis meticuloso al momento de interpretar y aplicar las normas en cuestión, por lo menos hasta que se cumpla la *vacatio legis* de un año.

2. Análisis Constitucional

2.1. La libertad personal como derecho fundamental

El derecho a la libertad es protegido por la Constitución y las normas internacionales como valor supremo de la persona, como condición *sine qua non* para que el individuo desarrolle su personalidad.¹

¹ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 19a. ed., Porrúa, México, 1,985, p., 19 y ss.

Las normas internacionales ponen de relieve, junto al derecho a la vida, el derecho a la libertad de la persona, como exigencia genérica de la naturaleza humana. Es el caso, por ejemplo, de la Declaración de Derechos Humanos (art. 3), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966². En éste se establece que "todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales" y se prohíbe la privación de la libertad "salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". Disposición similar contiene la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1,969³ (art. 7, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1,950⁴ (art. 2).

2.2 La detención en la Constitución.

La restricción de la libertad personal ha sido prevista, con carácter excepcional, tanto en los Tratados y acuerdos internacionales como en la Constitución y leyes procesales (**p. 61**) ordinarias; es decir, sólo en los casos estrictamente necesarios y predeterminados por la ley.

Nuestra Constitución (art. 2, inc.20 apartado g, primera parte) reconoce, de un lado, a toda persona el derecho a la libertad y seguridad personales y, de otro lado, establece la excepción a esta regla: "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".

Conforme a este mandato, todas las personas tienen derecho a la libertad, "no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley" (art. 2, inc. 20, ap. b). Además, el mismo artículo dispone que la persona detenida sea informada "inmediatamente" (inc. 20, ap. i, in fine) y por escrito de la causa o razones de la detención (inc. 20, ap. h), así como que se señale "sin dilación" y bajo responsabilidad el lugar donde se halla la persona detenida.

La detención aparece como una medida cautelar cuya función es asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo de un proceso⁵, es decir, asegura, bajo estrictas garantías, la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito.⁶

La regulación constitucional va aún más allá: comprende tanto las privaciones de libertad anterior (detención preventiva y judicial) como posteriores a la imposición de la condena e, igualmente⁴, la forma en que tal privación de libertad debe llevarse a cabo en la práctica. De esta manera, se regula específicamente la detención preventiva e inclusive la duración máxima de la misma. En cuanto a la regulación de la detención dictada en el curso de un proceso penal, se prevé que sea realizada en la ley procesal.

De todo esto se desprende que, siendo la libertad personal un derecho fundamental, las medidas cautelares que la restringen deben de aplicarse con "suma cautela" cuando sea necesario y mediante resolución motivada. Su aplicación debe ser una "consecuencia (**p. 62**) directa de una valoración acerca de la existencia de indicios de criminalidad"⁷. Por tanto, su adopción es compatible con el principio de presunción de inocencia, pues el procesado es considerado inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

² De 16 de diciembre de 1,996, ratificado por el Perú en la décimo o sexta disposición general de la Constitución de 1979.

³ De 22 de noviembre de 1,969; ratificada por el Perú en la disposición general décimo sexta de la Constitución de 1,979. En esta se expresa textualmente "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 1,950.

⁵ Gutierrez de Cabiedes, Eduardo, Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares in El sistema de medidas cautelares, A.A. V.V., Pamplona, 1,974, p. 12.

⁶ Véase Ortelles Ramos, M., para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, in Revista Jurídica de Legislación y Jurisprudencia, 1,978, p. 439-489.

⁷ Véase auto de Tribunal Constitucional Español 267/1983, de 8 de junio.

2.3. Las excepciones constitucionales

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

En primer lugar, 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" (última parte del apartado g del inc. 20 del art. 2).

La excepción se refiere al plazo de duración de la detención, más no así a la forma, prevista en el primer párrafo del artículo y que constituye norma general. Es decir, la detención practicada por la policía, a iniciativa propia y cuya duración será hasta quince días, sólo procederá en caso de flagrancia.

La detención debe ser comunicada al Ministerio Público, inmediatamente, para los efectos de la investigación que, conforme a la nueva ley procesal, le corresponde dirigir. Lo mismo que al Juez, quien no requiere esperar el vencimiento del plazo indicado para asumir jurisdicción.

La segunda excepción es la prevista en el artículo 231 de la Constitución. Esta norma establece el régimen de excepción en casos de "estado de emergencia". Este implica la suspensión de las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales: por ejemplo, la revista en el ap. g) del inc. 20, art. 2, y que analizamos.

Los abusos que pueden cometerse, en esa situación excepcional, mediante la privación de la libertad personal son impredecibles; sobre todo si lo previsto como provisional se convierte en permanente y la autoridad político-militar que asume el control del orden interno no colabora con las autoridades judiciales.

Como garantía y respuesta inmediata contra las detenciones arbitrarias, la Constitución ha previsto el recurso de habeas corpus (art. 295 y Ley No. 23506). **(p. 63)**

3. Análisis de las disposiciones en el nuevo código

3.1. La detención: concepto

La detención es una medida de carácter cautelar personal que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado período. Implica tanto el impedir que una persona abandone un lugar como conduciría contra su voluntad a otro⁸.

En sentido amplio, se considera como detención cualquier situación en que se impida o obstaculice a una persona para autodeterminarse, por su propia voluntad, a realizar una conducta ilícita, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad⁹.

La detención es pues una medida cautelar "personal y provisionalísima", sometida a los principios de legalidad y de proporcionalidad¹⁰. Puede ser practicada por orden o disposición de la autoridad judicial, los particulares y funcionarios de policía. En cuanto a los particulares, la detención es facultativa¹¹. Es obligatoria para la policía cuando así lo dispone la ley¹².

⁸ Rodríguez Ramos, L., *La Detención*, Akal, Madrid, 1987, p. 27; Vives Antón, T. y Gimeno Sendra, V., *La Detención*, Barcelona, 1977, p. 83 y ss.; Díaz Méndez, Nicolás, *Libertad, prisión, detención, retención y presentación*, *Revista Actualidad Penal*, núm. 11, marzo, 1990, p. 110 y ss.

⁹ STC 98/1986, de 10 de junio.

¹⁰ Ramos Méndez, Francisco, *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, 1a. ed., Barcelona, 1988, págs 280 y ss.; Gimeno Sendra, V., *Derecho Procesal, T. II, Proceso penal, Ob. colectiva*, 3a. ed., Valencia, 1990, p.357.

¹¹ Como se verá 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 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, C., *En Policía Judicial y detención: a vueltas con el art. 492 de nuestra ley ritualaria*, en *Bol. de Información del M. de J.*, núm. 1564, mayo, 1,990, p.83-102.

3.2. 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: primero, cuando existe orden judicial de prisión (**p. 64**) o internamiento y, segundo, cuando el sujeto fuera sorprendido in fraganti o fuera perseguido luego de cometer el delito. En este segundo supuesto, debe existir la sospecha de fuga o la imposibilidad de poder constatar plenamente su identidad.

Conforme a la legislación alemana, el detenido, si no es liberado, será puesto, de inmediato o en el término de un día, a disposición de la autoridad judicial. Si el Juez, considerase injusta la detención, dispondrá la libertad del detenido; en caso contrario, a instancia del M.P., 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 en caso de indagación preliminar y si fuera necesario la adopción de dicha medida.

La policía francesa puede "retener" a una persona más de 24 horas y luego debe de conducirla ante el procurador de la República. Este, tan pronto como haya analizado las circunstancias del hecho, podrá autorizar por escrito la 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 otros determinados casos (art. 380). En estos mismo supuestos y cuando se trata de delitos perseguibles de oficio, cualquier persona esta facultada a proceder al arresto, debiendo poner al arrestado y a los efectos del delito a disposición de la policía judicial (art.383). La policía judicial, por su parte, debe informar inmediatamente al Ministerio Público de la detención realizada y poner al detenido a su disposición dentro de las 24 horas siguientes (arts. 386 y ss).

En la legislación Española, el art. 17.1 establece que: "La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes 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. Este mandato se repite en el art. 520.1 de la L.E.Cr. Esta ley faculta a cualquier persona, bajo control judicial (art. 496), practique la detención (arts. 490-491).

Rodriguez Ramos critica la ley Española por la diversidad de supuestos legitimadores de la detención que prevé. Considera -entre otros aspectos- "larga y tortuosa" la relación de supuestos, así como excesiva la amplitud como se legitiman los casos de detención. Va más allá aun cuando afirma que la prisión preventiva es sumamente insegura por el arbitrio excesivo que se da al juez, a diferencia de otras legislaciones¹³.

3.3. Facultad jurisdiccional de la detención

El título II del Código procesal penal establece expresamente que la libertad personal y los demás derechos fundamentales, reconocidos por al Constitución (**p. 65**) y los Tratados relativos a los derechos humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos cuando fuera absolutamente indispensable, 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 en caso de flagrancia prevista en el ley.

El Ministerio público no está facultado para dictar este tipo de medidas cautelares.

3.4. Supuestos básicos

En el nuevo código procesal penal se consideran dos momentos: primero, la investigación previa, de "indagación" según la terminología legal, a cargo del Ministerio Público (art. 194) y, segundo, la investigación procesal, que se inicia cuando el Ministerio Público promueve la acción penal (arts. 112 y ss.). En la práctica, las particularidades de los hechos investigados pueden determinar a que ambas se confundan o se sucedan rápidamente. Hecha esta advertencia, pasemos a analizar los supuestos

¹³ Rodriguez Ramos, L., La detención, cit., p., 34-36.

de detención propios a cada una de las etapas de la investigación.

3.4.1. En la investigación previa

3.4.1.a. Supuesto de flagrancia

La policía sólo puede practicar de manea autónoma la detención preventiva en caso de flagrancia. El nuevo código no contiene una definición de delito flagrante, pero sí del estado de flagrancia. Las hipótesis que prevé el código están expresadas de modo unitario en el art. 106, inc. 8, segundo párrafo. El factor que las caracteriza es el de la sorpresa¹⁴ al momento de cometerse el delito. Se trata:

1) "Cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto". Es el caso típico de delito "in fraganti": el agente es descubierto en el momento mismo en que comete el ilícito. El descubrimiento del autor supone la presencia de la policía y ha ce posible su intervención mediante la detención. **(p. 66)**

2)"Cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido el delito". Esta situación es denominada "cuasí flagrancia": el ilícito ha sido cometido y el sujeto es detenido sólo luego de ser descubierto y perseguido¹⁵. La secuencia del descubrimiento, persecución y detención está condicionada por la continuidad en el tiempo. La persecución del autor debe ser inmediata, directa, permanente y real. Entre el momento del descubrimiento y el de la detención no debe de haber un lapso extenso (por ejemplo, detener a una persona después de unos días de cometido el delito).

3)"Cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo". Se trata de un caso de 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. Para evitar excesos, este supuesto debe ser interpretado restrictivamente.

3.4.1.b. La detención por particulares

Esta disposición carece de antecedentes en nuestro derecho procesal, debido a que la ley no la prohibía, en la práctica, la víctima o un tercero podía proceder a aprehender al agente activo de delito flagrante.

En el derecho comparado, la Ley de enjuiciamiento criminal de España autoriza al particular para proceder a la detención cuando se "intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo" y en los casos de flagrancia y 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 respecto al particular que puede proceder al "arresto" si se trata 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 es de mencionar el artículo 200 del proyecto de Julio Maier de **(p. 67)** Código Procesal de la Nación Argentina¹⁶.

De acuerdo con nuestra legislación, la víctima, el perjudicado por el delito o cualquier otra persona pueden 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 "aprehensión" y "afectado" para referirse al momento de la detención y a la situación del autor, respectivamente.

La ley procesal no lo dice expresamente, pero el "aprehensor", al momento de entregar al afectado a

¹⁴ Carcano, D. e Izzo, G., Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale, Padova 1990, p.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 Argentina (art. 200).

¹⁶ En esta 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.

la policía, debe de hacer una declaración detallada de los hechos que motivaron la detención, las circunstancias y efectos del delito; es decir, acompañar las pruebas que justifiquen su intervención. Puede convertirse 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 puede constituir un 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 el código, proceda a ordenar la detención.

3.4.1.c. Supuestos de delitos especiales.

Se trata de los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje a que se refieren los artículos 2, inc. 20, ap. g. de la Constitución del Estado y 109 del código procesal penal, primer párrafo.

En cuanto a la 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 mandato judicial sólo procede en los supuestos de flagrancia previstos en el artículo 106 del código procesal. **(p. 68)**

Lo excepcional en la investigación por delitos de terrorismo (arts. 296 y ss. C.P.) y espionaje (arts. 329 y ss. C.P.), consiste en que la detención "puede extenderse hasta quince días naturales", sin embargo, 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. Sin embargo, sería conveniente y hasta necesario, que se les pusiera en conocimiento la detención de manera oral o telefónica, sin perjuicio de la comunicación escrita.

La ley no prevé expresamente que la ampliación de la detención preventiva, en estos casos, se haga mediante resolución judicial. Paradójicamente, si sería necesario en caso que el Juez asuma jurisdicción antes de vencido el término excepcional. Esto demuestra la necesidad que el órgano jurisdiccional intervenga inmediatamente que se produzca la detención de una persona. Es una garantía de que se respeten mejor los derechos fundamentales de la persona.

El hecho que la ley señale una duración de quince días no implica que el plazo excepcional 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. Este objetivo puede ser asegurado antes de que venza el término. Debe respetarse el principio que una persona no puede ser detenida sino por el tiempo estrictamente necesario para la investigación¹⁷.

Respecto a las facultades del Juez, es de señalar que, si la intervención del Ministerio Público garantiza que la investigación se realice dentro de los márgenes y términos legales necesarios, el Juez puede 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). **(p. 69)**

También pueden autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República, cuando la medida sea "estrictamente necesaria para el mejor éxito de la investigación policial o la seguridad del detenido". Esta autorización requiere de resolución judicial motivada y debe ser puesta en conocimiento del Fiscal y Juez de destino. Esta medida no puede durar más de quince días.

3.4.1.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 la libertad

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)

que se estudia¹⁸. Tampoco puede serlo al hecho de comparecer ante la Policía local o Juzgado de Paz para declarar sobre hechos que revisten el carácter de una falta¹⁹.

Existen, sin embargo, otras situaciones fácticas que, aún implicando restricción del derecho de la libertad, no constituyen detención: la "retención" y la "puesta bajo custodia".

La primera 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. La policía encubre así detenciones breves (generalmente, de menos de 24 horas) y que se caracterizan por la ausencia de cualquier tipo de garantía legal y judicial que ampare al detenido considerado "retenido". Si la retención estuviera rodeada de garantías, se trataría de la detención²⁰.
(p. 70)

En España, se ha pretendido introducir la retención en el ordenamiento jurídico sin mayor sustento; pues comporta la violación de la mayor parte de los derechos fundamentales y supone dejar al ciudadano al "albúr de poder sin garantías"²¹. El anteproyecto de ley de seguridad ciudadana tiene el mismo objetivo, sin embargo, difícilmente podrá ser aceptado.

La segunda, la puesta bajo custodia, plantea otra forma de restricción de la libertad, cuando la custodia o vigilancia no constituyen detención dictada judicialmente²².

3.4.2. En la investigación procesal

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

3.4.2.a. Requisitos para la detención

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso y de la condición de autor o partícipe del imputado. En principio, la detención judicial ha de basarse en los elementos probatorios que aporte 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 en los casos de delitos culposos.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad. Este presupuesto complementa el anterior en cuanto se refiere a 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. **(p. 71)**

3. Que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia (mediante ocultamiento o fuga) o perturbar la búsqueda de pruebas (alterando o destruyendo las pruebas o intimidando al agraviado o testigo). Este último presupuesto tiene su razón de ser, más que en la gravedad de la pena por el delito imputado, en la seguridad de la prosecución del proceso ("aseguramiento" del imputado al proceso penal) y el logro de sus fines. El juez, en uso de facultades, apreciará el peligro de fuga o perturbación de las pruebas, considerando las circunstancias personales, sociales, económicas y procesales del inculpado.

Estos tres requisitos son complementarios y deben ser considerados por el Juez de manera conjunta y coherente para dictar el mandato de detención.

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, p.1055; véase también, la STC 101/1988, de 8 de junio.

²¹ Véase Ramos Méndez, F., Los grandes inventos del TBO: la retención, in Revista Justicia 1987, p. 519; en la citada Revista Queral, Joan, Una buena pregunta: la Retención, ¿Para qué, p.,528 y ss.

²² Véase el singular caso en la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 12 de marzo de 1985, in Aranzadi, 1985, T. III, núm 3856, en la que la autoridad policial dispone la vigilancia policial del imputado sin mandato expreso del Juez.

Resulta clara la voluntad del legislador de restringir lo menos posible la libertad personal, limitando la detención sólo a los casos considerados graves. Esto supone que los jueces, cuando no proceda la detención, adopten las medidas necesarias para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal.

3.4.2.b. Fundamentación de la resolución

Toda medida coercitiva requiere de resolución judicial debidamente motivada (art. 133). El Juez ha de expresar los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la medida; entre estos últimos, cada uno de los requisitos exigidos por el art. 135. así mismo, debe exponer los hechos, analizar la prueba actuada, determinar la ley aplicable. La parte dispositiva debe ser clara y expresa (art. 312). No puede limitarse a reproducir (remitiéndose a la opinión anterior) los fundamentos del dictamen del M.P. (art. 313, in fine) y está sujeto a la restricción que prevé el art. 314, 2o. párrafo del código. Además, en el oficio que contiene el mandato de detención debe precisar la identidad personal del requerido (art. 136, primer párrafo).

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

En caso que el juez omita fundamentar la resolución de detención, el inculpado puede interponer queja. La apelación contra el mandato de detención también es procedente. Ambos recursos están regulados en el artículo 138. **(p. 67)**

3.4.2.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. En el primero, la detención no durará más de doce meses.

Entre los casos especiales, citemos, en primer lugar, 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, el plazo límite de detención se duplica. El término máximo es de dos años.

Si cumplido el término, no se hubiera dictado sentencia, el Juez deberá decretar la inmediata libertad del inculpado, disponiendo las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, Aunque la ley no lo establece expresamente, estas medidas pueden constituir las previstas en el artículo 143 para la comparecencia, además procede la revocación de la medida (art. 137,5o. párrafo).

Una segunda excepción al término de la duración de la detención está prevista en el 2o. párrafo del citado artículo 137. En este se dice textualmente:" Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado 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 de duración máxima de detención, respectivamente. Pero en los procesos por delitos de narcotráfico, terrorismo y espionaje, que también están sujetos a procedimiento especial (excepto en el caso de escasa cantidad de drogas), y en los procesos complejos por el número de imputados o agraviado, el plazo máximo de la **(p. 73)** detención podrá extenderse hasta un máximo de cuatro años.

Por circunstancias de "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación" pueden comprenderse cualesquiera que impida 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 o el descubrimiento de otro ilícito; o el advenimiento de algún desastre natural que dificulte la conclusión de la investigación. El retardo funcional por acumulación de despacho no constituye una de estas situaciones "especiales".

De todo esto, se desprende la necesidad de evitar las prolongaciones innecesarias de la detención atendiendo a la realización de diligencias pertinentes dentro de los plazos previstos o recurriendo a

una extensión de la detención en casos de importancia para el proceso y cuando exista el temor fundado de que el inculpado 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 preliminar), e incluso 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 posible²³. 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, solicitada por el Fiscal y con audiencia del inculpado. La consulta al Superior y el recurso de apelación, en su caso, son precedentes (art. 137,3o. y último párrafos).

Por último, el legislado 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). Es el caso, por ejemplo, de la inasistencia injustificada y maliciosa del inculpado a las diligencias judiciales; la interposición de recursos innecesarios; las peticiones de diligencias irrelevantes.

El cumplimiento de los términos procesales no sólo corresponde a los Fiscales y **(p. 74)** 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 resolución judicial.

3.4.2.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).

3.4.2.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; es decir de su libertad de desplazarse a voluntad de un lugar de residencia a otro. No opera como medida "autónoma"²⁴ sino como sustitutiva en cárcel²⁵. En tal sentido, el Juez está facultado para que, en casos concretos y bajo determinadas condiciones, prohíba al inculpado alejarse de su domicilio o lugar de residencia mientras dure el proceso o por tiempo determinado.

Esta medida importa, de otro lado, el sometimiento del inculpado al mandato judicial, cuya violación puede determinar la revocación y su substitución por la detención strictu sensu.

La ubicación de esta medida cautelar en el nuevo código procesal penal, junto 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.

(p. 75) El artículo 143 del código procesal²⁶ establece que se dictará comparecencia cuando "no corresponda a la medida de detención". Por comparecencia se entiende la situación procesal por la cual el inculpado 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; esta puede ser revocada, pero no hay estados intermedios ni superpuestos (comparecencia con detención). La detención domiciliaria es

²³ Rodríguez Ramos, L. La detención, cit.p.,41-42; Díaz Méndez, N. Libertad, prisión, detención,... cit., p. 113; Queralt, J. y Jiménez, E., Manual de Policía Judicial, Madrid, 1987, p.70.

²⁴ Carcano, D. E. Izzo, G. Arresto, fermo e misure coercitive..., cit.p.92

²⁵ Giarda, Angelo, Arresti domiciliari e misure alternative alla custodia cautelare in attesa del nuovo codice, in La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale a cura di Vittorio Grevi, Padova, 1989, p.124.

²⁶ Inspirado en el artículo 209 del proyecto de código procesal argentino anteriormente citado.

una forma de privación de la libertad y su ubicación correspondía dentro del marco referido a aquella, como alternativa para casos determinados.

El 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".

a. 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.

b. 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 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 otra que permita al Juez determinar razones suficientes para evitar la fuga del inculpado o la perturbación de la actividad probatoria.

(p. 76) 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.

c. La detención domiciliaria puede llevarse a cabo en el propio domicilio o residencia del inculpado o de otras personas, pudiendo ser de asistencia médica o de cuidado, pública o privada.

d. 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 inculpado sujeto a esta medida puede estar o no bajo la custodia de otra persona. 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.

e. 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) y así mismo el apercibimiento de revocación de la medida en caso de incumplimiento.

4. Consideraciones Finales

La protección de los derechos fundamentales (por ejemplo, el de la libertad ambulatoria) garantizados por la Constitución y las normas internacionales, predomina sobre las restricciones. Estas deben ser las mínimas.

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, decretada la detención en los casos absolutamente indispensables, la investigación debe durar el tiempo estrictamente necesario. Poco importa que tenga naturaleza preventiva y practicada autónomamente por la policía o haya sido dispuesta por el Juez dentro de un procedimiento regular.

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

(p. 77) 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 tanto que la detención se convierta en la primera medida practicada en la investigación policial, cuando debería ser la última, como que la confesión del detenido sea el objetivo perseguido principalmente.

La intervención de la autoridad jurisdiccional es de suma importancia tratándose de la adopción de medidas cautelares como la detención. A ella corresponde dictarla, salvo las excepciones previstas constitucionalmente, e igualmente, hacerla cesar.

Sobre este aspecto, el Ministerio Público tiene una función también importante. El M.P. 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 (sin mandato judicial), cuando considera 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 incursa en lo estipulado por el artículo 132". (art. 108 del código procesal).

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

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