

LOS PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL EN EL SUPUESTO DE NO FLAGRANCIA DELICTIVA

*Abog. Robert Chávez Hurtado
Ex Alumno del CEJA
Director Distrital de la Defensa Pública
De la Sede Cusco – Ministerio de Justicia.*

La detención provisional o detención preliminar, o también llamada *detención imputativa*¹ es una de las instituciones jurídico-procesales que más cambios ha sufrido y viene sufriendo en nuestro ordenamiento jurídico en materia procesal penal. Si bien es una medida claramente controvertida para la doctrina, considerada como un mal menor, resulta siendo necesaria en determinadas ocasiones, aún cuando esta medida implique la afectación de derechos del imputado.

Esta figura tiene como antecedente más cercano a la Ley N° 27379 - Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares; y la Ley N° 27934 – Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación Preliminar del Delito; esta última, según lo expresado por Arsenio Oré Guardia, *“...considera que esta ley que dispone la detención sin flagrancia, resulta siendo disfuncional con el esquema garantista de la coerción ya que se convierte en una herramienta de represión de corte autoritario que exige los mismos requisitos para la imposición de la detención preventiva o comparecencia, aún cuando no medie flagrancia y durante la etapa de la investigación preliminar...”*²

Recientemente nuestro Código Procesal Penal ha recogido esta figura procesal en su Libro Segundo, Sección III “Las Medidas de Coerción Procesal”, Título II “La Detención”, en su artículo 261, como Detención Preliminar Judicial; la que en su contenido, recoge los supuestos materiales para su procedencia, y que seguidamente desarrollaremos, no sin antes mencionar que este requerimiento únicamente corresponde solicitarlo al Fiscal ante el Juez de la Investigación Preparatoria, quién sin trámite alguno -entiéndase sin audiencia previa- atenderá el pedido.

Entre los supuestos materiales contenidos en el artículo 261 del Código Procesal Penal³, será materia de comentario, únicamente, el numeral a) del inciso 1 del artículo 261, en

¹ Cfr. MORENO CATENA, citado por SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Volumen II. Editora Jurídica GRIJLEY. 2da Edición. 2006. Pag. 1099.

² ORE GUARDIA, Arsenio, y LOZA AVALOS, Giulliana, En: Material de Lectura de la Academia de la Magistratura Programa de Capacitación para el Ascenso, Lima, Setiembre 2010, pág. 62.

³ Artículo 261 Detención Preliminar Judicial.-

los casos que no se presente un supuesto de flagrancia delictiva y antes de formalizarse la investigación preliminar, el que considera entre uno de sus presupuestos para la disposición de dicha medida, que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito, sin embargo, hay que precisar que en este presupuesto no se exige como en el caso de la Prisión Preventiva⁴ fundados y graves elementos de convicción, hasta me atrevería decir, que exista cierta “certeza” respecto de los hechos materia de investigación y que además estos vinculen al imputado con el hecho ilícito; quizá por ello con buen criterio Banacloche Palao, Julio denomina a la detención preliminar judicial como *medidas precautelares*⁵.

En esa línea, se entiende que lo preceptuado en el primero de los presupuestos para la procedencia de la detención preliminar judicial, cual es, que exista “razones plausibles”⁶ para considerar que una persona ha cometido un ilícito penal, en una primera interpretación, refiere que existan razones atendibles para disponer la detención preliminar judicial, o como algunos plantean que por razones de plausibilidad, debemos entender dicho término como “*fundadas en sospechas de que determinada persona ha cometido un hecho ilícito*”, extremo, que correlacionado el

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.

c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

2. En los supuestos anteriores, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento.

3. La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecutará de inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias podrá ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos estos casos la comunicación deberá contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado en el numeral dos.

4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitoriados.

⁴ Artículo 268 Presupuestos materiales.-

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

⁵ Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. En Derecho Proceso Penal, Lima, Volumen II, Editorial GRIJLEY, Segunda Edición 2003, pág. 1099.

⁶ Casación N° 1-2007/Huaura. Fj quinto, “razones plausibles son sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito”.

término utilizado, ya fuera materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, al señalar que: “(...) *carece de legitimidad la detención por mera sospecha policial (...)*”⁷; sin embargo creemos con este pequeño comentario, que éste presupuesto, además de lo ya mencionado, está quizá más enfocado a las razones por las que se debe disponer dicha medida, como son razones fundadas en la urgencia de la actuación de determinada diligencia; este punto ha generado discusión entre los operadores judiciales, en vista que según los requerimiento, al menos los hasta ahora revisados, que en su mayoría son atendibles, basados en la necesidad de realizar una determinada diligencia, situación controversial, dado que no se puede restringir la libertad de una persona, cuando esta obedezca a situaciones no contenidas ni analizadas en el presupuesto antes mencionado, además si se tiene en cuenta que existen otros mecanismos procesales de coerción⁸ para hacer comparecer a una persona implicada en una investigación.

Como otras medidas de coerción personal, estas van acompañados conjuntamente de otros presupuestos, como la pena privativa de libertad superior a 4 años y que además, exista o pueda desprenderse cierta posibilidad de fuga; presupuesto que son a su vez concurrentes para disponer dicha medida, por ello es necesario para el presente comentario, solo convendría comentar el último presupuesto, el que al parecer sería el elemento fuerte para disponer dicha medida, toda vez que en realidad viene a constituir el elemento central y que es materia de análisis dado que la finalidad concreta que tiene toda medida cautelar en el proceso penal es garantizar la presencia del imputado en el proceso⁹.

Sin embargo, creemos que este presupuesto justamente colisiona con el objetivo antes mencionado, que quizá antes de que la finalidad sea la captura del imputado para así lograr que este eluda la acción de justicia, sería el de lograr la presencia del imputado para que se practiquen diligencias urgentes e inaplazables, siempre que esta sea estrictamente necesario¹⁰; en ambos casos creemos y coincidimos que quizá sean las dos finalidades fundamentales por las que deba disponerse la detención preliminar judicial, no sin antes, dejar a salvo la posición de que el Fiscal, si el objetivo fuera lograr la concurrencia del imputado para asistir a las diligencias programadas durante la investigación preliminar, podría disponer, en atribuciones a sus funciones coercitivas, la conducción compulsiva del imputado, conforme a lo dispuesto en los artículos 66¹¹ y 122¹² del Código Procesal Penal.

⁷ (Sentencia recaída en el Exp. N° 1324-2000-HC/TC. Caso Florencio Chávez Abarca).

⁸ Art. 66, Art. 122, numeral 2 literal b).

⁹ Criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídos en los Exp. N° 2342-2005-PHC/TC (Caso Rosa María Contreras) y Exp. N° 0298-2003-HC/TC (Caso Thayron Loza Munárriz).

¹⁰ Criterio establecido por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH, Asunto Suárez Rosero, párr. 77, 12.11.1997)

¹¹ Artículo 66 Poder coercitivo.-

En cuanto a la secuencia del trámite que debe seguir la disposición judicial de detención preliminar judicial, también tiene una particularidad que merece ser comentado líneas abajo, como es el caso de la convalidación de la medida de detención preliminar judicial, la que se da por un plazo de 7 días, adicional a las 24 horas que de por sí ya implica la disposición de detención preliminar judicial, entre otras que detallamos a continuación.

Esta medida de detención preliminar judicial se dispone a requerimiento del Fiscal, sin trámite alguno, teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél¹³, el Juez dictará el mandato de detención preliminar judicial.

La orden de detención será puesta en conocimiento de la Policía, ya sea por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido, cuya vigencia de esta disposición es de 6 meses, cuando se trata de delitos comunes (no comprendidos los de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas) ha cuyo vencimiento caducara automáticamente, salvo que fueran renovadas. Respecto de las requisitorias para los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta hacerse efectiva la detención.

Este ítem merece un comentario especial por el innovador procedimiento de notificación de la medida y por la inmediatez que implica dicha orden, al punto de comunicarse vía telefónica, lógico esta, que tendríamos que pensar en los mecanismos de verificación de la disposición de dicha orden; y por otro lado el tema de la vigencia de dichas medidas, que por cierto ha generado ciertos problemas en aquellos casos por los delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas, los que por cierto no caducan en el tiempo, y que en algunos casos pese haberse efectivizado no se ha dispuesto se levante dicha medida, manteniéndose con el tiempo, ocasionando en algunos casos la vulneración de derechos.

Producida la detención preliminar, la policía comunicará al Ministerio Público la medida, quien pondrá al imputado inmediatamente a disposición del Juez del

1. En caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional.

2. Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.

¹² Artículo 122 Actos del Ministerio Público.-

2. Las Disposiciones se dictan para decidir:

(...)

a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.

(...)

¹³ Situación ampliamente cuestionada, porque aún se usa el soporte papel, quiere decir que el Juez le pedirá la carpeta fiscal, a efectos de evaluar los actuados como diligencias urgentes inaplazables hasta antes de la atender la solicitud de requerimiento de detención preliminar judicial. (comentario personal).

Investigación Preparatoria, conforme así también lo dispone la normativa del Código Procesal Penal de Chile en su inc.1 del art. 131 del CPP de Chile.

El Juez de Investigación Preparatoria, tratándose de que la medida de detención preliminar judicial (se haya dispuesto como consecuencia de la no flagrancia, inc. a, Art. 261 o de luego de ser sorprendido en flagrancia evite su detención inc. b, Art. 261) dispondrá que se examine al imputado con la asistencia de su abogado Defensor o el de oficio, para luego ponerlo a disposición del Fiscal, quien lo ingresará en el centro de detención policial o transitoria que corresponda. Situación que por cierto, ha generado un problema en vista que el ministerio público no contaba con un ambiente que haga sus veces de carceleta o prisión preventiva, en tanto y en cuanto pueda realizar su diligencia razón por la cual quizá solicito la detención preliminar judicial, de ser en caso como se expuso líneas arriba, ante ello la práctica ha visto por conveniente en algunos casos retenerlo en la carceleta del poder judicial, el cual si esta implementado con un ambiente de reclusión temporal y con la seguridad a cargo de la Policía Judicial. Actualmente el Ministerio Público cuenta con un ambiente de custodia temporal del investigado con mandato de detención preliminar judicial, pero que sin embargo aún adolece de seguridad policial, hasta donde se tiene conocimiento únicamente es custodiado por personal de seguridad del local, pero no con responsabilidad para dicha especialidad, punto que creemos se debe mejorar.

Es importante destacar, el plazo de duración de la detención preliminar judicial¹⁴, a cuyo término el fiscal decidirá si ordena la libertad o comunica al Juez la Formalización de la Investigación Preparatoria y solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa, situación que se resolverá dentro de las 48 horas, con la salvedad de que en delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, el plazo de detención es de 15 días.

En estos casos el Juez de Investigación Preparatoria debe constituirse al lugar, ver el avance de las investigaciones y el estado de salud de advertir alguna situación irregular pondrá en conocimiento del Fiscal del caso y del Superior. El fiscal dictará las medidas de corrección con conocimiento del Juez que intervino.

Un aspecto, que vale la pena comentar, es que además de la medida de detención preliminar judicial ya dispuesta, se pueden atender otras medidas gravosas adicionales¹⁵ tales como: la incomunicación del detenido en los delitos de terrorismo, espionaje y TID, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, el Fiscal podrá solicitar siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos, y por un plazo no mayor de 10 días. Al respecto el Juez, ante dicho pedido, deberá pronunciarse sin trámite alguno. (Esta medida no limita en ningún sentido la entrevista privada con su abogado).

¹⁴ Art. 264 del CPP

¹⁵ Art. 265 del CPP

Otra de las cuestiones controversiales, y muy comentada es la convalidación de la detención¹⁶, el cual vencido el plazo de detención preliminar de 24 horas; si el Juez a solicitud del Fiscal, considera que subsisten las razones que determinaron su detención lo pondrá a disposición del Juez requiriendo el auto de convalidación; la cual, de darse el caso, tendrá un plazo de duración de siete (7 días) naturales, a cuyo vencimiento se pone a disposición del Juez de Investigación Preparatoria, para determinar si dicta el mandato de prisión preventiva u otra medida.

Dicha convalidación, se solicita al Juez de la Investigación Preparatoria, quién lo resuelve en audiencia, teniendo en cuenta las actuaciones del fiscal a la vista, la que resolverá en el mismo acto mediante resolución motivada.

Esta convalidación, por algunos juristas ha generado controversia, la cual también ha sido materia de consulta durante el evento académico con motivo de los 10 años de vigencia del nuevo Código Procesal Penal de Chile, al cual fuimos invitados, en el sentido de que si la Constitución Política del Perú, establece que el tiempo máximo de detención es de 24 horas en los casos de flagrante delito o por mandato judicial, como en el caso de la detención preliminar judicial, en el que el Juez en atención a lo solicitado por el Fiscal este puede prolongar la detención hasta por 7 días más, situación que a criterio personal, atenta con lo establecido en la Constitución Política del Perú, al establecer un plazo adicional al plazo máximo de 24 horas, situación que se remonta mucho antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal con la vigencia de la Ley N° 27934, norma que hasta ahora no fuera cuestionada en su inconstitucionalidad, sólo únicamente en los extremos de la razonabilidad y proporcionalidad del plazo ampliatorio.

En esta secuencia del procedimiento, se tiene la apelación¹⁷, ante el auto, que dispone (La Detención Preliminar Judicial, la incomunicación y la convalidación de la detención son impugnables en el plazo de (1 día). La apelación no suspende la ejecución del acto impugnado, la que se tramita ante la Sala de Apelaciones, previa vista de la causa resolverá dentro de las 48 horas de recibido los autos, algo discutible, dado que la apelación no precede cuando se dispone la medida sino únicamente contra la resolución de convalidación de la medida o incomunicación del investigado.

Esta figura tiene matices particulares en el caso de la regulación del Código Procesal Penal de Chile, dado que el Ministerio Público cuenta con herramientas procesales, medidas cautelares cuando se trata de citar al imputado¹⁸, que hacen posible lograr la presencia del imputado, como es el caso de citación compulsiva, regulado en el

¹⁶ Art. 266 del CPP

¹⁷ Art. 267 del CPP

¹⁸ CHAHUAN SARRAS, Sabas, Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Chile, Editorial LexisNexis Chile, Segunda Edición, Noviembre 2002, pág. 222.

artículo 23¹⁹, el cual a diferencia de la normativa procesal penal, en el extremo de la citación que hace el Ministerio Público, su disposición va hacer únicamente por mandato judicial, así como en el caso de la citación que hace el Tribunal cuando fuera necesario la presencia del imputado, regulado en el artículo 33²⁰ del Código Procesal Penal de Chile.

Regulación que creemos, esta revestida de garantías procesales propias de un sistema acusatorio, al cual pretendemos, al menos de manera particular, que exista la posibilidad de replantear este extremo en el Código Procesal Penal del Perú y orientar dicho enfoque a un sistema acusatorio.

En espera de que este pequeño análisis contribuya, como opinión muy particular, al que hacer por el que nuestra normativa procesal penal mejore.

Culmino, no sin antes agradecer al Dr. Cristián Riego Ramírez, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, al Dr. Juan Enrique Vargas V. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales – Chile y todos aquellos que han hecho posible este evento académico y por permitirme humildemente haber vertido alguna opinión quizá en algún punto atrevida pero propia del ímpetu como operador jurídico en esta reforma.

¹⁹ Art. 23. Citación del ministerio público. Cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia. Con todo, el fiscal no podrá recabar directamente la comparecencia personal de las personas o autoridades a que se refiere el artículo 300. Si la declaración de dichas personas o autoridades fuere necesaria, procederá siempre previa autorización del juez de garantía y conforme lo establece el artículo 301.

²⁰ Art. 33. Citaciones judiciales. Cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia.

Se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.

El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales.

Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 287.