

LA DETENCIÓN

Dr. Jorge Zavala Baquerizo

La Constitución Política de la República (CPR) establece una serie de mandatos que tienen por finalidad garantizar los principales derechos en el hombre y del hombre. Entre los derechos garantizados constitucionalmente se encuentran la libertad personal y la inocencia, los cuales se sabe, tienen fuerte incidencia en el proceso penal.

La Libertad desde el punto de vista filosófico consiste en la autode-terminación del hombre para poder organizar su vida de acuerdo a su personalidad. Desde el punto de vista jurídico es un bien, esto es, un valor que permite satisfacer las necesidades individuales y sociales para el natural desarrollo de la persona durante su vida de acuerdo con las normas jurídicas imperantes. “La Libertad, ha dicho Mostequeiu¹, es el derecho de hacer lo que las leyes permitan”.

Dentro del sistema jurídico de la República la norma general es la libertad individual de las personas, como lo establece el No. 4 del art. 23 de la CPR. En consecuencia, la privación de la libertad personal constituye una excepción y ésta, como tal excepción, debe estar expresamente prevista y regulada por la Ley, como en efecto, lo está.

La inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa. El hombre nace inocente y se incorpora al medio familiar y social como una persona sin culpa, esto es, independiente de la culpa o de la culpabilidad de sus antecesores. La inocencia es general, la culpa es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable. Dentro de la situación jurídica de inocencia general surge la situación jurídica de culpabilidad en razón de una conducta concretamente establecida y probada. De esa manera se explica el mandato constitucional por el cual proclama la inocencia de toda persona hasta que no se haya declarado su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada, como lo dispone el No. 7 del art. 14, CPR.

Toda persona desde que nace es libre e inocente. La libertad y la inocencia son bienes naturales que están ínsitos en la persona, los cuales, al igual que la vida, el honor y la integridad física, son bienes que generan los respectivos derechos que el Estado, al reconocerlos expresamente, se obliga a garantizarlos, como en efecto los garantiza.

La privación de la libertad con fines de investigación es un rezago del sistema inquisitivo y una verdadera afrenta al bien jurídico de la libertad. Si la prisión provisional es una institución que se encuentra cuestionada por la doctrina contemporánea por lo que ella tiene de negativa y lo poco

¹ Carlos de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes. Tomo I.

que tiene de positiva, con mayor razón debe ser expulsada de las leyes procesales la detención que carece de fundamento para estar enraizada en las legislaciones actuales de algunos países como el nuestro. Parece que nuestros legisladores y no pocos abogados y dile-tantes del Derecho penal creen ciegamente en la necesidad de la detención como uno de los medios de “combatir la delincuencia”.

Los autores se inclinan por mantener la institución por lo cual no le hacen mayores observaciones. Así, Clariá Olmedo² dice que “por detención en sentido procesal y amplio debe entenderse el acto de privar a una persona transitoriamente de su libertad por estimársela sospechosa de haber participado en un hecho delictuoso o por la exigencia de obtención de prueba, para ponerla o retenerla a disposición del instructor en la causa, y cumplida con o sin orden de éste según los casos”. Mas nos parece una definición del acto material de aprehender a una persona que un concepto sobre lo que debe entenderse por detención propiamente dicha. No nos adherimos a tal opinión. Pero en páginas posteriores el ilustre autor argentino expresa que “la detención en sentido procesal propio y estricto supone la orden de autoridad judicial cuando ésta no la cumple directamente y su procedencia requiere un fundamento serio de sospechabilidad delictual”. La noción anterior surge de los mandatos legales imperantes en Argentina en las diversas legislaciones de dicho Estado Federal.

Fenech³ define la detención como “un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional y que tiene por fin ponerla a disposición , mediata o inmediatamente, del Instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional”. Según el autor hispano la detención es la antesala de la prisión provisional y cuya finalidad es la de entregar al detenido al instructor para “los fines de éste”, cuando, como se sabe la detención tiene un fin en sí misma, cual es la de facilitar la investigación de un delito y conocer las personas que intervinieron en su comisión. No es satisfactoria la posición doctrinaria del autor citado por no contener en la definición transcrita los elementos estructurales de la misma.

Maier⁴, luego de hacer presente que si bien las Constituciones establecen que ninguna persona durante el desarrollo del proceso penal debe ser tratado como culpable hasta que la sentencia condenatoria no se encuentre firme, reconoce que tal afirmación no ha podido cumplirse en la realidad porque se ha necesitado hacer uso de la coerción estatal durante el procedimiento dentro del cual se hace uso de la predicha coerción “para lograr determinados fines: ejemplo de ello son la prisión preventiva o privación de la libertad personal, el embargo, el allanamiento domiciliario, etc..” y termina afirmando de manera concluyente que “de todos modos, resulta

² Jorge Clariá Olmedo. Tratado de Derecho Procesal Penal. V.

³ Miguel Fenech. Derecho Procesal Penal. Volumen Segundo.

⁴ Julio B. Maier. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos.

evidente que, si, además de la facultad de aplicar penas, se entiende que los jueces naturales son los autorizados a emitir la orden escrita de arresto, permitida por la Constitución, durante el procedimiento penal, ello significa que es posible y legítima la coerción, aún antes de la sentencia firme de condena". Nadie discute la legitimidad de las medidas cautelares ni la característica de legalidad que la informan, sino sobre la dicotomía entre la libertad del inocente, por un lado, y la privación de la libertad de quien aún no ha sido declarado culpable, por otro .

Ferrajoli⁵ se pronuncia contra la detención en cuanto limitación de la libertad personal antes del proceso, diciendo: "La misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fue el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en no poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sobre la base de un juicio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso..." En efecto, cuando la orden de detención surge a pedido del fiscal a base de la sola indagación previa y con fines de investigación, se quebranta el principio de judicialidad por el cual los derechos del hombre garantizados constitucionalmente no pueden ser limitados sino en razón de un proceso penal en donde consten los motivos que hacen procedente tal limitación. No basta que la orden de detención la dicte un juez; para que sea constitucional es necesario que se fundamente en un proceso penal. La judicialidad no radica sólo en que la orden de detención tenga su fuente en el juez, sino también que la judicialidad surja legalmente y con motivo de un proceso penal.

Entendemos por detención el acto cautelar de carácter personal, esencialmente extra-procesal, por el cual el titular del órgano jurisdiccional penal priva provisionalmente de su libertad a una persona de quien se sospecha ha intervenido, como sujeto activo, en la comisión de un delito de instancia oficial, a fin de proceder a la investigación de la forma como se cometió el delito y el grado de intervención de la persona detenida. Explicaremos el concepto anterior.

Es una medida cautelar porque tiende a evitar el riesgo de que la persona a quien se detiene obstaculice el conocimiento de la verdad sobre la comisión de un delito y su intervención en el mismo al no colaborar con su presencia en la labor investigativa.

Es básicamente extra-procesal porque no surge dentro de un proceso penal y con motivo de un proceso penal. El auto de detención se origina antes del proceso penal. El cumplimiento positivo de la finalidad de la detención es lo que permite la iniciación de dicho proceso.

Si bien la detención es un acto extra-procesal no se admite que cualquier persona, cualquier autoridad o cualquier agente de la autoridad está en capacidad jurídica para privar de la libertad

⁵ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón.

personal a un habitante del país. Tal interpretación es errada pues contraría el principio constitucional por el cual se garantiza el derecho de toda persona para conservar su libertad, de la cual no puede ser privada sino “en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley” formalidades que deben ser cumplidas por los funcionarios que puedan ordenar dicha privación. Sólo los funcionarios expresamente previstos en la ley pueden ordenar la detención y estos funcionarios no son otros que los jueces penales, sin que tal intervención le conceda la característica de judicialidad a la detención, por las razones expuestas anteriormente.

El motivo que puede dar lugar al auto de detención es la sospecha de que una persona ha intervenido activamente en la comisión de un delito. La sospecha no es una presunción. La sospecha es un estado mental al que se llega a base de elementos dispersos, inciertos, algunas veces equívocos, aparentes. La sospecha no tiene premisas ciertas. No se trata de indicios, pues éstos dan lugar a la presunción; se trata de incoherentes apreciaciones o interpretaciones de ciertas circunstancias fácticas que pueden hacer creer que una persona está relacionada con la comisión de una infracción penal.

La finalidad de la detención es investigar la comisión de un delito de instancia oficial en el cual el fiscal sospecha que una persona ha intervenido de manera activa. Su única finalidad es conocer todo lo relacionado con el delito y las personas que lo ejecutaron. La detención debe ser ordenada por el juez pero a petición motivada del fiscal, quien es el que debe proceder a efectuar la investigación del detenido, respetando todas las garantías que exige la CPR.

La detención es provisional, es decir, que tiene un plazo fatal para darla por concluida y que ningún juez puede sobrepasar, pues si lo hace comete el delito de prisión arbitraria e ilegal. El plazo límite para la finalización de la detención es el de veinticuatro horas, vencidas las cuales se enerva la detención y el detenido debe ser puesto en inmediata libertad, salvo el caso que, de resultado de la investigación se hubieran obtenido los fundamentos necesarios para la iniciación del proceso penal y hubieran surgido los presupuestos de procedibilidad del auto de prisión provisional.

En páginas posteriores nos haremos cargo de los argumentos que demuestran la ineficacia de la detención tal cual actualmente está concebida en nuestra legislación. Por el momento entraremos al estudio de la estructura de esta medida cautelar de acuerdo a lo expuesto en el Art. 164 del Código de Procedimiento Penal.

De la lectura del primer inciso del citado artículo se establece, ante todo, que quien está autorizado a ordenar la detención es el juez penal competente, pero siempre que sea pedido del fiscal. De la misma manera se concluye que la detención sólo tiene por finalidad la de investigar “un delito de acción pública”. Además, para que el juez ordene la detención deben existir “presunciones de responsabilidad”.

Siendo la detención un acto cautelar limitativo de la libertad individual no puede tener otro origen que el judicial, esto es, sólo debe ser dictado por el titular del órgano jurisdiccional penal. Cuando el artículo de nuestro comentario se refiere al “juez competente” quedan incluidos dentro de esta frase todos los titulares del órgano jurisdiccional penal, esto es, desde el juez de lo penal hasta el presidente de la Corte Suprema de Justicia. En ese aspecto no se hace observación alguna. Pero lo que sí importa es que siendo una institución extraprocesal que limita la libertad de una persona inocente y que provoca graves consecuencias de carácter individual, familiar y social, no puede ser usada con el fin de investigación. Para investigar un delito no es necesario detener a una persona. Es suficiente que se la cite a la fiscalía correspondiente para que se hagan las investigaciones respectivas sin necesidad de mantener detenida a la persona a la que se investiga.

Es también motivo de censura que se diga en la ley que como antecedente de la detención deben existir “presunciones de responsabilidad”. Las presunciones, lo hemos dicho, no existen en el proceso, ni en el mundo de los fenómenos. La presunción es un juicio lógico que hace el juez a base de elementos fácticos, que se dan en la realidad y que se conocen procesalmente con el nombre de indicios. El indicio es el que existe en el proceso de manera tangible y la suma de indicios es lo que le permite a una persona presumir. Pero la presunción encierra un contenido de verdad superior al de la mera sospecha. La detención no se funda en indicios, la detención se funda en sospechas, eso es, en el conocimiento de ciertos datos, no precisos, que hacen pensar de manera provisional que se ha cometido un acto o que una persona está relacionada con ese acto. La sospecha es el antecedente de la detención; la presunción es el antecedente de la prisión provisional.

Consecuente con lo dicho es de toda manera inaceptable que se afirme que la detención se fundamenta en “presunciones de responsabilidad”, pues, la presunción de no inocencia –no de responsabilidad- opera con presupuesto objetivo necesario de la prisión preventiva, por lo que es temerario afirmar que la detención existe en tanto presunción de responsabilidad pues si fuera así significaría que la detención sería inútil, innecesaria, porque, de acuerdo con las investigaciones realizadas se presume que se ha cometido un delito de instancia oficial y que el “detenido” ha intervenido como agente de tal delito por lo que procede es la prisión provisional y no la detención.

La investigación tiene como base una sospecha y con la detención del sospechoso se pretende obtener el conocimiento de ciertas circunstancias objetivas, anteriores, concomitantes o posteriores al delito, que permitan llevar al futuro proceso los medios de prueba necesarios para el cumplimiento de la finalidad procesal. Por lo tanto, la detención tiene bases deleznable, imprecisas, inseguras, por lo que su finalidad, esto es, la investigación pretende transformar esas débiles bases en pilares que con firmeza sostenga la acusación fiscal. Carece de aval la afirmación del artículo que comentamos cuando expresa que la detención debe tener como antecedentes

“presunciones de responsabilidad”, cuando sólo existen sospechas inconsistentes por lo que se pretende, con la investigación, transformar esas sospechas en presunciones, fundamentadas en indicios reales y precisos, o en certeza, a base de medios de prueba.

De lo expuesto se infiere de manera precisa que la privación de la libertad que conlleva la detención constituye una grosera violación de la libertad individual y un desconocimiento abusivo de la situación jurídica de inocencia en que se encuentra toda persona en el país. Si la fiscalía necesita investigar es porque las sospechas que orientan la investigación hacia la actividad de una persona concreta no son suficientes como para imputarle de manera directa la comisión del delito que se investiga por lo que carece de sustento jurídico constitucional el que se enerve el derecho a la libertad por la sola sospecha de un fiscal, sospecha que, por lo general, carece de fundamento real.

Si la libertad es la regla general y la privación de la libertad es la excepción, es procedente que la segunda sea administrada con muchas restricciones, esto es, en forma tal que su aplicación perjudique lo menos posible a quien debe sufrirla. Siendo una excepción la detención debe ser de imposición subsidiaria, esto es, que solo en el caso que la persona a quien se cita con fines de investigación no comparezca, o se esconda de los agentes de la autoridad, o impida que estos cumplan su deber, entonces y solo entonces el juez debe ordenar la detención de esa persona. En este caso la detención se ordena por el desacato del sospechoso al no cumplir con la mencionada orden, por negarse a colaborar con los organismos estatales encargados de la investigación de las infracciones penales.

Opinamos que la sugerencia que antes hemos planteado cumpliría en mejor forma los fines de investigación que se le han endosado a la detención. En efecto, si, como explicaremos posteriormente, la detención es provisional, es decir, que tiene un plazo de vigencia muy corto (24 horas), vencido el cual el detenido debe ser puesto en libertad si la investigación no ha sido exitosa, es indiscutible que en tan corto tiempo no se logrará la eficacia en la investigación, por lo que, si sólo se cita, en lugar de detener a la persona que se investiga para que concurra a la fiscalía cuantas veces sea necesaria bajo la prevención que, de no hacerlo se ordenará su detención, la labor de investigación tendría mayor tiempo de acción y mayores probabilidades de éxito. Además se desvanecería el temor de las personas a las que se le cita de que serán detenidas a libre criterio del fiscal y del juez.

Carrara⁶ se pronuncia en contra de la detención al decir: “nada obsta para que el apereamiento de la acusación se le haga al reo sin arrestarlo, pede libero. Sin embargo, en los sistemas inquisitivos y mixtos prevalece la regla de que en los delitos graves, dicha intimación debe ir precedida o acompañada del arresto del reo, sometiéndolo a custodia preventiva, así se llama el

⁶ Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Volumen II. & 896.

encarcelamiento de un ciudadano por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de ser convicto y condenado". El ilustre tratadista citado escribió páginas brillantes en contra de la detención y de la prisión provisional por considerar que era una situación que, por su gravedad, su frecuencia y su abuso, debía ser administrada "aliviando en lo posible su dureza", enfrentando a aquellos pensadores " que, arrodillados ante los terribles altares de la crueldad y del miedo, pretenden apoderarse del derecho ilimitado de encarcelar a los sospechosos".

El mandato legal que estamos estudiando hace hincapié en que la finalidad de la detención es la investigación de un delito de instancia oficial por lo que se concluye que es una institución privativa de libertad de carácter extra-procesal, pues, si la instrucción fiscal, primera etapa del proceso penal solo se puede iniciar cuando el fiscal " considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación de un hecho delictivo". Queda claro que la detención que tiene fines de investigación, se ordena para establecer si es que la persona detenida, como sospechosa ha intervenido en el delito cuya comisión se investiga, esto es, cuando el fiscal aún no tiene "fundamentos suficientes" para imputarle una conducta delictiva.

Pero es importante destacar que la ley permite la detención de una persona que se sospecha a intervenido en la comisión de "un delito de acción pública" cualquiera que sea la pena con la cual se encuentre enlazado tal delito, a diferencia de la prisión provisional que solo procede en el caso que el delito que es objeto del proceso se enlace con una pena mayor de un año de prisión. Siendo la detención una medida cautelar de menor rango que la prisión provisional nos parece que no debería proceder en el caso que el delito que se investiga tenga previsto una pena que no supere el año de prisión correccional. Sin embargo la desproporción es notoria pese a que la gravedad del motivo en ambas medidas cautelares es diferente. En efecto, para que proceda la detención basta la sospecha de que una persona ha intervenido en la comisión de un delito de instancia oficial, en cambio, para que proceda la prisión provisional es necesario que existan presunciones de tal intervención.

Se debe tener presente que la detención sólo procede cuando se trata de la investigación de un delito de instancia oficial, esto es, que se excluye tácitamente la investigación pre-procesal de los delitos de instancia privada. Sobre este tema haremos ciertas reflexiones.

En el CPP de 1983 no se hacía diferencia en cuanto a la investigación de los delitos si estos eran de instancia oficial o de instancia privada, por lo que quedaba la duda si la detención con fines de investigación podía extenderse hasta los delitos últimamente mencionados. Opinamos que si la detención tiene una finalidad concreta, específica y única; investigar la forma como se cometió el delito y conocer si es que la persona a la que se pretende detener ha intervenido en la perpetración del mismo, entonces, debería ser procedente aun en los casos de delitos de instancia privada, pero sólo en el caso que dicha investigación la pida expresamente, mediante solicitud escrita, al fiscal el ofendido con el delito, o quien lo represente, con expresión de los motivos y los elementos de juicio que tiene sobre la comisión del delito. Se debe tener presente que al Estado lo

que le interesa es la sanción de todo acto que sea antijurídico penal. No hace distinción para la penalidad entre delitos de instancia oficial o de instancia privada. Esa distinción tiene naturaleza procesal. Cometido el delito de instancia oficial el proceso se puede iniciar aún de oficio por parte del fiscal; cometido el delito de instancia privada sólo lo puede iniciar el juez de lo penal cuando así lo pida expresamente el ofendido a través de su acusación privada. Por lo tanto, si el ofendido tiene interés en que se sancione al autor de un delito de instancia privada y desconoce la forma como se cometió el delito o la persona que intervino como agente del mismo, pero tiene sospechas de quien puede ser el posible culpable, debe permitírsele recurrir al fiscal para que proceda a la investigación respectiva sin que proceda la detención de la persona sospechosa.

Por otra parte queda también claramente expresado en el artículo que estamos comentando que la detención no procede cuando se trata de la comisión de una contravención, la cual no admite ni detención ni prisión provisional. La privación de la libertad de un contraventor surge en virtud del arresto ordenado por el juez de contravención a fin de proceder al inmediato juzgamiento. El arresto no tiene por finalidad encarcelar al contraventor, sino que tiene por finalidad presentarlo ante el juez competente para que inmediatamente comience el juzgamiento, por lo que, cuando el contraventor ingresa a la prisión, lo hace en calidad de condenado, pero jamás un contraventor debe sufrir la privación de su libertad antes de ser juzgado. Así debe ser legalmente...aunque no lo es en la realidad.

El juez de lo penal sólo puede ordenar la detención cuando el fiscal, en solicitud motivada, se lo pida expresamente. De allí surge el carácter de judicialidad de la detención. Pese a ser una institución extra-procesal, pues la iniciativa del fiscal puede ser rechazada por el juez competente cuando considere que no existen los motivos suficientes para resolver la petición fiscal de manera favorable a las pretensiones de éste.

La providencia del juez de lo penal debe ser dictada en forma de auto, en donde consten los motivos que lo fundamentan, pues la CPR así lo exige cuando, sin excepción alguna, dispone que "las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas". El CPC expresa que todas las providencias judiciales deben expresar "con claridad lo que se manda o resuelve", por lo que el juez de lo penal no puede resolver sobre la detención solicitada por el fiscal sino en un auto donde se exprese con claridad los motivos de la detención, motivos que no pueden ser otros que los que orienten la sospecha de la intervención de la persona a la que se pretende detener en el delito que la fiscalía está investigando.

Una vez que se dicte el auto de detención, el juez que lo dictó ordenará que se emita la boleta mediante la cual se hará efectivo el mencionado auto. La citada boleta es el medio constitucional por el cual se materializa la aprehensión de la persona a quien se debe detener, la misma que tiene derecho "al ser detenida" a ser informada de los motivos de su detención, el nombre y apellido del juez que la ordenó y los de los agentes que la hacen efectiva. Teóricamente la

detención ha dejado de ser una actividad abusiva y caprichosa de los agentes de la autoridad y se la ha ubicado en el campo procesal con todas las garantías constitucionales, que antes no existían.

La boleta de detención es un documento que debe ser exhibido a la persona detenida al momento de la aprehensión de ésta, a fin que se cumpla con el mandato constitucional a que últimamente nos referimos. La importancia de la exhibición de la boleta de detención no ha sido comentada en la forma que se merece, pese que, en nuestra opinión, del cumplimiento de la exhibición depende la reacción de la persona a la que se intima la detención. En efecto, la diferencia entre el acto de aprehender a una persona con autorización judicial y la de aprehender a una persona si tal autorización depende sólo de la boleta de detención judicialmente autorizada. Si el agente de la autoridad la exhibe ante la persona detenida, ésta tiene la obligación de acatarla, pues dicho agente no es el llamado a escuchar excusas, o protestas del detenido, sino de ponerlo a disposición del fiscal. Pero si los que detienen a una persona no exhiben la boleta judicial, el detenido tiene derecho a reaccionar ante la pretensión de ser aprehendida, pues no está al cabo de saber si es que se trata de una detención legal o de un plagio. Y la reacción puede ser de naturaleza violenta, esto es, defendiendo legítimamente un derecho garantizado por la CPR como es la libertad individual. El Código Penal (CP) establece como una de las causas de justificación la legítima defensa de la persona, la cual, como se sabe es sede de bienes jurídicos como la vida, la libertad, el honor, la salud y la inocencia, a cuyos bienes corresponde a la persona defender cuando de manera abusiva, arbitraria, se los pretende conculcar o limitar.

La boleta que contiene la orden de detención es un documento que tiene requisitos necesarios que la legitiman y que permite que los agentes de la autoridad hagan efectiva la privación de la libertad de la persona afectada. Tales requisitos, según el artículo 164, CPP, son:

1.- La boleta de detención es un documento literal por lo cual los motivos de la detención deben constar en la boleta, en forma sintética, es decir, dejando constancia del delito que se investiga. Es importante dejar establecido que la detención recae no sólo contra los supuestos autores y cómplices, sino aún contra la persona de la que se sospecha que intervino en el delito como encubridora, pues no se debe ignorar que la detención tiene por finalidad única la investigación y ésta abarca la conducta de todas las personas que posiblemente intervinieron en la comisión de la infracción que se investiga. Además, el artículo que comentamos en su inciso primero, expresa que la detención procede contra las personas de las cuales se sospecha que son “responsables” de la infracción que se investiga. Y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41, CP, son responsables penales los autores, los cómplices y los encubridores.

La detención del encubridor se justifica tomando en consideración la finalidad de la detención y esta finalidad se cumple con la detención de una persona que, si bien no intervino en la comisión del delito, conoce más o menos de manera directa, la forma como se cometió la infracción,

quienes la cometieron, cuales los medios utilizados, datos todos ellos importantes para la investigación respectiva.

2.- El lugar y fecha en que se la emite. El lugar es el de la sede del juzgado de lo penal cuyo titular ha dictado el auto de detención, cuya expresión objetiva está dada por la boleta de detención. La fecha de emisión de la misma corresponde al momento en que la suscribe el juez que la emitió, fecha que puede ser la misma del auto que la origina, o posterior a éste, pero nunca anterior.

3.- La firma del juez competente, es decir, la boleta debe ser suscrita por el mismo juez que dictó el auto de detención, salvo el caso de subrogación o cualquier impedimento inesperado.

Los anteriores son los requisitos formales de la boleta de detención, pero la Ley ignoró el requisito fundamental, esto es, que la mencionada boleta debe contener el nombre y apellido de la persona contra quien se ha dictado el auto de detención. Aquella viciosa costumbre que tenían los Intendentes, Subintendentes, comisarios de policía y Tenientes Políticos de emitir boletas de detención sin nombre y apellido de la persona contra quien debía hacerse efectiva diciendo únicamente que iba dirigida a la persona “que indique” el encargado de hacerla efectiva, ha sido superada. La CPR exige que la persona a quien se pretende privar de la libertad conozca el contenido de la boleta y no puede hacerse efectiva si en dicha boleta no se ha hecho constar de manera clara y precisa el nombre y el apellido contra quien ha sido emitida. Es necesario tener presente que la sospecha que obra debe ser contra una persona claramente identificada, por lo que el fiscal al solicitar la detención tiene que indicarle al juez quien es la persona a la que se pretende detener. El Juez, a su vez, no puede dictar el auto de detención sino contra una persona plenamente identificada. En contra de nuestra anterior opinión se encuentra la del distinguido profesor Dr. Blum Manzo⁷ quien al comentar el art. 164 dice: “A la primera lectura se podría asegurar que entre los requisitos de la boleta faltan los nombres y apellidos de quien se va a detener, lo que consideramos que está sobreentendido desde el momento que la medida se la ordena, como lo dice el art. 164, contra una persona, la que se la individualiza por sus nombres y apellidos”. Y precisamente esto último es lo que debió decir la ley, esto es, que no sólo se dicta el auto de detención contra una “persona” en general, sino contra una persona concreta, plenamente identificada, pues de lo contrario se podría aprehender a una persona, cuyo nombre y apellidos no constan en la boleta y la persona aprehendida tendría derecho a reaccionar contra el atropello que se pretende cometer.

En consecuencia, la boleta debe contener el nombre y apellido de la persona que debe ser detenida, nombre y apellido que no pueden ser diferentes a los que constan en el petitorio fiscal y el auto judicial de detención. La orden de detención sólo debe ser acatada por la persona contra quien se la ha emitido, pero no tiene tal obligación aquella persona a la cual no se la menciona en

⁷ Maximiliano Blum Manzo. Nuevo Código de Procedimiento Penal. Apuntes Jurídicos.

la indicada boleta. De lo que se concluye que toda boleta de detención, para que puede ser obedecida por el ciudadano afectado, debe ser nominal; si no lo es, procede el rechazo y la oposición de hecho de quien se pretende privar de su libertad de manera arbitraria, al capricho del agente que pretende hacer efectiva dicha privación, sin que dicha oposición constituya rebelión, pues las personas a quienes se pretende conculcar sus derechos están jurídicamente autorizadas para defenderlos. Los jueces penales no pueden emitir boletas de detención “en blanco”, sino que deben hacer constar de manera precisa la identificación de quien debe ser detenido, quien tiene derecho a que el agente de la autoridad que lo detiene exhiba la boletad de detención en donde debe constar el nombre de la persona que se pretende detener. Así lo ordena y garantiza la CPR.

Finaliza el artículo 164 diciendo que la boleta de detención debe ser entregada por el juez de lo penal a un agente de la Policía Judicial para que la haga efectiva. Sabemos que Policía Judicial y Policía Nacional es lo mismo, ya que aquella es sólo una sección de ésta, por lo que la mencionada boleta la pueden hacer efectiva, y de hecho lo hacen, tanto uno que otro miembro de la mencionada Policía Nacional. Pero queda claro que los policías no pueden ordenar prisiones de persona alguna, ni detenciones, ni prisiones provisionales, salvo los casos excepcionales surgidos por la comisión de delitos flagrantes o en los casos previstos en el art. 163, y en los numerales 2 y 3 del art. 194, todos del CPP.

Siendo la incomunicación de la persona que está privada de su libertad una especie de tormento, se encuentra constitucionalmente prohibida. La incomunicación estuvo legalmente permitida hasta el CPP de 1983, con ciertas limitaciones. Hoy no se la admite legalmente en ningún caso, aunque se la vive extralegalmente auspiciada, inclusive por los fiscales y cumplida por la Policía Judicial .

En lo que se refiere al límite temporal de la detención, el art. 165, CPP, dispone que la detención no puede exceder de veinticuatro horas haya o no terminado la investigación para cuyo fin fue detenida la persona que la sufre. Se trata de un plazo fatal, vencido el cual el juez de lo penal que ordenó su detención debe también ordenar su libertad, si es que del informe que presenta el fiscal en donde conste el resultado de la investigación, no se desprenden indicios suficientes que relacionen al detenido con el delito sobre el cual se lo investigó, en cuyo caso el fiscal deberá iniciar la instrucción fiscal y, si lo cree procedente, solicitar al juez que dicte el auto de prisión provisional. Es un aforismo comúnmente mencionado que en Derecho las cosas se deshacen como se hacen, aforismo que se aplica fielmente en el caso de la detención. En efecto, si para la procedencia del auto de detención es necesario el pedido motivado del fiscal y si la finalidad de la detención es la investigación de un delito, cuando el resultado de la inquisición fiscal no arroja mérito alguno contra la persona detenida el fiscal está obligado, acompañando el informe de la investigación, a solicitar la libertad del apresado. Así como el fiscal no tiene capacidad jurídica

para ordenar la detención tampoco la tiene para ordenar la libertad del detenido, pues éste se encuentra bajo las órdenes del juez y nadie más que el juez puede revocar la detención.

Debemos destacar que, en relación con la persona detenida, la investigación no puede durar más de veinticuatro horas y, por ende, sea que la investigación haya concluido o no, el detenido debe recobrar su libertad al finalizar el plazo antes mencionado. Se destaca de esta manera que la detención, tal cual está actualmente estructurada, es ineficaz. En cambio, si con fines de investigación, en lugar de detenerla, se cita a la persona sospechosa tantas veces cuantas sean necesarias, tal como lo hemos sugerido en páginas anteriores, la finalidad de la investigación se vería favorecida sin el apremio fatal de tan corto tiempo que la ley permite la detención con fines de investigación.

En el caso de que de los resultados de la labor inquisitiva del fiscal se hubieran obtenido los fundamentos que permiten presumir que la persona detenida intervino como sujeto activo en el delito respectivo, dicho funcionario administrativo deberá iniciar, mediante "resolución", el proceso penal dentro del cual, en solicitud expresa y motivada, podrá solicitar al juez penal que dicte el auto de prisión provisional que reemplace a la detención. El artículo que estamos comentando expresa que a base del éxito de la investigación el fiscal debe dictar "auto de instrucción fiscal". Tal auto no tiene base jurídica porque no es procesalmente procedente. El auto es una providencia judicial y el fiscal no es un funcionario judicial, sino un empleado del Ministerio Público que es un organismo independiente de la función Judicial. El CPC, dice que el "auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio", esto es, se trata de una providencia eminentemente judicial. Los fiscales sólo pueden dictar "resoluciones", tal como lo indica el art. 217, CPC, el cual dispone que el proceso penal se puede iniciar a base de una simple resolución del fiscal, pese a que debe ser el juez penal el que dicte el "auto" que inicia el proceso porque en él se constituye en una situación jurídica especial, como es la de imputado, a una persona que antes estaba libre de sometimiento a un proceso penal y que, por el mencionado auto se le atribuye de manera provisional la comisión de un delito. No existe jurídicamente el "auto de instrucción fiscal" al que se refiere el artículo que estamos comentando, sino resolución de iniciación de tal instrucción.

Pero debe quedar claramente explicado que en caso de que la investigación hubiera sido positiva, este es que se hubieran establecido los fundamentos que permitan iniciar el proceso penal, éste se podrá iniciar por parte del fiscal, pero no podrá incluir en la resolución por la que inicia la instrucción fiscal, el mandato de prisión provisional, pues lo único que puede hacer es solicitar motivadamente al juez penal que dicte el auto de prisión provisional, cuya procedencia queda a criterio del juez penal, tal como lo estudiaremos en su oportunidad.

Hemos dicho que la detención no puede ser ni en su origen ni en su ejecución un acto arbitrario o despótico. Tanto la solicitud para la detención que hace el fiscal, como el auto de detención que

dicta el juez y la boleta de detención que permite la privación de la libertad de una persona, deben ser motivadas, en forma tal que el afectado conozca desde el primer momento la causa de la limitación de su libertad. Así lo ordena el art. 166, CPP. La detención de una persona es un acto que afecta no sólo a la libertad de una persona que constitucional y legalmente es considerada inocente, sino también a bienes jurídicos importantes como el honor y la buena fama. La detención en general es una marca estigmatizadora social grabada en la personalidad de un hombre. Ni la libertad inmediata o mediata de la persona detenida puede borrar ese antecedente en la vida del hombre. De allí es que, debemos ser repetitivos, la detención es una institución que sólo en casos extremos debe ser utilizada, pues tanto el fiscal como el juez tienen a mano un auxilio para la investigación como es la citación de la persona a la que se quiere investigar, a quien se le advierte o previene que si no comparece por una causa no justificada se ordenará su detención.

Por lo expuesto anteriormente es que la ley exige que la persona detenida se encuentre debidamente informada, para los efectos jurídicos posteriores, de conocer el o los motivos que dieron lugar a que se ordenara su privación de libertad. Debe destacarse que la ley establece que el derecho al que antes aludimos, surge en la persona al momento de ser detenido, esto es, en el instante en que es aprehendida por el agente de la autoridad, como antes explicamos, se encuentra expuesto el motivo de la detención, así como la identidad del juez que ordenó la detención, la de las personas que hacen efectiva la privación de la libertad y la de las que intervienen en el interrogatorio del detenido. Se trata, pues, de una detención informada integral.

La orden de detención debe ejecutarse por parte del agente de la autoridad a la cual se ha encomendado tal actividad para que traslade al detenido al lugar destinado a las investigaciones que, por lo general, es en el edificio de la Policía Judicial en donde debe actuar el fiscal en su labor de investigación. La ejecución de la orden y la información sobre el contenido de ella son actos paralelos: el ejecutor intima prisión a la persona debida y ésta exige la información a la que nos hemos referido anteriormente. La finalidad de la información es la de que el detenido desde el primer momento haga efectivo su derecho a la defensa, a base de lo dispuesto en el art. 24, No. 10, que establece que "nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento..." que ratifica el derecho a la inviolabilidad de la defensa.

Los arts. 71 y 218, CPP hacen especial referencia al derecho a guardar silencio que tiene la persona, ya como imputada, ya como acusada. El artículo que estamos comentando insiste en el derecho a permanecer en silencio que tiene el sospechoso. Este derecho, es una de las maneras como se hace efectiva la defensa. Siendo el detenido una persona inocente, le corresponde a la parte acusadora, fiscal o particular, enervar la situación jurídica de inocencia en que se encuentra la persona de quien sospechan por lo que no le corresponde a éste probar su inocencia, ya que ésta está presente en todo momento antes y durante el desarrollo del proceso penal. El callar es un derecho del sujeto pasivo de la investigación o del proceso, como también lo es el hablar en el momento oportuno y, sobre todo, ser escuchado siempre al último, según la mejor legislación y

doctrina de carácter procesal penal. El sospechoso no tiene obligación de coadyuvar con la fiscalía en la investigación del delito y, por ende, su derecho a permanecer en silencio no puede ser violentado bajo amenazas psíquicas o físicas, promesas, dádivas o generosidades futuras. El derecho a callar es parte integrante de la defensa.

Ya hemos dicho que la incomunicación fue desterrada de nuestro régimen jurídico por considerar que se trata de una especie de tortura, cualquiera que sea el régimen y cualquiera que sea el tiempo de incomunicación que se practique. Por tal razón es que la ley procesal penal dispone que la persona a la que se detiene, desde el primero momento de su detención, entre en comunicación con su familia y con su abogado defensor.

Es necesario tener presente que la orden de detención se ejecuta sólo aprehendiendo al detenido, pero no lleva implícita la orden de registro personal, actividad ésta que no puede asumirse como parte integrante del acto de detener. El registro de la persona detenida es un abuso del agente que la detiene y se considera lícita la reacción de la persona a la que se pretende registrar oponiéndose a un acto para el cual no está facultado el ejecutor de la orden de detención. De la misma manera, la persona a la que se pretende aprehender no puede ser objeto de violencias mas allá de lo racionalmente permitido como es la de esposarlo. El agente que lleva a cabo la detención no puede hacer uso de la fuerza bruta, golpeando o apaleando a la persona que pretende detener; lo más que puede hacer es amenazarlo con su arma, de fuego o contundente, salvo el caso de que el detenido, a quien se le ha exhibido la orden de detención, reaccione violentamente y ponga en peligro la vida del ejecutor de la orden, en cuyo caso se trataría de una actuación en legítima defensa, a la cual sólo debe llegar el agente en forma imitada cuando no existan otros medios para dominar al rebelde. Pero entiéndase bien que nos estamos refiriendo al caso en que el agente ejecutor ha exhibido la orden de detención contra la cual se rebela la persona a la que se pretende detener. Pero si el agente no exhibe tal orden, sea porque no la porta, o porque no ha sido dictada, o porque no la quiere exhibir, la persona afectada tiene derecho a oponerse a un acto ilegítimo, abusivo, de la mejor manera que crea conveniente, pues se trata de la defensa de un bien jurídico, como es la libertad ante el acto ilegítimo de quien carece de derecho para violarla.

Tampoco le es permitido al agente violentar el domicilio de la persona a la que se pretende detener sin que se haya dictado por parte del juez competente el auto de allanamiento conforme a los presupuestos y requisitos exigidos por la ley de procedimiento penal. Se exceptúa el caso previsto en el No. 2 del art. 194, CPP, esto es, cuando se está persiguiendo a quien acaba de cometer un delito flagrante, para cuya detención no se necesita ni orden de detención, ni mandato de allanamiento.

Dada la corta duración que prevé la ley procesal para la detención, el auto que la dispone no debería de ser susceptible de impugnación, como tampoco debería ser susceptible de apelación el

auto en que el juez penal niega la solicitud del fiscal para la detención de un ciudadano. Sin embargo de acuerdo con la ley reformativa al CPP del año 2003, en el art. 343, No. 4, se concedió el recurso de apelación “de las medidas cautelares impuestas o negadas respectivamente por el Juez o Tribunal, conforme al procedimiento previsto” en el CPP, entre las cuales, sin lugar a duda alguna, se encuentra comprendida la detención . Nos parece un exceso, por no decir simpleza, el que se conceda el recurso de apelación de un autor por el cual se ordena o se niega la detención de una persona, detención que en el evento, que se hiciera efectiva, no puede durar más de un día, plazo éste que no da ocasión ni para interponer el recurso, que por otro lado podría ser perjudicial para el recurrente, ya que, una vez interpuesto, podría impedir la excarcelación del detenido, según el criterio del juez que deba concederlo o negarlo.

En definitiva, opinamos que la detención, como arma propia del sistema de procedimiento inquisitivo, debe ser expulsada de nuestra legislación procesal penal por cuanto el fin que a ella se le ha asignado en el CPP puede ser cumplido en mejor forma y con mayor éxito con la simple citación a la persona que se pretende investigar, sin exponerla a la estigmatización social, a la pérdida de su medio de trabajo, al desprestigio individual y familiar. Además es una institución que ofende al sistema acusatorio de procedimiento que, según los propugnadores del CPP vigente, es el que rige en dicho cuerpo de leyes. La detención es un recuerdo vergonzoso del sistema feudal e inquisitivo que carece de beneficios y violenta sin fundamento firme las garantías constitucionales a la libertad, a la inocencia y a la buena fama que tiene todo habitante del país.