



# UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES

ESCUELA DE POST GRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

*Investigación*  
***“La Flagrancia en el nuevo Procesal Penal”***

**Profesor** : Dr. Pablo Sánchez Velarde  
Trabajo de Investigación

**Año** : 2011

**Alumnos** : Arcibia Mejía, Elizabeth Trinidad  
García Matallana, Erwin Maximiliano  
Gonzales Obando, Gladys Liliana  
Mori Gómez, Norma Geovana  
Mosqueira Cornejo, Arturo  
Valdivia Piscoya, Claudia Carola

*Lima, diciembre 2011*



## **PLAN DE INVESTIGACIÓN**

### **LA FLAGRANCIA EN EL NUEVO PROCESO PENAL**

#### **1. Problema de investigación.**

Si bien es cierto que la institución de la flagrancia, como supuesto de habilitación de detención policial sin mandato judicial, es de antigua data, también es cierto que no había sido objeto de definición por parte del legislador sino hasta que se promulgó el Código Procesal Penal de 1991, empero la norma referida a la flagrancia delictiva (artículo 370) no tuvo vigencia.

La Constitución Política del Perú de 1993, alude a la flagrancia en los siguientes términos: artículo 2º, apartado 24 «f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. (...)»

Con fecha 28 de enero de 2003, se promulgó la Ley 27934 “Ley que regula la intervención de la policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito”, la cual en su artículo 4 brindaba un concepto de flagrancia.

Posteriormente, el **Código Procesal Penal 2004** en su artículo 259, texto original, nos brindaba un concepto de cómo entender la flagrancia, el cual ha sido materia de continuas modificaciones, la última ha sido mediante la Ley 29569, que ha prescrito lo siguiente:

«La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.»

En razón a la importancia que tiene la institución de la flagrancia delictiva, es que nos planteamos los siguientes problemas de investigación:

- a) ¿Las detenciones policiales, en virtud de la habilitación constitucional de la flagrancia delictiva, son realizadas por la autoridad policial de forma adecuada y respetuosa de los derechos fundamentales del detenido?
- b) ¿La ley 29569 desnaturaliza el concepto de flagrancia al incorporar como supuesto que el agente sea identificado por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen y por la sindicación de testigo; y la posibilidad de que se pueda detener al agente luego de las 24 horas de cometido el acto delictuoso?
- c) ¿La inmediatez personal y temporal son requisitos insustituibles del concepto de flagrancia delictiva?

## 2. Hipótesis.

Tomando como ejemplo el primer problema de investigación, podemos esbozar las siguientes hipótesis.

### **Hipótesis principal**

- H1. En todos los casos, la autoridad policial no realiza adecuadamente su labor de detención en caso de flagrante delito.

### **Hipótesis secundarias**

H1.1 No existe un conocimiento adecuado, por parte de la autoridad policial, de los supuestos de flagrancia.

H1.2 Las continuas modificaciones de la norma referida a la flagrancia y la poca claridad con la que se difunden en los medios policiales son causas del desconocimiento policial.

### **3. Variables**

A continuación desarrollaremos las variables de la hipótesis principal

#### **Variable independiente**

Detención policial en casos de flagrancia.

#### **Variable dependiente**

Presunción de inocencia.

Libertad ambulatoria.

Supuestos de flagrancia delictiva.

### **4. Marco teórico**

La flagrancia es una institución de naturaleza procesal de larga data, su presencia es tan antigua como la historia del proceso y ha mantenido su vigencia durante el paso de los años y sistemas judiciales con marcada normatividad y casuística y jurisprudencia especializada. En nuestro derecho nacional se inicia su desarrollo constitucional con leyes promulgadas en los últimos años y especialmente con el nuevo Código Procesal Penal, el mismo que ha sufrido modificaciones en este ámbito. La doctrina nacional ha expuesto sus opiniones y posiciones al respecto y la jurisprudencia –ya desde antes- ha logrado plasmar sus principios y características más resalantes. Pero ello se enfrenta con los casos prácticos y en tales supuestos es que corresponde su aplicación por los operadores policiales que son los que intervienen inmediatamente y quienes tienen tal facultad constitucional; luego, corresponde a los fiscales y jueces establecer si tal detención policial ocurrió, efectivamente, en algún caso de flagrancia. Todo ello es lo que sustenta la presente investigación y se expresa en el trabajo que se presenta, abordando la literatura jurídica existente y propiciando un marco teórico adecuado a los planteamientos modernos a fin de dar solución a los problemas planteados.



## **CAPÍTULO I CONCEPTOS GENERALES**

### **1. LA FLAGRANCIA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**

La flagrancia es una institución de naturaleza procesal de larga data (desde los inicios de la civilización) y que ha ido evolucionando con el tiempo. Al respecto, ESCRICHE<sup>1</sup> afirma que “flagrancia es el delito que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo cometía”. El delito descubierto en el mismo acto de su perpetración (por ej., en el lugar del hecho, teniendo el ladrón las cosas robadas en su poder; o con el revólver aún humeante en la mano del homicida al lado de la víctima)”.

Desde los tiempos más antiguos se ha visto directamente ligada a la detención por el delito cometido, tal es así que se han establecido diversas modalidades o supuestos de flagrancia.

#### **1.1. EN LA ANTIGÜEDAD.**

Las conductas que se consideraban delitos en la antigüedad, aplicando las normas de hecho del grupo social se castigaban en el acto, no existen investigaciones detalladas o juicios por lo que se afirma que se impartía una inmediata “justicia” ante un hecho delictivo.

---

1 ESCRICHE; *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo VI, Editorial Bibliográfica. Buenos Aires, 1957. Pág. 298.

*En China*, ante un delito cometido en flagrancia se establecían penas inmediatas, considerando la intención y el móvil del delito, llegando desde la amputación de la nariz y orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones de los ojos, hasta la pena de muerte.

*En el Código laico de Hammurabi*, primer código legal de la historia, creado por el Rey Hammurabi, cuando gobernaba Babilonia, entre los años 1790 a 1750 a.c. “El código buscaba evitar, bajo leyes aplicables en todos los casos, que los ciudadanos tomaran la justicia por su propia cuenta. Se regularon aspectos como (...) las penas por delitos de robo, asesinato, entre otros. El castigo fijado por el estado consistía en 5 penas: pena de muerte, castigos corporales, composición económica, multas y expulsión de la comunidad”<sup>2</sup>.

Ingrid SERNA, comenta algunas de las leyes del Código de Hammurabi, donde podemos encontrar que se sancionaba como delito en flagrancia son las siguientes:

“Si un hombre conoce carnalmente a su hija, se desterrará a ese hombre de la ciudad.

- Si un hombre, tras la muerte de su padre, yace con su madre, se los quemará a ambos.
- Si un hijo ha golpeado a su padre se le cortará la mano.
- Si un hombre quiere desheredar a su hijo y afirma ante los jueces "Quiero desheredar a mi hijo", los jueces determinarán los hechos de su caso y, si él no ha demostrado las razones de la desheredación, el padre no puede desheredar a su hijo.

Asimismo, Pilar RIVERO<sup>3</sup>, nos menciona que “Si una mujer odia a su marido y afirma “No harás uso carnal de mí”, se determinarán los hechos de su caso en un juicio y, si se ha mantenido casta y sin falta en tanto que su marido es convicto de abandono y agravio, esa mujer no sufrirá castigo, tomará su dote (sheriktu) y marchará a la casa de su padre. ...”.

*En Israel* se conoció el talión por homicidio, así como algunas formas de venganza privada. En tales casos penas rigurosas. El fin de la pena era la expiación.

2 SERNA, Ingrid; “El Código de Hammurabi”. En: Revista electrónica, *Artículos de Derecho – Derecho en General*. [http://www.uniderecho.com/leer\\_articulo\\_Derecho-En-general\\_7\\_1453.html](http://www.uniderecho.com/leer_articulo_Derecho-En-general_7_1453.html)

3 RIVERO, Pilar; *El Código de Hammurabi*. En: <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>



*De la India* se conoce el Código de Manú compuesta de Doce Libros, principio de organización social, moral, religiosa y educativa. Es un código que tiene como finalidad la purificación, es decir, la sanción va en relación a los hechos cometidos, sin embargo, debemos tener en cuenta que las penas se presentan ante la flagrancia del delito. La historia no nos toca temas de procesos largos, como ahora, todos son cortos, con aplicación inmediata de una sanción.

Es así como con el desarrollo de la humanidad y la creación de normas que regulan la convivencia, se puede observar que antes de Cristo, ya se hablaba al respecto, conforme a GARRIDO MUÑOZ<sup>4</sup>, quien sobre este tema haciendo alusión de un texto de la edad antigua, que se encuentra “en la Biblia, en el Libro de Eclesiastés en sus Capítulos 1, 2 y 3, referidas al Rey Qohelet – hijo de David – de que no hay nada nuevo bajo el sol, desde que existen las sociedades humanas en nuestro orbe, ésta ha tenido que sacrificar la libertad individual, entendida como el querer hacer todo y de todo, por el bienestar común, que se ajuste a nuestra conducta y aplaquen los instintos naturales de supervivencia más arraigado en nuestra personalidad consciente e inconsciente”.

La primera referencia al delito flagrante, la encontramos en *el derecho romano*, conocido como *manifestum*, en oposición al no manifiesto (*furtum*) y esta distinción tenía importancia, en razón de que el primero era punido no sólo en forma más severa sino también de oficio. La razón de la mayor sanción la explica CARRARA “por” a) la culpabilidad es evidente; b) más intenso el espíritu de venganza”.

Señala MOMMSEN<sup>5</sup> que “el arresto (*premsio*) como consecuencia de la flagrancia podía imponerlo a su arbitrio el magistrado con *imperium* y esa importante atribución se aplicó muchas veces también bajo forma de prisión por deudas, contra los deudores de la comunidad, pero el penetrar en casa del arrestado era contrario a la costumbre (*Lex Julia*)”.

Por su parte, VINCENZO MANZINI<sup>6</sup> señalaba que “en las costumbres romanas, el arresto en flagrancia era un acto con el que una persona sorpren-

---

4 GARRIDO MUÑOZ, Oswaldo; *La flagrancia en la comisión de un delito*. <http://flagranciaen-delito.blogspot.com/>

5 MOMMSEN Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Editorial Temis, Colombia, 1991. Pág. 32.

6 VINCENZO MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa, Buenos Aires, 1952. Pág. 601.

dida mientras estaba cometiendo un delito, era privada provisionalmente de su libertad personal sin mandato u orden del pretor”.

*El derecho en la Biblia*, así como en el derecho romano, era aplicado y ejercido mediante un sistema formal, rígido y basado en palabras solemnes. Sin embargo, podemos ver, que en el derecho romano, con la Ley de las XII Tablas, ya se presentaban procesos judiciales para probar los delitos imputados a las personas.

Se afirma que la elaboración de la Ley de las XII Tablas, o ley de igualdad romana se produjo a mediados del siglo V a.c., a partir de la insistencia de un tribuno de la plebe llamado Terentio Arsa en el 462 a.c. (ver *Secessioplebis*) cuando el senado republicano decidió enviar una comisión de diez magistrados a Atenas para conocer la legislación del gobernante griego Solón, inspirada por el principio de igualdad ante la ley. A la vuelta de esta comisión, el senado decidió constituir otra comisión integrada por diez magistrados patricios (*decenvirato*) y presidida por un cónsul para la elaboración de la ley. La comisión trabajó durante un año para redactar las diez primeras tablas, terminadas el 451 a.c. Un año después, en el 450 a.c., se constituyó otra comisión, esta vez formada por patricios y plebeyos, que elaboró las tablas undécima y duodécima. A estas tablas se las denominó «injustas», porque mantuvieron la prohibición de contraer matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos. Las XII Tablas fueron ratificadas por el Senado y definitivamente aprobadas por las asambleas populares en los comicios centuriados.

La Tabla Octava, era la que legislaba sobre los delitos, que regulaba minuciosamente. Así acontecía con las distintas clases de *furtum*, que era el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena, sin consentimiento de su dueño. Otro de los delitos privados era la injuria o injuria, donde podemos advertir, conforme lo indicado por Javier NÚÑEZ DE PRADO, que en las XII Tablas, “la sanción del robo flagrante, en virtud de la ley de las Doce Tablas, era una sanción que alcanzaba a la persona; azotes, el hombre libre culpable de robo era adjudicado a su víctima. (...). Más tarde el rigor de la sanción fue reprobado y el edicto del pretor, en lugar de apalea a la persona, estableció una acción en reparación cuádruple, tanto para el esclavo como para el hombre libre. La sanción del robo no flagrante está fijada por la ley de las Doce Tablas al doble, y ha sido mantenida tal por el pretor. (...) Es más exacto no definir el robo sino por su naturaleza; pues la ley no puede más hacer flagrante un robo que no lo es que declarar ladrón a un hombre que no ha cometido ningún robo, adúltero u homicida a quien no haya cometido

ni adulterio ni asesinato. Tolo lo que la ley puede hacer es castigar con la pena referente al robo, al adulterio o al homicidio al individuo que no haya cometido ninguna de estas infracciones”.<sup>7</sup>

*El Derecho Canónico* por su parte equipara el hecho notorio al manifiesto (que incluía al flagrante) a los que era aplicable el procedimiento *ex officio* (de oficio).

En el derecho de la época medioeval, se estudió ampliamente la flagrancia, especialmente en relación con el arresto, el rito y las pruebas. El procedimiento inquisitorio de dicha época hacía lugar a un proceso inquisitorio sumario, cuando la culpabilidad del reo aparecía evidente, en razón de los resultados de la inquisición en general o por haber sido sorprendido el reo *in franganti*.

En estos casos había que proceder *ex abrupto*<sup>8</sup> ya que, según refería el derecho canónico en las causas notorias no se necesitaba acusación, denuncia, inquisición o excepción, ni siquiera testigos u otras pruebas, ni se debía recibir en ellas líbelo, ni emplearse conocimiento de causa, pero si se debía citar al reo e interrogarlo y a presencia de él o ausente en contumacia, se debía promulgar sentencia<sup>9</sup>.

Hubo, sin embargo, jurisconsultos que reaccionaron contra esta excesiva severidad y así BOSSIUS citado por MANZINI<sup>10</sup> decía: “Si fuere encontrado por los oficiales en flagrante crimen puede infligírsele consiguientemente la pena aún sin sentencia, según la glosa comúnmente aprobada. Pero yo quisiera darle aún defensa, pues si fuera ladrón podría tal vez excusar el hecho por necesidad de hambre o porque no hubiera podido de otro modo, obtener satisfacción de un crédito suyo; y si era homicida porque el matado

7 GAYO, *Instituciones Jurídicas*. . Colección Obras Maestras, Versión establecida a la vista de los textos más autorizados, por Javier Núñez de Prado, Editorial Iberia, Barcelona, 1965, pp. 131 y ss.

8 *Ex abrupto*, traducido del latín era entendido como sinónimo de inesperadamente y bruscamente.

9 Así se sostiene en diversos trabajo extraídos del internet, como el de Mariluz Castejón Perozo, en su trabajo para obtener el Grado de Especialista en Derecho Procesal, *El Procedimiento de Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano*, <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR8229.pdf>,

10 Así lo señala LUVIANO GONZÁLES, *Rafael, El procedimiento y proceso penal*, texto íntegro obtenido en línea en <http://www.themis.umich.mx/~mgraffg/teresadc/libroelprocedimientoypocesopenal.pdf>, pag. 51.

era desterrado por bando o rebelde o por otra razón a menos, sin embargo que la calidad del reo y sus palabras excluyeran toda defensa”.

El ya citado proceso *ex abrupto* excluía todo respeto a las formalidades del proceso y en casos, sin interrogatorio ni defensa, se sometía al acusado a la tortura.

También tenemos la *Ley Sállica o Salia* o más exactamente, las leyes sálicas, las cuales fueron un cuerpo de leyes promulgadas a principios del siglo V por el rey Clodoveo I de los francos. Debe su nombre a la tribu de los Francos Salios. Fue la base de la legislación de los reyes francos hasta que en el Siglo XII el reino de los francos desapareció, y con él sus leyes. Este código regía las cuestiones de herencia, crímenes, lesiones, robo, etc. y fue un importante elemento aglutinador en un reino como el franco, compuesto por varios grupos y etnias.

Se tenían sanciones ante delito en flagrancia como el asesinato de una mujer joven en edad de procrear que era castigado con 600 sueldos mientras que si la mujer moría tras sufrir la menopausia, su asesino sólo era castigado a 200 sueldos. Las sanciones en estas épocas ya se empezaban a presentar de manera económica, pero siempre con la característica que no existía aún un juicio justo, por eso hasta estos tiempos, no se establecen claramente los momentos de la flagrancia, e incluso que es la flagrancia. Entendiéndose así, que cualquier delito imputado se consideraba en flagrancia, y por ende cierto.

La violación y la castración son delitos castigados rigurosamente por la *lex salia*, mientras que la *lex romana* no legislaba al respecto. La violación de una mujer libre era castigada con la muerte entre los galo-romanos mientras que la de una esclava se imponía una multa por su valor.

La ley del emperador Mayoriano permitía al marido de la adúltera matar de un solo golpe a los amantes sorprendidos in-fraganti. Esta práctica continuó entre los francos mientras que los burgundios permitían el estrangular a la mujer y arrojarla a una ciénaga.

## **1.2. EN LA EDAD MEDIA**

La Edad Media, fue una etapa del desarrollo de la humanidad plagada de oscurantismo en lo intelectual, en donde se aplicó amalgamadamente el Derecho Romano, unido al Derecho de los pueblos bárbaros con preeminen-

cia de unos u otros dependiendo de la región o de quienes aplicaban con mayor o menor influencia cultural el derecho del imperio caído.

“Los estatutos jurídicos dependieron de los reyes y los señores feudales, tanto en su generación, como en su aplicación, la Edad Media Baja, fue poco fértil en institutos jurídicos destacables referidos a libertades personales, sino por el contrario, éstas eran restringidas al máximo e incluso llegaban a las crueldades y barbaridad más increíbles para la obtención del cumplimiento de una obligación y el castigo de un culpable o de aquel que tuviera apariencia de ser culpable o presumirse su responsabilidad”<sup>11</sup>.

“Fueron las épocas en que el iuspuniendi, desplazó toda su severidad sobre los que el poder monárquico o del señor feudal pedía o les requería a los detentadores del poder judicial, confundido con el poder político, al no existir una división de los poderes (administrativo, legislativo y judicial), siendo una etapa del desarrollo embrionaria en este sentido, por lo que el fumus commisi delicti era pan nuestro de cada día en las detenciones de personas en la comisión de diversos delitos, (brujería, hechicería, rapiña, conspiraciones, etc.) para ser puestos ante la autoridad administrativa, quienes detentaban además la autoridad judicial, por lo que se producía un atropello a las garantías individuales en el orden específico, esto es la libertad”<sup>12</sup>.

Aquí se empieza a discutir la detención por flagrancia versus detención con orden judicial o por funcionario competente. Durante la Edad Media aparecieron normas que se refirieron a los delitos flagrantes, como son el Código de Alarico II, o Breviario de Alarico, que responde a la necesidad que tiene el pueblo hispano romano de disponer de un cuerpo de leyes claro y actual por el que se habría de regir el pueblo vencido frente a los visigodos, que ya disponían del Código de Eurico. Se conservan castigos, para los casos tales como el robo en flagrancia, un ejemplo lo pone el Código cuando castiga el hecho de robar un tarro de miel por parte de un esclavo que podía costarle la horca mientras que la muerte era castigada en numerosas ocasiones con el pago de una suma de dinero. Matar a uno de los miembros de la guardia del rey costaba 600 monedas de oro, la multa más alta en cuestiones de asesinato.

---

11 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Curso de Derecho Penal*, Tomo I; SOLER: *Derecho Penal Argentino*, Tomos I y II, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

12 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op. Cit.*

En el año 1215 de nuestra era, se consagra a nivel de estatuto jurídico de rango formal y más o menos general, el derecho a no ser detenido, sin orden de autoridad competente, con lo cual se inicia el nacimiento de los derechos fundamentales con la Magna Carta *Libertatum*, nacida en Inglaterra, y suscrita por el Rey Juan sin Tierra, a raíz de serias dificultades socio-políticas de la época, teniendo su sustrato en que los normandos oprimían a los anglosajones a través de impuestos y conculcación de privilegios que los primeros gozaban y cobraban a estos últimos.

En efecto, el 15 de Junio de 1215 se dio a luz a los 63 artículos que componen esta obra jurídica, esto es, la Carta Magna, en que se establecieron normas mínimas sobre la libertad personal que sirvieron de base para lo que posteriormente conformará la institución del Debido Proceso, que es parte del Estado de derecho.

“El estudio del Derecho, como ciencia se produjo en el siglo XII en las universidades del viejo continente, como asimismo en Íbero América en el siglo XVI, como por ejemplo la Universidad de San Marcos en Lima, Perú, para luego en el siglo XIX de la Ilustración en donde se produjo la mayor fertilidad en cuanto a la creación de Códigos, Reglamentos Constitucionales y Constituciones.

En cuanto a la flagrancia en la legislación española, ésta se encontraba tratada en Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. También en el Fuero Juzgo; Fuero Real, en los textos referidos a los delitos.

ESCRICHE<sup>13</sup> nos dice que “El Código Alfonsino, o la célebre colección de leyes compiladas en tiempo del rey don Alfonso El Sabio, llamadas las Siete Partidas, porque consta de siete partes. En la primera se trata de las cosas pertenecientes a la fe católica, y al conocimiento de Dios por creencia; en la segunda, de los emperadores, reyes y señores de la tierra que deben mantenerla en justicia; en la tercera, de la justicia, y del modo de administrarla ordenadamente en juicio para la expedición de pleitos; en la cuarta, de los desposorios y matrimonios; en la quinta, de los contratos; en la sexta, de los testamentos y herencias; y en la séptima, de las acusaciones, delitos y penas.”. La flagrancia estuvo prevista en éste último libro.

---

13 Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1991. P. 266

### 1.3. LA EDAD MODERNA.

En cuanto a la evolución que significa este período respecto a la edad media se afirma que la Edad Moderna es el tercero de los periodos históricos en los que se divide tradicionalmente en Occidente la Historia Universal, desde Cristóbal Celarius. En esa perspectiva, la Edad Moderna sería el periodo en que triunfan los valores de la modernidad (el progreso, la comunicación, la razón) frente al periodo anterior, la Edad Media, que el tópico identifica con una Edad Oscura o paréntesis de atraso, aislamiento y oscurantismo. El espíritu de la Edad Moderna buscaría su referente en un pasado anterior, la Edad Antigua identificada como “Época Clásica”. Por otro lado, para efectos de ubicarnos en el tiempo de inicio de este período, se señala que: “La fecha de inicio más aceptada es la toma de Constantinopla por los turcos en el año 1453 -coincidente en el tiempo con la invención de la imprenta y el desarrollo del Humanismo y el Renacimiento, procesos a los que contribuyó por la llegada a Italia de exiliados bizantinos y textos clásicos griegos-, aunque también se han propuesto el Descubrimiento de América (1492) y la Reforma Protestante (1517) como hitos de partida.

Posteriormente, en España, debido al descubrimiento del nuevo mundo en el año 1492, el Rey debió aplicar normas jurídicas vigentes en España, como las que acabamos de mencionar, para luego crear un consejo asesor, llamado “Consejo de Indias”, dictando leyes particulares para ser aplicadas espacial y temporalmente en América, surgiendo las Leyes de Indias, la Nueva Recopilación de las leyes de Indias, y en caso de omisiones o imposibilidad de solución de los conflictos de relevancia jurídica no contemplados en éstas, se debía recurrir a la legislación hispánica en órdenes que fueron cambiando de acuerdo a la casa del monarca que ejercía el poder en la corona española, (Habsburgo 1516-1700 y Borbones 1700 - 1818).<sup>14</sup>

Como se advierte el delito flagrante se trasladó a las leyes contemporáneas, siendo contemplado en diversas situaciones, sin embargo es necesario referirnos a la época moderna especialmente en el viejo continente, que es donde generalmente importamos las instituciones de nuestro derecho procesal penal.

---

14 TAGLE MARTÍNEZ, Hugo; *Curso de Historia del Derecho Constitucional, Derecho Indiano*, Volumen II, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile.



#### **1.4. EDAD CONTEMPORANEA.**

La Edad Contemporánea es el nombre con el que se designa el periodo histórico comprendido entre la Revolución francesa y la actualidad.

De este época se señala como referente la legislación europeo continental, cuando se afirma “que las leyes de enjuiciamiento criminal (española de 1872, art. 382, italiana de 1930 y de diversos países autorizaban a cualquier persona particular a proceder al arresto del delincuente sorprendido *in flagranti* o en forma *cuasi flagrante*, en dichos casos la facultad que se le concedía se restringía, en cuanto tenía la obligación inmediata de poner al reo en manos de la autoridad competente.<sup>15</sup>

#### **1.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FLAGRANCIA.**

##### ***1.5.1. En el Perú incaico.***

Como se sabe, el Perú, antes de ser republicano, fue parte del imperio del Tahuantinsuyo, que estaba conformado por el pueblo incaico, que era la Roma de la antigua América, un pueblo dominador, forjador de un imperio, con una administración perfectamente organizada, una burocracia estatal con conciencia de clases, y que contaba con hábiles ingenieros y arquitectos. teniendo incluso dentro de su territorio la capital del mismo, el Cuzco, ciudad histórica hasta estos tiempos. El Imperio Inca, con su centro en las mesetas del Perú, se formó al mismo tiempo que el azteca, en el s. xiv, y subsistió hasta que los conquistadores españoles llegaron en 1530.

Pero antes de ello, también existían civilizaciones pre – incaicas, donde ya existía un conjunto de normas, costumbres o mores religiosos, económicos y morales no aparecen en una estructura orgánica completa o sistematizada bajo instrucciones jurídicas propias del Derecho. De ahí que las normas o costumbres morales y religiosas se confundan con el Derecho.

En la época pre-inca, igual que en la incaica, se puede advertir que en esta época también se consideraba flagrancia a todo hecho delictivo que es descubierto, concepto que continuo con el paso del tiempo.

Las reglas morales eran conocidas como los “mores” y se expresaron en frases ahora famosas, como AMAS-KELLA, SUA, LLULLA, SIPIX, MAPPA,

---

15 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957. Tomo VI, pág. 299.



MACLLA, y que formaban parte del derecho penal, pero también del derecho procesal penal. Las normas antes mencionadas eran los refranes no seas perezoso, no mentiroso, no ladrón, no asesino, no pervertido, no afeminado, etc. fueron utilizados como una simple salutación tan igual como lo fue el “salve” romano, o lo es aún el “shalom” israelí.

Pero son tres las reglas que sancionaban, tres acciones de manera muy genérica, no sean mentiroso, no seas ladrón, no seas ocioso. Y las sanciones antes estos hechos, eran gravísimas, pero siempre vistas desde el punto de vista religioso. “La religión preside el mundo jurídico de los pueblos arcaicos”, donde el “tabú” es guardado y conservado por las normas consuetudinarias y, finalmente, asimilado al Derecho. Empero, este Derecho como tal no se dio en los incas, sino simplemente se quedaron en “tabú” y “costumbres” para preservar lo correcto, lo real o lo verdadero para el hombre tradicional<sup>16</sup>.

La flagrancia estaba ligada directamente al hecho delictivo y la pena. En casos extremos se aplicaban castigos de terror, como la hoguera y el destierro.

En el Cusco se encontraban las cárceles en subterráneos, donde se depositaban a los detenidos, tenemos entre ellas, el sancacancha y el Wimpillay, plagadas de alimañas. Como cualquier imperio esclavista aplicaba penas muy drásticas para mantener el orden social (se enseñó a la población a obedecer), creían suficiente la aplicación de estos en unos cuantos para causar miedo, tomar escarmiento, así tenemos algunos ejemplos: se aplicó el aniquilamiento en caso de rebeliones, sodomía, atentado contra el soberano o sus parientes, violación de las vírgenes del sol. Los castigos más comunes eran.

En el incanato, no hubo un organismo imparcial que regule claramente el mecanismo de los delitos y de sus castigos. Cuando surge y se impone el Estado, éste atiende, en cambio, a las finalidades compensatoria e intimidatorio, creando un Derecho Penal “puro” sin interferencias de intereses privados o con un “minimum” de esas interferencias; entonces, ya se trata de proteger el orden imperante y con ello de proteger a la sociedad, en tanto que la reparación del daño en sí queda colocada dentro de los marcos de la acción privada. De este modo se explica la poca importancia del hurto, o del

---

16 PEASE G. Y., Franklin. “Aproximación al delito entre los Incas”, En: Revista Derecho de la Universidad Católica N° 29. Lima, 1971.

robo, al lado de las sanciones draconianas en los delitos relacionados con el orden público.

Los cronistas nos detallan los actos considerados como delitos y las penas correspondientes, pero no se refieren a la forma de la detención o allanamientos en flagrancia. Son principalmente minuciosos, en este aspecto. La “Relación de las leyes y costumbres de las Antiguos Naturales del Perú” y las crónicas de Cieza de León, Garcilaso de la Vega, Cobo, Martín de Morúa, Antonio de Herrera y Guamán Poma de Ayala. BASADRE afirma que: “Las penas más importantes entre los Incas fueron: la de muerte, las corporales, las de privación de la libertad, las penas económicas y las penas de honor. La elección de estas penas en numerosos casos quedó sujeta al criterio del juez, según la índole del caso concreto que era materia de su acción. Muy usada fue la pena de muerte. Ella, en diferentes formas, siguió al asesinato, la violación, el adulterio, el incesto, el coito con las vírgenes del Sol, la sodomía, la desertión, la indisciplina militar, la pereza reiterada, ciertos delitos fiscales de los tributarios, las defraudaciones de los recaudadores, la traición, el aborto, la brujería, etc. La más digna forma de la pena de muerte fue considerada la decapitación, que se ejecutaba cuando el delincuente era noble. Como forma vil de muerte estaba considerada la hoguera. La más frecuente era la horca (asesinato, aborto, adulterio, incesto, sodomía); y a veces la seguía la incineración del cadáver (brujería, incendio, soborno de funcionarios). Raros eran los casos de descuartizamiento (traición militar; asesinato de una persona de sangre real, asesinato de parientes próximos)”.<sup>17</sup>

### ***1.5.2. La flagrancia en la Colonia.***

La legislación hispana constituida por Las Siete Partidas, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación, el Fuero Real, etc., e implantada en nuestro país por los conquistadores españoles durante la época colonial, contenía normas para aplicar la pena de muerte y los suplicios para diversos casos.

Se acentuó esta tendencia con la implantación de la Santa Inquisición en América. La aparatosidad y formalidad de la ejecución de estas penas eran las mismas que las existentes en la Metrópoli. Como ejemplo, basta señalar que en relación con un caso de homicidio, la Real Sala del Crimen condenó, el 7 de enero de 1632, a un delincuente “a ser llevado por las calles de

---

17 BASADRE, Jorge, *Historia del Derecho Peruano*. Reimpreso en 1986., Editorial Digraf S.A., Lima, 1941. p. 4.

esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado”<sup>18</sup>.

### **1.5.3 En la República.**

Como bien lo dice, HURTADO POZO<sup>19</sup>, “La dureza de este sistema punitivo tuvo ecos posteriores durante la época republicana. Primero, señalemos el proyecto de Código penal de Lorenzo de Vidaurre (1828). Él señalaba por ejemplo, la pena de muerte para el parricida, y ordenaba: “póngasele una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó”. Luego, recordemos que el Código penal de Santa Cruz, vigente brevemente en el Estado Norperuano de la Confederación Perú-boliviana, estatúa que la pena de muerte sería infligida fusilando al reo sin mortificación previa de su persona (art. 51) y remitía al Código de procedimientos judiciales respecto a su ejecución. El reo debía ser conducido al suplicio atadas las manos, vestido de túnica blanca y una soga de esparto al cuello (art. 920). Si se trataba de un asesino, parricida o traidor llevaría, además, los pies descalzos, la cabeza descubierta y sin cabellos. Los dos primeros vestirían túnica blanca con mangas encarnadas y el último, llevaría en la espalda un cartel en que con grandes letras se anuncie su delito de traidor (art. 921)”.

En los siglos XVIII y XIX, con la influencia de la revolución francesa, se proclama la idea de justicia y de igualdad para todos y se afirma un poder judicial autónomo para su administración.

Ya no existe un enfrentamiento directo entre el gobernante o soberano con el delincuente y se inicia la etapa del sistema policial, quienes se encargarán de la determinación de la privación de la libertad como la pena por excelencia.

La policía, se va a encargar del control y vigilancia sobre la población. Pues, si bien, “el historial de la Institución Policial podría remontarse hasta la época de los incas; es en la etapa republicana donde comienza a perfilarse como una entidad con misión y funciones propias. Los primeros Cuerpos de Policía aparecen formando parte de las Fuerzas Armadas, en el período de

18 El Diario de Lima, Juan Antonio Suardo (1629-1634), p. 210.

19 HURTADO POZO, José; *La nueva constitución y el derecho penal. Pena de muerte y política criminal en el Perú*, José Hurtado Pozo Editor, p. 2. En: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/.../oj\\_20080609\\_12.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/.../oj_20080609_12.pdf)

1825 a 1839. Los serenos y vigilantes tienen en esta etapa a su cargo funciones de policía.

El año de 1821, el Libertador Don José de San Martín, atendiendo al consejo ciudadano de la época, con fines de organización y por necesidad propia, se crea la "GUARDIA CIVICA", con la finalidad de mantener el orden público. Teniendo como Inspector General a Don José Bernardo Tagle y Portocarrero, Marqués de Torre Tagle, quien posteriormente ejercía el Supremo Gobierno, con el título de Supremo Delegado (19 de enero al 21 de agosto 1822).

Al dictar Don José de San Martín la Primera Carta Magna, se establece la creación de tres Ministerios: el de gobierno y Relaciones Exteriores, el de Guerra y Marina; y el de Hacienda. En lo referente a la Fuerza Armada y Policía, articulaba así: "Constituyen las Fuerzas Armadas de tierra, el Ejército de línea, la Milicia Cívica y la Guardia de Policía, Priorizando la Milicia Cívica la cual se encargará de mantener la seguridad pública entre los límites de cada Provincia"(Art. 168 de la Primera Constitución del Perú).

Durante el mandato de Don Simón Bolívar Palacios, el 07 de Enero de 1825 se crea la Guardia Nacional, en base de personal licenciado del ejército, organizado bajo un sistema netamente militar. El 09 de diciembre de 1826, se expide la Constitución Vitalicia, en uno de cuyos artículos se especificaba que la función policial se independizaba del gobierno municipal (que era rezago de la época virreynal), pasando al Ministerio de gobierno por intermedio de las Prefectura e Intendencias"<sup>20</sup>.

Es así, como el Estado, nuevo Soberano, no se manifiesta aislado y espectacularmente frente a la delincuencia. A partir de esos momentos es que podemos decir, que se suprimen las ejecuciones y suplicios públicos de hechos considerados delitos en la época, sobre todo en flagrancia, y se presentan las prisiones.

Como bien lo refiere HURTADO POZO, "Nace la pena privativa de la libertad, bien supremo y factible de ser fraccionado, deviene en el instrumento moderno de la penalidad, podemos admitir que si el extremo máximo de la justicia penal durante el absolutismo consistía en el descuartizamiento indefinido del regicida: manifestación de poder absoluto del más fuerte sobre el cuerpo del más grande criminal; el estado ideal de la nueva penalidad

---

20 *Historia de la Policía Nacional del Perú*. En: <http://www.pnp.gob.pe/historia.html>

sería concebido como un control y una disciplina indefinidos; un interrogatorio permanente, una investigación sin límites, una observación minuciosa y analítica; un juzgamiento que sería la continuación de un expediente jamás concluido y la imposición de una pena íntimamente relacionada con la curiosidad obsesiva del examen disciplinario.

El 20 de Enero de 1827 se creó el Primer Reglamento de Policía, durante el gobierno del Mariscal Don Andrés de Santa Cruz Calaumana (Presidente del Quinto Consejo de Gobierno de la República Peruana).

Posteriormente, la Convención Nacional elaboró la Constitución de 1856 de corte liberal, con la tesis abolicionista y así en el artículo 16, se declaró que “la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte<sup>21</sup>”. Esta Constitución fue reformada por el Congreso de 1858. Una de las polémicas más interesantes fue la referente a la pena de muerte. Se ratificó su eliminación.

Posteriormente nace el Código de enjuiciamiento penal de 1863 establecía que el juez del crimen investigaba el delito y dictaba la sentencia la cual podía ser apelada ante la Sala del Crimen de la Corte Superior. El procedimiento era escrito y las penas taxativamente señaladas en el Código Penal. Esta ordenación fue reemplazada en 1920 con el Código de Procedimientos en Materia Criminal, que introdujo sustanciales reformas estableciendo la división del proceso en dos etapas; una consistente en investigar el delito y la segunda en sancionar al delincuente, mediante el juicio oral.

En 1940, se dicta el actual Código de Procedimientos Penales que mantiene las reformas del ordenamiento anterior con algunas e importantes modificaciones. Sin embargo, característica esencial de estos códigos, fueron que continuaron entregando a la policía la función de investigar el delito, y por tanto calificar cuando se produce la flagrancia y es posible detener o allanar un domicilio, sin tener conceptos claros al respecto.

Estando a que si se establece, por citar un ejemplo, en el código de procedimientos penales de 1940, que la policía debe presentar al juez al detenido, luego de ejecutada la orden del juez para restringirle este derecho, también se empieza a usar como costumbre policial, presentar o comunicar al Juez penal, cuando tenían detenida a una persona en flagrancia.

---

21 BASADRE, Jorge; *Historia de la República del Perú*, 1968, Tomo IV, p. 14.

Sin embargo, tanto la mención a la situación de flagrancia”, como al tiempo de detención por ese motivo, se aprecia en la Constitución tanto de 1979 y de 1993, que permite la práctica de **la detención por flagrancia** en su caso para poner al detenido a disposición del juez en un **plazo no superior a 24 horas**, y en el caso de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, hasta por 15 días.

#### **1.5.4. Antecedentes constitucionales de la flagrancia.**

La flagrancia ha tenido marcada presencia en las Constituciones del país, que merece ser brevemente analizados.

##### **1.5.4.1. La Constitución de Cádiz de 1812.**

Si bien no se trata precisamente de una Constitución Política del Perú, sino de la denominada Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, en su Capítulo III “De la Administración de Justicia en lo Criminal”, conocida como Constitución de Cádiz, la cual rigió el Virreynato del Perú hasta antes de su independencia. Dicha Carta Política estableció en su artículo 292 que: “*In fraganti* delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez: presentado o puesto en custodia, se procederá en todo, como se previene en los dos artículos precedentes”. Se aprecia de la citada norma constitucional la posibilidad de arresto del delincuente *in fraganti* por cualquier persona y su conducción ante la autoridad judicial. Se entendía *in fraganti* el arresto en el momento de que el autor cometía el delito.

##### **1.5.4.2. La Constitución de 1823.**

La Constitución Política del Perú de 1823, fue aprobada por el Primer Congreso Constituyente, la promulgó el Presidente de la República José Bernardo Torre Tagle el 12 de noviembre de 1823, no llegó a regir ya que días antes se había acordado que quedarían en suspenso los artículos constitucionales incompatibles con el ejercicio de las amplias facultades otorgadas al libertador Simón Bolívar, y hasta que los hechos de la emancipación varíen. Por ley del 17 de febrero de 1824 y considerando que las libertades amenazadas por los reveses que había sufrido la república se le entregó todo el poder a Bolívar quedando en suspenso los artículos constitucionales, leyes y decretos que fueran incompatibles con la autoridad de Bolívar. En 1826 se promulgó la constitución vitalicia. Por decreto ley del 11 de julio de 1827 al

mismo tiempo que se declaraba nula y sin valor la constitución vitalicia, se ponía en vigor la de 1823, con modificaciones y subrogaciones que robustecían al Poder Ejecutivo y ampliando las atribuciones de la república.

Es de apreciarse que en esta constitución de 1823, no se señaló nada sobre la “flagrancia”, más bien en su **Título IX “Régimen interior de la República”** su artículo 127 señalaba que: Les está prohibido absolutamente todo conocimiento judicial, pero si la tranquilidad pública exigiere fundamentalmente la aprehensión de algún individuo, podrán ordenarla desde luego, poniendo al preso dentro de 24 horas a disposición del Juez y remitiéndole los antecedentes”.

#### ***1.5.4.3. La Constitución de 1826.***

La Constitución Política del Perú de 1826, fue jurada el 9 de diciembre de 1826 por el Consejo de Gobierno presidido por Santa Cruz, en ausencia de Bolívar que había salido del Perú el 3 de setiembre. La oposición contra la nueva carta crecía y el jefe del movimiento era Javier Luna Pizarro, que encabezaba el grupo nacionalista y adverso a los propósitos de Bolívar. Estallo en Lima un motín el 26 de enero de 1827 y al día siguiente Santa Cruz convocó a elecciones para un Congreso Constituyente Extraordinario que debería reunirse en el curso del año para que decidiera sobre la carta que debía regir. Confiriéndosele también la autoridad para elegir Presidente y Vicepresidente de la República. Por lo tanto, la constitución conocida como la Vitalicia rigió sólo siete semanas hasta el 27 de enero de 1827. En el artículo 117 se establecía que: “Ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado; excepto en los casos de los artículos 84, restricción 2: 123 y 133”.

#### ***1.5.4.4. La Constitución de 1828.***

La constitución de 1828 fue sancionada por el Congreso General Constituyente el 18 de marzo de 1828 y promulgada por el Presidente General La Mar el 20 de abril. En Julio de 1833 fue derogada para reformarla, dejando de regir el 10 de junio de 1834. En el artículo 127º, “De la Administración de Justicia”, establece que: “Ninguno puede ser preso sin precedente (información del hecho por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito, del Juez competente, pero infraganti puede un criminal ser arrestado por cualquier persona, y conducido ante el Juez. Puede ser también arres-



tado sin previa información en los casos del artículo 91 (restricción 5º). La declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas”.

#### **1.5.4.5. La Constitución de 1834.**

En el Título IX “Garantías Constitucionales” en su Artículo 151º, se establecía que: “Ninguno puede ser arrestado ni preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito de Juez competente, que se le intimará al tiempo de la aprehensión”.

Asimismo, en el Artículo 152º, estableció que: “Para que alguno pueda ser arrestado sin las condiciones del artículo anterior, deberá serlo o en el caso del artículo 86, restricción 5º, o en el delito infraganti, y entonces podrá arrestarlo cualquiera persona que deberá conducirlo inmediatamente a su respectivo Juez<sup>22</sup>. Como se puede observar, las características de la flagrancia se va definiendo mejor, exhibiéndose el derecho a la libertad y su restricción en caso de delito flagrante y la conducción ante el Juez competente.

#### **1.5.4.6. La Constitución de 1839.**

En su título XVIII, referidos a “Garantías Constitucionales y Garantías Individuales”, no se hace mención a la flagrancia, sin embargo, en el Título VI “Poder Legislativo” estableció tal institución para el caso de los parlamentarios. Así en el artículo 18º, estableció que: “Los Diputados y Senadores, no pueden ser acusados o presos desde el día de su elección, hasta tres meses después de concluidas las sesiones, sin previa autorización del Congreso, con conocimiento de causa, y en su receso del Consejo de Estado, a no ser en caso de delito “infraganti”, en el que será puesto inmediatamente a disposición de su Cámara respectiva, o del Consejo de Estado”.

#### **1.5.4.7. La Constitución Política de 1856.**

En la Constitución Política del Perú de 1856, en su Título IV “Garantías Individuales” en su artículo 18º “Nadie podrá ser arrestado sin mandato es-

---

22 En el artículo 86 inciso 5 de dicha Carta Política se establecía al regular las restricciones del Poder Ejecutivo que: “No puede privar de la libertad personal, y en caso de que así lo exija la seguridad pública, podrá librar orden de arresto, debiendo poner dentro de cuarenta y ocho horas al detenido a disposición del juez respectivo”.



crito de Juez competente ó de la autoridad encargada del orden público, excepto por delito in flagrante; debiendo en todo caso ser puesto a disposición del juzgado que corresponde dentro de veinticuatro horas”.

#### ***1.5.4.8. La Constitución de 1860.***

Promulgada por el Presidente Mariscal Castilla, y que dejó de regir definitivamente en 1919, siendo por tanto, la constitución de más vigencia en la historia del Perú, señalaba en su Título IV, que: “Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente, o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto “in fraganti” delito; debiendo, en todo caso, ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les pidiere” (artículo 18º).

#### ***1.5.4.9. La Constitución de 1867.***

En su Título IV “Garantías Individuales”, artículo 17º, estableció que: “Nadie puede ser detenido sin mandato escrito de Juez competente ó de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito; debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de veinte y cuatro horas, a disposición del juzgado que corresponde”.

#### ***1.5.4.10. La Constitución de 1920.***

Promulgada en el 385avo Aniversario de la Fundación de Lima y desde la Casa Municipal por el presidente Leguía, en su título III: Garantías Individuales señalaba:

**Artículo 24º:** Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de 24 horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere. La persona aprehendida o cualquiera otra podrá interponer conforme a la ley el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida.

#### 1.5.4.11. La Constitución de 1979.

El antecedente más próximo a la Constitución de 1993 es la **Carta de 1979** que sobre el particular refería:

**Artículo 20º Inciso g):** Nadie puede ser detenido por mandamiento escrito del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde.

## 2. CONCEPTO DE FLAGRANCIA.

La expresión metafórica se refiere a la llama, que denota con certeza la combustión, cuando se ve la llama, es indudable que alguna cosa arde. En cuanto a la flagrancia delictiva está vinculada al preciso momento en que es percibido o apreciado la ejecución de un delito, lo cual, proporciona en términos procesal penal, una mayor convicción tanto respecto al delito mismo como de la responsabilidad del presunto autor.

Enseña CARNELUTTI, Flagrancia es el delito en general, *mientras se ve, o sea para quien lo ve cometer*; en otras palabras, para quien está presente a su cumplimiento. Esto quiere decir que la flagrancia “no es un modo de ser del delito *en sí*, sino del delito *respecto a una persona*; y, por eso, una cualidad absolutamente *relativa*; el delito puede ser flagrante respecto a Ticio y no flagrante respecto a Cayo”.<sup>23</sup>

Nos dice CARNELUTTI<sup>24</sup>, en relación a esta noción, puede establecerse que la flagrancia del delito coincide con *la posibilidad para una persona de comprobarlo mediante una prueba directa*; lo cual nos puede conducir erróneamente a afirmar que *el delito es flagrante en cuanto constituya la prueba de sí mismo*, ello significaría que el delito flagrante es “... *el delito que se comete actualmente*”, en este sentido no habría delito que no sea o que al menos no haya sido flagrante, porque todo delito tiene su actualidad; pero la flagrancia no es la *actualidad* sino la *visibilidad* del delito.

23 CARNELUTTI, Francesco, Lecciones sobre el proceso penal, T. II, traducida por Santiago Sentís Melendo, ediciones jurídicas Europa-América, Bosch, Bs. As., 1950, p. 77.

24 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, citado, pág. 77-78.

Por lo que la definición del delito flagrante debe ser entendido no solamente en la actualidad del evento delictuoso, sino en la *presencia de un testigo mientras se comete*, se tiene otro significado de esta institución. Por otra parte, la presencia de alguien mientras el delito se comete se resuelve *la percepción de la acción del reo por parte de alguno*; aquí es necesaria para comprender bien la noción de flagrancia la distinción entre *acción y evento*; que es fundamental para el conocimiento físico del elemento físico del delito; *no basta para constituir la flagrancia el que alguno perciba su evento, sino que es necesario que asista a la acción* (no basta que vea el muerto, si no presencia el acto de matarlo). Cuando la acción del delito no sea instantánea se puede tener una *flagrancia parcial*, llamo *flagrancia total* a la percepción por parte de alguno de la acción en su entero desarrollo; por el contrario la flagrancia es parcial cuando la asistencia se limita a una parte del *iterationis*. Se entiende que, a los fines del arresto es suficiente la flagrancia parcial. (...)."

Por su parte, CHIOSSONE<sup>25</sup>, sostiene que "*delito infraganti*" ... *es el que comete actualmente o acaba de cometerse*", y agrega que "también" se tendrá como delito in fraganti aquel por el cual se vea al culpable perseguido de la autoridad policial, de la persona agraviada o del clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el delincuente (...).

Teniendo como referencia las definiciones de los autores citados, en cuanto a la flagrancia en estricto, que se produce en el momento de la comisión del delito; mientras que CHIOSSONE agrega el denominado cuasiflagrancia, es el que se produce cuando el autor del delito es perseguido por la autoridad o porque es encontrado con los instrumentos u objetos del delito, en nuestra legislación se ha establecido como parámetro de la inmediatez 24 horas.

No se debe perder de vista que la palabra "flagrar" (del latín *flagrare*) significa arder o resplandecer, fuego o llama. De manera que etimológicamente, flagrante delito equivale a delito flameante o resplandeciente, para

---

25 CHIOSSONE, Tulio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Universidad Central de Venezuela. Caracas: 1967. pág. 116.

dar idea de un hecho vivo y palpable cuya realidad se impone claramente, y subsiste ante los ojos del observador.<sup>26</sup>

Ahora bien para que esto suceda, es menester que el delictuoso dure o no haya concluido en el momento que se descubre, es decir, que se sorprenda en su misma ejecución. Esta es en efecto la acepción jurídica estricta de flagrante delito propiamente dicho. La ley francesa relativa comenzó a definir así “*el delito que se comete actualmente o que se acaba de cometer es flagrante delito...*” y casi lo mismo asentaron el Código de Procedimientos italiano y el de nuestro estado.

Para SAN MARTIN CASTRO, el delito flagrante es aquel cuyo autor es sorprendido en el momento de cometerlo.<sup>27</sup>

GARRAUD hace notar que no es propia la distinción entre delitos flagrantes y no flagrantes, puesto que todos lo son en el momento en que se cometen y todos deja de serlo transcurrida su ejecución. Lo que importa prácticamente es saber si el delincuente fue sorprendido en el acto de la infracción, es decir, *infraganti* o no y a eso es a lo que únicamente y en realidad se refiere la distinción.

Según CERO<sup>28</sup>, en todo rigor, se reputaría flagrante delito, o mejor delincuente *in fraganti*, solo al que es descubierto durante la comisión misma del hecho punible, al asesino hallado apuñalando a la víctima, al ladrón interrumpido al cargar objetos robados, etc. Pero al lado de estos casos se colocan los otros que los autores llaman *cuasi-flagrancia* y que asimilan a los anteriores para determinados efectos en la forma de proceder o como entre nosotros, especialmente para la cuestión de la captura del reo sin intervención judicial (...).

Sin embargo, es importante indicar que uno de los problemas que la casuística nos plantea, es entender en sí la definición de *flagrancia*; lo que dependerá del entendimiento del funcionario que tiene la facultad constitucional de detener en flagrante delito, la policía. Para JOSEP QUERALT delito flagrante “es exclusivamente el que se perpetra o se acaba de perpetrar en presencia de los agentes de policía judicial. Ello no quiere decir, lógicamente,

26 Véase SANCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, Idemsa, Lima, 2004, p. 823.

27 SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal Vol. II, Grijley, Lima, 1999, p. 806.

28 CERO, Julio. *Procedimiento Penal*. Sexta Edición. Editorial Jose M. Cajica. JR. S.A. México: 1968. pág. 132-133.

que sea sólo el que se cometa al alcance directo de aquellos: ***flagrancia no es más que constancia sensorial, es decir, visual, del hecho.***"<sup>29</sup>

Por su parte, MEINI<sup>30</sup>, sostiene "La flagrancia es un concepto que, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*. De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa) son actos que también quedan abarcados por el concepto de flagrancia. La razón es hasta cierto punto obvia: los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia".

### 3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE FLAGRANCIA.

La flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional<sup>31</sup>, que justifica privar a una persona de su libertad por personal policial, que corresponde dentro del contexto de una situación particular de urgencia, la misma que debe darse concurriendo la inmediatez tanto temporal como personal.

SAN MARTIN CASTRO, expresa que "la flagrancia delictiva es el eje o condición previa que legitima la detención preliminar policial"<sup>32</sup>. Desprendiéndose de la doctrina y la normatividad existente ciertas características que le son propias, pudiéndose mencionar las siguientes:

- a) Inmediatez temporal**, que consiste en que la persona esté cometiendo el delito, o que se haya cometido momentos antes. El elemento central lo constituye el tiempo en que se comete el delito. Lo inmediato es en el momento mismo, lo que se está haciendo o se acaba de hacer.

29 QUERALT, Joan Josep, Introducción a la policía judicial, Bosch, Barcelona, 1999, p. 58.

30 MEINI MENDEZ, Iván: "Procedencia y requisitos de la detención". En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, 2006, Lima, pág. 294

31 Véase, PALACIOS DEXTRE, Darío, Comentarios al nuevo código procesal penal, Grijley, Lima, 2011, p. 409; GALVEZ VILLEGAS, Tomás, y otros autores, El Código Procesal Penal, Jurista Editores, Lima, 2008, p. 526 y ss.; NEYRA FLORES, José, Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral, Idemsa, Lima, 2010, p. 497.

32 SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal, citado, p. 806.

- b) **Inmediatez personal**, es decir, que la persona se encuentre en el lugar de los hechos en situación que se infiera su participación en el delito o con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.
- c) **Necesidad urgente**, se da ante un conocimiento fundado, directo e inmediato del delito, por el cual, resulta urgente la intervención de la policía para que actúe conforme a sus atribuciones y ponga término al delito. Esto se da ante la imposibilidad de obtener una orden judicial previa. La característica propia de la inmediatez exige la intervención policial en el delito.

Es preciso resaltar que, para que se configure la flagrancia en un delito, el agente debe haber superado las fases internas del *iter criminis* y debe encontrándose como mínimo en la fase ejecutiva o externa del delito o a punto de consumir el hecho ilícito.

ORE GUARDIA<sup>33</sup>, señala que no sólo debemos conocer las características de la flagrancia, sino reconocer sus tipos, para lo cual señala que: “En la doctrina procesal suele distinguirse hasta tres clases de flagrancia las mismas que varían según el alejamiento temporal que existe entre la conducta delictuosa y la aprehensión de su autor.

- **Flagrancia estricta:** Hay flagrancia estricta cuando el sujeto es sorprendido y detenido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando el delito, concepto que se encuentra vinculado con las fases consumativa o ejecutiva del hecho punible.
- **Cuasiflagrancia:** Se da cuando un individuo ya ha ejecutado el hecho delictivo, pero es detenido poco después, ya que no se le perdió de vista desde entonces. Por ejemplo, un sujeto roba un artefacto y es visto en el acto de perpetrar el latrocinio, siendo perseguido por quien o quienes lo han sorprendido y es detenido.
- **Presunción de flagrancia:** En este caso el individuo ni ha sido sorprendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Sólo hay indicios razonables que permiten pensar que él es el autor del hecho”.

Estos distintos tipos de flagrancia a la fecha han sido establecidos por la Ley N° 29569, que modifica el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, sin

33 ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Alternativas. Lima, 1999. Pág. 345 y 346.

embargo debe tenerse en cuenta la pluriculturalidad de nuestro país, debido a que la casuística nos demuestra que no en todo el Perú, se entiende a la flagrancia del mismo modo.

Al respecto, ANGULO ARANA<sup>34</sup>, señala que “En casos acontecidos en la sierra peruana, donde los agraviados se organizan en grupo para perseguir a quienes sustrajeron ganado ovino u otros, que no pueden ser tan fácilmente trasladados, las persecuciones siendo continuas y permanentes podrían durar 4 ó 5 días o algo más, y hasta podría ocurrir que durante tal tiempo no se perdiera nunca de vista a los autores del ilícito o que sólo se los perdiera en algunas curvas, al subir cerros o cruzar un abra, por algunas horas o que efectivamente se les dejara de ver por uno, dos o tres días o más en que se continúa la persecución, conociendo exactamente el lugar por el que se desplazan y que no podrán tomar otro camino, y, podría ser que conociendo en la parte final un atajo, los perseguidores aparecieran delante de ellos, reduciéndoles y deteniéndolos, inclusive ya con apoyo policial; y en tal caso ¿diríamos acaso que la flagrancia ya había terminado? Ciertamente no parece razonable el concluir así, y abrirles paso para que se retiren. Por ende, se advierte que el tema de no perder de vista al perseguido y el tiempo en que se dilata la persistencia de la persecución, y se mantiene aún la flagrancia, puede ser no tan corto ni tan lejano, y por ello debe ser establecido, en cada caso concreto, por la razonabilidad y el buen criterio”.

Por su parte, SAN MARTIN CASTRO<sup>35</sup>, señala que: “La interpretación de la flagrancia debe ser restrictiva en aras del máximo respeto posible a los derechos fundamentales en juego”.

En este mismo sentido, CABALLERO GUEVARA<sup>36</sup>, señala: “Así pues, una vez que el delincuente huyó, y por ende se quiebra e interrumpe el criterio de la inmediatez, lo que corresponde es una investigación, que permita acopiar la evidencia necesaria para identificarlo con certeza y determinar las circunstancias en que el delito fue cometido. Precisamente la investigación, sujeta a reglas y garantías, tiene por objeto impedir conclusiones arbitrarias

34 ANGULO ARANA, Pedro Miguel: “La Detención en Flagrancia”. En: *Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica*. Tomo 106. Año 2002. Setiembre. Pág. 37 y 38.

35 SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Grijley. Lima, 1999. Volumen I. Pág. 351.

36 CABALLERO GUEVARA, Rosa Magaly: “La actual regulación de la flagrancia delictiva en el ordenamiento peruano Un flagrante desacierto”. En: *Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica*. Tomo 185. Año 2009. Abril. Pág. 147.



de responsabilidad penal por la apariencia, la sospecha, la sindicación maliciosa, etc.”

Sin embargo, a pesar de las diversas opiniones que se puedan tener o de los muchos cambios legales que se puedan dar en torno a los requisitos de la flagrancia, también es importante y no debe olvidarse lo señalado por MANRIQUE PACHAS<sup>37</sup>, que: “La ley establece de modo genérico quiénes y qué va contra el orden, pero es la policía en general y cada policía en particular, la que agrega una pauta concreta de selección por lo que mucho dependerá de la propia organización y formación de la policía”.

### 3.1 EN LA LEGISLACION NACIONAL.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no define a la flagrancia. En cambio, el Código Procesal Penal de 1991 sí define a la flagrancia en su artículo 106<sup>º</sup> inciso 8), así se indica: “Hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto”. Asimismo, “si el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el delito, o es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo”.

Posteriormente, el Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 259<sup>º</sup>, propone tres comportamientos de la flagrancia:

**A. Cuando la realización del hecho punible es actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto, es la detención denominada “Flagrancia Propiamente Dicha”.**

En este caso se aprecian cuatro elementos: 1. La inmediatez personal: El presunto imputado en ese momento, lugar y circunstancias, se encuentra físicamente presente. 2. La inmediatez temporal: El presunto imputado en ese momento está perpetrando, o instantes antes se acaba de perpetrar el hecho punible. 3. La percepción sensorial directa: El descubrimiento por medio de uno, algunos o todos los sentidos (vista, oído, gusto, olfato o tacto ) a la vez, por la misma víctima o terceras personas, que el presunto imputado en ese momento está perpetrando, o instantes antes se acaba de perpetrar el hecho punible, y 4. La intervención del presunto imputado por la autoridad policial, o la aprehensión por la víctima o por terceros.

37 MANRIQUE PACHAS, Gastón: “La flagrancia extendida. A propósito de la Ley N° 26569”. En: *Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica*. Tomo 206. Año 2011. Enero. Pág. 159.



**B. Cuando el autor es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible: Detención conocida también como “cuasiflagrancia”.**

En este supuesto, se aprecian los siguientes elementos: 1. La inmediatez personal y temporal: El autor en ese momento, lugar y circunstancias, se encuentra físicamente presente y acaba de perpetrar el hecho punible. 2. La percepción sensorial directa por la misma víctima, la autoridad policial o terceras personas, que el autor instantes antes acaba de perpetrar el hecho punible. 3. Persecución sin interrupción: Perpetrado el delito, el autor huye, produciéndose una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por terceros que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se sumaron a los perseguidores. 4. La intervención del autor por el efectivo policial, o la aprehensión por la víctima o por terceros. Podría haber una percepción indirecta, cuando uno de los que se incorporó a la persecución logre prender al huido.

**C. Cuando el autor es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo: Detención llamada también: “Presunción legal de Flagrancia”.**

En ella se aprecia los siguientes elementos: 1. La inmediatez personal del autor. El descubrimiento del autor por parte de la autoridad policial, por la víctima o por terceros. La norma no indica con exactitud, si el descubrimiento es en el mismo lugar, cerca o lejos de donde se cometió el hecho punible. 2. La percepción sensorial directa de la materialidad de los medios comisivos, que deben ser objetos (armas o instrumentos), encontrados en posesión del autor; o las huellas, que le permitan deducir a la autoridad policial, a la víctima o a terceros, que existe una vinculación entre el hecho punible y el autor. 3. La inmediatez del delito. Aunque la norma no ha establecido con precisión la temporalidad del concepto “acaba de ejecutarlo”, sin embargo, se deduce que ésta (temporalidad) se refiere a un momento subsiguiente de la comisión por el autor, del hecho punible. 4. La intervención del autor por el efectivo policial, o la aprehensión por la víctima o por terceros.

Posteriormente, en el año 2007, mediante los Decretos Legislativos N° 983 y 989, el flagrante delito fue definido de una manera mucho más amplia, modificando al artículo 259º del Código Procesal Penal de 2004 y a la Ley N° 27934, referido a la detención y la convalidación durante la investigación preliminar, así se indica: “ (...) existe flagrancia cuando

el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible, o finalmente cuando es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.

Luego de ello, se produjo una nueva reforma sobre la definición legal del flagrante delito mediante la Ley N° 29372 con lo cual se volvió al texto original del artículo 259º del Código Procesal Penal de 2004.

Es de resaltarse que mediante la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar, en su artículo 4º había definido la flagrancia de la siguiente manera:

“A efectos de la presente ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo”.

Similar definición fue incorporada en el Código Procesal Penal del 2004, cuyo artículo 259º -sobre la detención policial- establecía en su texto original lo siguiente:

“Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo”.

No obstante, en el año 2007 se expidió un conjunto de decretos legislativos Decreto Legislativo 983 y el Decreto Legislativo 989:

*“(...) existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:*

- a) *Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.*
- b) *Es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.*

En la actualidad existe una norma de desarrollo que la define, la ley 29569, Ley que modifica el artículo 259° del Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957, en los términos siguientes:

*“La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quién sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:*

1. *El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
2. *El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
3. *El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible*
4. *El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso...”.*

Y, finalmente tenemos, que el 25 de agosto de 2010 mediante la emisión y publicación de la Ley N° 29569, nuevamente fue modificado el artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, volviéndose al mismo texto de los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 sobre la definición de flagrante delito.

### **3.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

El Tribunal Constitucional, asumió una posición primigenia en la cual consideraba dentro del concepto de flagrancia, no sólo los casos en que una

persona era detenida en el mismo acto de la comisión de un delito, sino también aquellos en los cuales una persona era encontrada con evidencias de haberlo cometido, ello no se contradecía con lo que se indicaba en la Ley N<sup>o</sup> 27934 y con la del Código Procesal Penal de 2004.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que con anterioridad a dichas disposiciones el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia había estado construyendo una definición sobre el flagrante delito. Tal es así que mediante la sentencia recaída en el Exp. 975-96-HC/TC<sup>38</sup>, estableció que: “La excepción (a la libertad física) se produce cuando la propia persona se aleja de su dignidad y se relaciona con el delito. En esta eventualidad la persona sólo puede ser detenida por orden escrita y motivada del Juez o por la autoridad policial en caso de flagrante delito; vale decir, por evidencias en el momento mismo de la comisión del hecho delictuoso o posterior a tal acto cuando subsisten evidencias del delito; (...) no necesariamente in flagrante, es decir, en el momento mismo de la producción del evento. Lo contrario significaría que aun existiendo notorias evidencias del hecho punible, después de la perpetración, el presunto responsable goce aún de libertad; y, además, desde luego, para la detención debe existir nexo de causalidad entre el delito y la conducta del supuesto infractor quien jurídicamente es inocente hasta que se pronuncie sentencia sobre su responsabilidad”.

Otro pronunciamiento se efectuó en el Exp. 818-98-HC/TC<sup>39</sup>, en similar término establece que flagrancia se produce en el mismo momento de la perpetración del delito o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito. Con ello podemos decir, que el Tribunal asumió una posición en la que consideraba también flagrancia, en los casos en que una persona era encontrada con evidencias de haber cometido delito.

Esta postura luego se apartó, en la sentencia recaída en el Exp. 125-2001-HC/TC<sup>40</sup>, limitando el concepto de flagrante delito en el preciso mo-

38 Publicada el 10 de septiembre de 1998. Se trata de un proceso de hábeas corpus seguido por José Luis Reynoso Chirinos contra el Juez del Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal del Cono Norte de Lima.

39 Publicada el 25 de mayo de 1999. Se trata de un proceso de hábeas corpus seguido Rafael Carpio Castro contra Máximo León Baldeón – Comandante PNP – DIVANDRO.

40 Publicada el 3 de agosto de 2001. Se trata de un proceso de hábeas corpus seguido por Oswaldo Torres Segura a favor de menor de edad contra Comisario de Laredo (PNP) y otro.

mento de la comisión del delito. Es así que a partir del año 2001, entendido como un segundo momento en el cual el Tribunal restringió el concepto de flagrante al momento mismo del delito, por cuanto indica que no se puede interpretar la Constitución para privar a una persona cuando se encuentran en cuasi flagrancia ya que la Constitución no alude a este concepto ni se puede indicar así en aplicación del principio de interpretación según el cual, las normas que establecen excepciones, deben ser interpretadas restrictivamente.

Con la dación de los Decretos Legislativos N° 983 y 989, indudablemente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no compatibilizaba, pues con estas nuevas leyes se ampliaba la flagrancia hasta 24 horas después de su perpetración con señales que indiquen su probable autoría o participación..

Al respecto, incluso la Defensoría del Pueblo se pronunció sobre dichos Decretos, señalando lo siguiente: “La ampliación de los supuestos de flagrancia contemplados en los Decretos Legislativos 983 y 989 resultan inconstitucionales, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal. Esta ampliación, asimismo, puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación de los citados decretos legislativos, lo que constituye una amenaza a la libertad física de toda persona. El supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita acudir a ella más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe flagrancia en la comisión de un delito”.

Ante ello, contra los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 fue presentada una demanda de inconstitucionalidad, sobre la cual el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recién en el año 2010, pero antes de que esto ocurra, se produjo una nueva reforma sobre la definición legal del flagrante delito mediante la Ley N° 29372 con lo cual se volvió al texto original del artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004, razón por la que el Tribunal declaró que se había producido la sustracción de la materia.

Sin embargo, ello fue en vano por cuanto el 25 de agosto de 2010 se dio la Ley N° 29569, en la que nuevamente fue modificado el artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, regresándose al mismo texto de los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 sobre la definición de flagrante delito.

Ante ello, seguramente el Tribunal Constitucional nuevamente tendrá que pronunciarse, pues es de advertirse que con este nuevo alcance sobre las características de delito flagrante se podría ingresar a un domicilio, por ejemplo a las 23 horas de cometido el delito, sin necesidad de autorización de su titular o la existencia de una orden judicial.

#### **4. MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE FLAGRANCIA.**

Nuestra actual Constitución en su título I, regula hace referencia a la flagrancia en forma específica en los artículos 2 inciso 24, parágrafo f) al referirse como un límite de la libertad locomotora y de excepción a la detención sin mandato judicial; así como en el mismo artículo 2 inciso 9, al referirse al derecho a la inviolabilidad del domicilio, en el cual, una excepción a dicho derecho, es la flagrancia.

#### **5. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LA FLAGRANCIA**

A efectos de iniciar el análisis de los derechos fundamentales afectados por la flagrancia, tiene que acudir necesariamente a lo señalado expresamente en nuestra actual Constitución de 1993, de cuyo estudio tenemos como derechos fundamentales que pueden verse afectados con la institución de la flagrancia a los siguientes:

##### **5.1. LA LIBERTAD INDIVIDUAL: LIBERTAD AMBULATORIA.**

Este punto en su desarrollo no se refiere a la afectación de la libertad ambulatoria sino a la legitimidad de la detención preliminar.

En efecto, nuestra Carta Política en su artículo 2 inciso 24, señala que toda persona tiene derecho a la “**libertad y seguridad personal**”, precisando en su parágrafo f, que como consecuencia de ello:

*“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.*

*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.*

*Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales*

*pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.*

De la citada disposición constitucional se tiene que esta contiene una norma implícita, la cual consiste en que la misma Constitución admite la posibilidad de la detención de una persona o ciudadano por parte de las autoridades policiales en caso de flagrante delito. En este sentido, se puede afirmar en líneas generales que el primer derecho de la persona que puede afectarse ante la existencia de una flagrancia delictiva es la libertad personal propiamente dicha, es decir como aquella libertad ambulatoria<sup>41</sup> o de circulación, por la cual un persona puede desplazarse de un lugar a otro, con lo cual uno puede residir e incluso permanecer en el lugar que se elige. Dicho de otra manera se trata de la afectación de la libertad ambulatoria como consecuencia del ejercicio de la facultad de detención en flagrancia por parte de la autoridad policial (la Policía Nacional del Perú).

Al respecto, cabe precisar que el término flagrancia es entendido como un concepto que se refiere al momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, por lo que se encontrarían incluidos todos los actos punibles del *itercriminis*, lo cual significa que se encuentren incluidos todos los actos que den inicio a la ejecución del delito, es decir, los posteriores a los actos preparatorios y que dan inicio a la tentativa, por ser ya punibles<sup>42</sup>.

Por su parte BERNALES BALLESTEROS<sup>43</sup>, al comentar el dispositivo antes glosado señala que en su párrafo primero se establece las dos formas de detención constitucionalmente correcta, la primera por mandato escrito y motivado del juez, que debe ser producido no arbitrariamente, sino de acuerdo a los procedimientos preestablecidos. La segunda entendida como la detención directa por la autoridad policial en caso de flagrante delito, la cual la entiende como el momento en el cual el agresor comete la acción criminal. Es por ello que teniendo en claro que éstos dos supuesto de detención

---

41 Libertad locomotora es el término empleado por MEINI MÉNDEZ, Iván, al comentar el párrafo f) del inciso 24 del artículo 2 de nuestra Constitución, en *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, enero 2008, Lima – Perú, pág. 289.

42 Así lo señala, MEINI MÉNDEZ, Iván, *ob. cit.*, 2008, pág. 294.

43 Véase BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Constitución y Sociedad*, 3ra Edición Lima, 1997, pág. 178-181



son los permitidos por la Constitución, toda aquella detención que no se encuadre dentro de ambas, constituiría una detención arbitraria.

Sobre esto último, resulta adecuado tener en cuenta la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a las situaciones limitativas de la libertad personal, que son los dos supuestos antes señalado, citado por BERNALES BALLESTEROS<sup>44</sup>, en caso Gasa Gangara Panday, en la sentencia del 21 de enero de 1994, serie C NQ 16, párr. 47:

“Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aun calificados de legales – pueden reputarse como incompatibles con respecto a los derechos fundamentales del individuo per se, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.

Mas adelante señala que: “la detención arbitraria es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho. Lo ‘arbitrario’ constituye, de esta manera, un concepto más amplio, que incluye supuestos tanto de legalidad como de ilegalidad de la detención. En este orden de ideas, existen detenciones que puede ser legales pero que de vienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formalmente establecidas en el ordenamiento jurídico, pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales”.

BERNALES BALLESTEROS<sup>45</sup> afirma que en el caso que una persona sea detenida por las autoridades policiales en flagrante delito, entonces el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, por lo que la Policía Nacional no tiene la potestad de retener a la persona más tiempo que el necesario para conducirla ante la justicia. Debiendo entenderse que el término de la distancia es un concepto procesal que está referido al tiempo que debe demorar un viaje desde donde esté la persona hasta donde debe

---

44 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *ob. cit.*, 1997, pág. 179-180.

45 En BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *ob. cit.*, pág. 180.



finalmente llegar, el cual es fijado por los organismos judiciales de acuerdo a la tabla que aprueban. En este sentido, se concluye que no existe detención por parte de efectivos militares o de unidades especiales del Estado, como el Servicio de Inteligencia Nacional.

Cabe mencionar que el plazo de la detención por flagrancia en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas puede ser de hasta quince días de acuerdo a la disposición constitucional, sin embargo, existe la obligación por parte de las autoridades policiales de dar cuenta al Ministerio Público y al juez competente, lo cual se complementa con la facultad que tiene el juez de asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo, el cual tiene como intención el permitir el control jurisdiccional de la investigación cuando el juez lo considere conveniente ya sea por razones vinculadas estrictamente al desarrollo de la investigación como a temores sobre la seguridad del detenido o por cualquier otra razón surgida de la evaluación discrecional del órgano jurisdiccional.

Asimismo, resulta pertinente señalar que respecto la facultad de detención policial por flagrancia, existe jurisprudencia relativamente interesante expedida por el Tribunal Constitucional, la cual es citada por BERMÚDEZ TAPIA<sup>46</sup>, como la recaída en el Exp. N° 818-98-HC/TC<sup>47</sup>, en cuyo fundamento 1 y 3 señala lo siguiente:

1. “Que ninguna investigación preliminar sobre tráfico ilícito de drogas puede legitimar la detención de cualquier persona si no se acredita con hechos evidentes la configuración de los elementos constitutivos del delito. El hecho de encontrar droga fuera del inmueble del investigado no acredita la existencia de flagrante delito porque falta el nexo de causalidad entre el lugar de ubicación de la droga y el detenido, como se da en el presente caso, máxime cuando la propia autoridad policial emplazada afirma a fojas cinco que al detenido no se le encontró droga alguna en sus bolsillos, que la droga se halló en la parte posterior del inmueble intervenido, adicionalmente, conforme al certificado médico legal de fojas quince, se acredita que el detenido no presenta signos de farmacodependencia. Ni la presencia del Fiscal en la intervención ju-

46 BERMUDEZ TAPIA, Manuel, *“La Constitución de 1993. A través de las sentencias del Tribunal Constitucional. Interpretación artículo por artículo de nuestra Norma Fundamental realizada por el Supremo Intérprete”*, Ediciones Legales, Segunda Edición, septiembre 2008, Lima – Perú, 133.

47 Publicada el 25 de mayo de 1999.

dicial ni la orden de allanamiento domiciliado decretado por un Juez legitiman las detenciones arbitrarias”.

3. “Que, según el artículo 2º, inciso 24) literal “f” de la Constitución Política del Estado, sólo se puede detener a una persona en flagrante delito o por orden del Juez. En los hechos que dan origen a la presente Acción de Hábeas Corpus no ha existido orden del Juez para detener al hijo de la recurrente; tampoco ha existido flagrante delito. Se está ante un caso de esta naturaleza cuando se interviene u observa en el mismo momento de su perpetración o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito. Aspecto diferente es pronunciarse por la culpabilidad del detenido, que solamente se expresa mediante sentencia judicial”.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 2617-2006-PHC/TC<sup>48</sup>, en cuyo fundamento 2 al 5, señala lo siguiente:

- 2 “Al respecto, es necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado constitucional de derecho, pues fundamenta diversos derechos constitucionales y justifica la propia organización constitucional.

No obstante, como todo derecho fundamental, la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Siendo, entonces, que se somete a prescripciones, no puede afirmarse que su ejercicio sea irrestricto. A este respecto, conviene anotar que, en criterio consecuente con tal limitación, la Norma Suprema no ampara el abuso del derecho”.

- 3 “Sobre la detención personal, el artículo 2, inciso 24, literal f, de la Constitución prevé, taxativamente, la ocurrencia de dos supuestos para que esta sea *legítima*: a) el mandato escrito y motivado del juez, y b) el flagrante delito. En lo que al caso incumbe, visto que se impugna la detención porque, presuntamente, esta se ordenó sin que se presenten ambos impuestos, se procederá a determinar si, en efecto, así aconteció,

48 Publicada el 31 de agosto de 2006.

a fin de verificar la posible vulneración del derecho y disponer la excarcelación del recurrente o, de lo contrario, desestimar la pretensión”.

- 4 “La norma constitucional precitada precisa que ambos supuestos no son concurrentes y que el plazo para que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad pertinente es de 24 horas, con la excepción de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso la detención preventiva puede extenderse por 15 días. En el caso de autos, la detención responde al supuesto de flagrancia, pues la fiscal emplazada consideró que la conducta del recurrente se ajustaba a tal condición en el momento de los hechos”.
- 5 “Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la *flagrancia* en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”.

## 5.2. LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

Otro de los derechos que pueden verse afectados con la institución procesal penal de flagrancia y que deriva de la afectación a la libertad locomotora comentado en la anterior disposición constitucional, es la inviolabilidad del domicilio, la cual se encuentra prevista en la Constitución, que lo regula en el artículo 2, en su inciso 9, según el cual toda persona tiene derecho: *“A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley”*.

Sobre el particular, cabe señalar que este derecho ha sido entendido desde un principio por la doctrina constitucional como una extensión de la libertad individual a tal punto de ser definida como una verdadera libertad<sup>49</sup>, a partir del cual una persona ejerce la defensa o reacción frente a los actos vulneran la libertad. Sin embargo, se reconoce que mediante este derecho

---

49 Esta afirmación lo señala MESÍA RAMIREZ, Carlos y Juan Manuel SOSA SACIO, al comentar inciso 9 del artículo 2 de nuestra Constitución, en *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, enero 2008, Lima – Perú, pág. 131.

no sólo se protege la libertad individual sino también otros derechos individuales, como el derecho de propiedad y principalmente el derecho a la intimidad<sup>50</sup>.

Bajo los lineamientos antes indicado, se asume que la inviolabilidad del domicilio consisten en la imposibilidad de entrada, investigación o registro del recinto que se habita, salvo las excepciones señaladas expresamente en la Constitución, de la autorización de quien habita el domicilio, mandato judicial, flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración, por lo que se recomienda que se asuma un concepto de domicilio constitucional de manera que se incluya como actos violatorios no solo los utilizados en forma física por otras personas sino por medio de aparatos electrónicos, mecánicos u otros análogos.

Es por ello que MESIA RAMÍREZ<sup>51</sup>, considera que existirían tres elementos que configuran el domicilio constitucional, que según este autor, son aplicables tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas, aunque la propia Constitución no se refiera a la posibilidad a la afectarse este derecho en el caso de personas jurídicas. Los elementos a que se hace referencia son los siguientes:

- a) Elemento físico o material, según el cual, domicilio es el espacio en el que la persona vive sin estar condicionada por las conveniencias sociales, en la que puede permitirse comportamientos que los usos sociales no siempre admiten. Es por ello que admite al interior de su domicilio una persona desarrolla su personalidad y disfruta de su intimidad.
- b) Elemento psicológico, que sería la intención del habitar el lugar como morada, aun cuando no reúna las condiciones normales para ello, de modo que se abarca cualquier recinto que sirva de morada, como las habitaciones de hotel, bungaloes, camarotes asignados a una persona, casas rodantes, dormitorios de albergues, pudiendo incluirse al automóvil, carta para acampar o una cueva natural, para lo cual se requiere el ánimo de ocuparlo de manera exclusiva y de manera privada, con la intención de morar allí.
- c) Elemento autoprotector, el cual está referido a la exclusión de terceros de la propia morada.

50 Así lo exponen, MESÍA RAMIREZ, Carlos y Juan Manuel SOSA SACIO, *ob. cit.*, 2008, pág. 131

51 Así lo exponen, MESÍA RAMIREZ, Carlos y Juan Manuel SOSA SACIO, *ob. cit.*, 2008, pág. 131

En lo que respecto a la afectación que pudiera generar la flagrancia al derecho a la inviolabilidad del domicilio, el cual consiste en una de las excepciones previstas en nuestra Constitución en la defensa de este derecho, por lo tanto, no constituye supuesto de excepción relevante para los fines del presente trabajo, las excepciones referida a la entrada legítima en el domicilio por consentimiento del titular ni a los supuesto de un mandato judicial que lo autorice, sin embargo, a nuestro criterio resulta imprescindible evaluar y diferenciar los otros dos supuestos de excepción que preveela Constitución, por estar vinculados entre sí en cuanto a la comisión de un ilícito penal, los cuales consisten en: a) la existencia de un flagrante delito y b) un grave peligro de la perpetración de un delito.

En lo que se refiere a la flagrancia delictiva, existe opiniones que señalan que en estos casos, sólo se permitiría el ingreso al domicilio en caso que sea necesario para alcanzar los fines legítimamente previstos, como serían impedir la consumación del ilícito penal, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito. Al respecto, debe tenerse en cuenta la señalado por RUBIO CORREA<sup>52</sup>, quien señala que ambos supuestos de excepción deben ser utilizados muy excepcionalmente porque si no se estaría violando lo que la Constitución quiere proteger.

Por otro lado, de acuerdo a una interpretación literal, el último supuesto de grave peligro o peligro inminente de perpetración de un delito, debe ser entendido como una circunstancia distinta a la flagrancia, más precisamente vinculado a una peligrosidad que merece ser aclarada para no sea confundido con aquella, por cuanto existe consenso por parte de los constitucionalista al considerar este grave peligro o peligro inminente, como un término bastante indeterminado e impreciso. Es por ello que MESIA RAMÍREZ, considera que concurriría este supuesto cuando se tenga el conocimiento fundado de la comisión inminente de un hecho ilícito, por lo que no estaría incluido la mera sospecha, presunciones o prejuicios, con lo cual se requiere que los agentes policiales tengan motivos y razones suficientes, certeza clara, manifiesta y perceptible de la futura comisión de un ilícito penal.

### **5.3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.**

La posibilidad de verse afectado este derecho por la flagrancia delictiva, conforme ha sido indicado en el punto precedente deriva de la afectación

---

52 Tomado de RUBIO CORREA, Marcial, *Para conocer la Constitución de 1993*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Primera reimpresión, Lima – Perú, pág. 38.

que pudiera darse al efectuarse a la inviolabilidad del domicilio por causa de la flagrancia, por lo que la afectación de este derecho por causa de esta flagrancia si bien no resultaría directa también lo es que sí resulta en forma indirecta, que deriva la conectividad que tiene este derecho a la intimidad con el de la inviolabilidad del domicilio, por ser al interior de un domicilio y la privacidad que representa, en donde la persona o el ciudadano desenvuelve su personalidad y realiza con mayor libertad todas las acciones y omisiones que desea que sean conocidas por los demás.

Al respecto, este derecho se encuentra previsto en el artículo 2 inciso 7 que señala que toda persona tiene derecho a **“Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”**.

Sobre este derecho RUBIO CORREA<sup>53</sup>, señala que “la intimidad personal y familiar es aquella esfera de la vida de una persona en la que ningún extraño puede interferir, además que es reservada con plena autonomía a la persona misma y a sus familiares más cercanos, siendo los asunto íntimos y de familia, es decir todo aquello llamamos vida privada”.

Sobre este derecho MORALES GODO<sup>54</sup>, ha señalado “que existe una diversidad de definiciones provenientes tanto del sistema del *commomlaw* como de nuestro sistema romano germánico, según los cuales el contenido de este derecho es diverso”. Sin embargo, agrega “que de acuerdo a nuestro Código Civil de 1984, la Constitución de 1993, como el Código Penal de 1991, la definición debe girar en torno a la protección de la esfera de nuestra existencia que la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado, así como el control de la información de esta faceta de nuestra vida, haciendo presente al igual de muchos derechos de la personalidad este derecho no es absoluto al ser limitado por el “interés público” o de “interés general” que no debe confundido con la curiosidad pública<sup>55</sup>.

En el caso en concreto la posibilidad de verse afectado este derecho o verse en conflicto con otros derechos, se encuentra vinculado a los casos ex-

53 Ver RUBIO CORREA, Marcial, *ob. cit.*, 2001, pág. 35.

54 Así lo señala MORALES GODO, Juan, al comentar el del inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución, en *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición, enero 2008, Lima - Perú, pág. 118.

55 Véase en MORALES GODO, Juan, *ob. cit.*, 2008, pág. 119.

cepcionales de afectarse la inviolabilidad del domicilio como consecuencia de la flagrancia delictiva, en el cual toda aquello que para el ciudadano respondía a su estricta intimidad al estar dentro de su propio domicilio, resulta de interés público por responder a la necesidad del Estado por intermedio de sus autoridades policiales de perseguir el delito en forma inmediata a su comisión, distinto a los mecanismos en los cuales media un mandato judicial autoritativo que tiene efectos tanto para evitar la comisión como la persecución del delito, claro está en el caso que puede ser entendido como un supuesto de flagrancia.

#### 5.4. LA INVOLABILIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Finalmente, aunque no se trata de un derecho fundamental, existen casos en los cuales existe la posibilidad de que en vía excepcional afecte legítimamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio por la existencia de flagrancia delictiva, sin embargo, debido a los mecanismos u operativos de permisibilidad a la excepción de aquél derecho por parte de la policía así como por mecanismos de protección o autoprotección de los efectivos que intervienen en la ejecución de la diligencia policial, puede verse afectados bienes de propiedad de la persona o ciudadano afectado, con lo cual, se vulnera su derecho a la propiedad. Esta afirmación, si bien no aparece ser aceptada por los diversos autores, también lo es que, merece tenerse en cuenta.

La inviolabilidad del derecho a la propiedad se encuentra prevista en el artículo 70 de la Constitución, según el cual *“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”*.

Sobre la posibilidad de ser entendida la propiedad como un derecho fundamental o simplemente constitucional, RUBIO CORREA, considera que ello puede entenderse del mismo texto constitucional en su artículo 2 inciso 16<sup>56</sup>. Señala que la propiedad es el derecho real más completo que existe

56 RUBIO CORREA, Marcial, *ob. cit.*, 2001, pág. 206. Por su parte el artículo 2 inciso 16 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho: ... “12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso



porque contiene todas las potestades que se puede ejercitar sobre ellas y que como todo derecho no es absoluto, puesto que debe ser ejercido dentro de los límites de la ley y en armonía con el bien común, teniéndose en cuenta la dimensión social que tiene todo derecho<sup>57</sup>.

## **6. LA FLAGRANCIA EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.**

### **6.1. UN ACERCAMIENTO A LA FLAGRANCIA EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL.**

Finalmente, como se sabe, en el artículo 2, 24, f, de la Constitución Política peruana de 1993 se ha establecido que “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”, pero allí queda el tema, no se dice nada más sobre ello.

En realidad como concepto legal, hasta antes del Código Procesal Penal de 2004, no existía ordinaria norma alguna que definiera el concepto de “flagrancia”, por lo que, pese a que se le mencionaba en las Constituciones, siempre se debía de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para conocer su contenido y alcances.

El 21 de julio de 2007, se promulgó el Decreto Legislativo N° 989, con el que se modificó el concepto de flagrancia delictiva establecido en la Ley N° 27934, que regula la actuación del Ministerio Público y la Policía Nacional en la investigación preliminar.

Esta norma fue seriamente criticada por los especialistas, ya que se consideró que violaba los principios contenidos en el nuevo código procesal penal. Es por ello, que el 9 de junio de 2009, se publicó la ley N° 29372, volviéndose al concepto de flagrancia delictiva que aparecía en el texto original del nuevo código adjetivo penal.

Esta última norma reconoce dos supuestos: la llamada flagrancia *stricto sensu*, que es la que hace referencia al descubrimiento del autor en el momento de la comisión de los hechos y, la cuasi flagrancia, en la que se

---

previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”.

57 RUBIO CORREA, Marcial, *ob. cit.*, 2001, pág. 205.



incluye a aquellas situaciones en las que el autor es perseguido inmediatamente después de la realización delictiva.

Es así que el artículo 259 del Código Procesal Penal del 2004, con la modificación introducida por la Ley N° 29372, se señalaba:

*“1. La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. 2. Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo”*

Pero posteriormente, esta disposición ha sido modificada recientemente por Ley N° 29569, publicada en el Diario Oficial El Peruano el miércoles 25 de agosto del 2010, ampliándose la definición de flagrancia, estableciéndose lo siguiente:

*“La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quién sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:*

- 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
- 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
- 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
- 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.*

Siendo así, podemos establecer que la flagrancia como bien lo dice ANGULO ARANA “constituye una figura procesal que define una particular situación de urgencia en la cual se permite a la policía nacional una excepcional actuación que le faculta tanto a detener al agente o presunto autor del ilícito penal, como a ingresar a los domicilios de las personas, cuando se encontrare realizando la persecución. Precisamente, por lo referido, tal

figura es de gran interés para la policía nacional y el Ministerio Público, que son las primeras entidades que deben calificar su presencia”<sup>58</sup>.

Y que, con el paso del tiempo, en nuestro país, ha ido evolucionando, pasando por una serie de actos que se consideraban flagrancia y a la vez condenatorios, hasta establecer de manera ordenada la función policial, en torno a la flagrancia, que si bien se encontraba ya en la época republicana en nuestra Constitución, también lo es que, no estaba en nuestros códigos de procedimientos, y sólo se tenía la ley orgánica de la policía nacional que permitía como nos dicen autores como ORTELLS RAMOS,<sup>59</sup> que “la potestad que tiene la policía de poder detener a una persona, sería una potestad propia, en el sentido de que solo a la autoridad policial le corresponde apreciar la concurrencia de los presupuestos de su ejercicio y que en este caso no actúa como ejecutora de una resolución judicial”, sin haberse analizado a fondo, quien controla que la intervención en flagrancia sea correcta, y sin violación de derechos fundamentales de la persona.

58 ANGULO ARANA, Pedro Miguel; “La flagrancia delictiva y la ley N° 29569”. Especial: Ampliación de los supuestos de detención policial en caso de flagrancia delictiva. En: Revista: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 15, Setiembre, 2010. p. 37.

59 ORTELLS RAMOS, Manuel: “*Exclusividad Jurisdiccional para la Restricción de Derechos Fundamentales y Ámbitos Vedados a la Injerencia Jurisdiccional*”. En: *Medidas Restrictivas De Derechos Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, pp.15-66.

## CAPÍTULO II LA FLAGRANCIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

### 1. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA FLAGRANCIA. NORMATIVIDAD.

El actual Código Procesal Penal, promulgado mediante el D. Leg. 957, el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio del mismo año, se ocupa de la flagrancia al regular la facultad de detención que tiene la autoridad policial en su artículo 259, ello sin perderse de vista que esta facultad se encuentra reconocida constitucionalmente en el artículo 2 inciso 24 literal f) de nuestra Carta Polítca<sup>60</sup>.

Es el caso que dicho dispositivo ha soportado diversas variaciones pese al poco tiempo de vigencia que tiene el nuevo Código Procesal Penal, el cual, inclusive aún no se encuentra vigente en todo el país.

---

60 **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho:

...

**24. A la libertad y a la seguridad personales.** En consecuencia:

...

**f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.**

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

### **1.1. Redacción original del artículo 259 del Código Procesal Penal.-**

Teniéndose en cuenta lo expuesto, se aprecia que la primera redacción de dicho dispositivo en su versión original fue la siguiente:

*“Artículo 259 Detención Policial.-*

- 1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.*
- 2. Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.*
- 3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad”.*

Del tenor de dicha disposición se aprecia que la detención en flagrancia por parte de la autoridad policial se encontraba permitida, siempre que concurra el supuesto de flagrancia definido por el numeral 2, según el cual, se requería que:

- a) el hecho punible sea actual (elemento temporalidad de la inmediatez) y dentro de dicho contexto, el presunto autor sea descubierto.
- b) cuando el presunto autor es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el hecho punible; y
- c) cuando el presunto autor sea sorprendido con los objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutar el hecho punible.

### **1.2. Primera modificación.-**

Posteriormente, tal dispositivo fue modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22 julio 2007, bajo el siguiente texto:

*“Artículo 259.- Detención Policial*

- 1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:*

- a) *Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.*
  - b) *Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.*
2. *Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad”.*

De la disposición antes glosada se tiene que en ella se efectúa una definición de flagrancia más específica en el numeral 1, señalando que esta se produce cuando:

- a) el agente es descubierto en la realización del hecho punible;
- b) cuando acabe de cometerlo; y
- c) cuando se produzca cualquiera de las siguientes dos circunstancias:
  - ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste, para lo cual se requiere que sea encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible y
  - es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indique su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Cabe señalar que bajo esta redacción el dispositivo deja de mencionar como una exigencia de la flagrancia de que el hecho punible sea actual (elemento temporal de la inmediatez), quedando solo como elemento definidor de la flagrancia que el descubrimiento del presunto autor en la realización del hecho punible.

Lo antes indicado, implica una flexibilización del concepto de flagrancia, por cuanto con tal disposición se incluía a la identificación inmediatamente posterior a la perpetración del delito, del que ha huido, por parte del agraviado o de otra persona que haya presenciado el acto, lo cual puede entenderse cuestionable en la medida que podría detenerse bajo supuesto de flagrancia a alguien haya sido sindicado maliciosamente.

Esta falta de interés en la inmediatez como elemento de la flagrancia al amparo de esta disposición fue cuestionada y puesta de manifiesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 6142-2006-PHC/TC (Caso Rodríguez)<sup>61</sup>, mediante el cual dicho Tribunal sostiene y reafirma como uno de los elementos indispensables de la flagrancia a la inmediatez, en el cual además de ello señaló que el paso de casi 10 horas desde la ocurrencia de los hechos hasta la captura del sindicado, no encuadra en ningún supuesto de inmediatez temporal o personal<sup>62</sup>.

En efecto, en dicha sentencia del Tribunal Constitucional señaló se refiere al requisito de la inmediatez temporal y inmediatez personal para configurar la flagrancia (considerando 4) y cuestionando la detención luego de diez horas de producido el evento en cuanto a la presunta comisión del delito de extorsión (fundamento 5 y 6) al señalar que:

*“4. Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito.*

5. Así se tiene de la declaración del demandando a fojas 8 y del atestado policial obrante a fojas 53, que el día 14 de marzo se suscitó un incidente entre el personal de la DIROVE y dos personas, en el marco de un seguimiento policial por la presunta comisión de delito de extorsión; incidente en medio del cual resultó herido un agente policial, y en el que ambos detenidos sindicaron

61 Publicado el 8 de mayo de 2007.

62 Así lo resalta mucho estudiosos del derecho procesal penal en el Perú, entre ellos, NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, 2010, Lima - Perú, pag. 497.

al beneficiario como autor intelectual del hecho delictivo, por lo que el personal policial procedió a su captura a horas 09:30 del día 15 de marzo de 2006, es decir casi 10 horas después de suscitados los hechos delictivos. Asimismo, al momento de efectuársele el acta de registro personal se le incautaron 4 envoltorios conteniendo pasta básica de cocaína.

*6. De lo antes expuesto resulta evidente para este Colegiado que no consta de modo objetivo que la detención del beneficiario haya sido consecuencia de que contra él exista un mandato judicial escrito y motivado, ni tampoco que hubiese sido capturado en una situación de flagrante delito; sino que por el contrario y **conforme se colige de los propios documentos policiales que en copias certificadas obran en el expediente, su captura se produjo muchas horas después de producido el hecho delictivo, sin que exista inmediatez alguna de tipo temporal o personal en la comisión del delito**”.*

### **1.3. Segunda modificación.-**

Dentro de un contexto de crítica a la modificación del artículo 259 del Código Procesal Penal por el D. Leg. N° 983, por no exigir la inmediatez para que se configure la flagrancia, aquél dispositivo del Código Procesal Penal, es nuevamente modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29372, publicada el 09 junio 2009, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 259.- Detención policial*

- 1. La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.*
- 2. Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.*
- 3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, puede ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad”.*

En esta segunda modificación al dispositivo aludido, se puede apreciar que la definición de la flagrancia se encuentra contenida en el numeral 2, de cuya redacción aparece que el legislador retoma la exigencia de que el hecho punible sea actual (elemento temporal de la inmediatez).

Asimismo, se establece que esta disposición, salvo por la palabra “después” a continuación de la palabra “inmediatamente”, resulta siendo una copia idéntica de la redacción original del artículo 259 del Código Procesal Civil.

Bajo estos lineamientos la flagrancia allí definida se encuentra comprendida por los siguientes elementos:

- a) el hecho punible sea actual (elemento temporalidad de la inmediatez) y dentro de dicho contexto, el presunto autor sea descubierto.
- b) cuando el presunto autor es perseguido y capturado inmediatamente **después** de haber realizado el hecho punible; y
- c) cuando el presunto autor sea sorprendido con los objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutar el hecho punible.

#### **1.4. Tercera y última modificación.-**

Finalmente, el dispositivo materia de análisis es materia de una última modificación por el Artículo 1 de la Ley N° 29569, publicada el 25 agosto 2010, quedando el dispositivo en cuestión de la siguiente forma:

*“Artículo 259.- Detención Policial*

*La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:*

- 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
- 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
- 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
- 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para co-*



*meterlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.*

Bajo esta última redacción, se aprecia que nuevamente desaparece la exigencia de que el hecho punible sea actual (elemento temporal de la inmediatez), retornándose o guardando gran similitud con la modificación de dicho dispositivo efectuada por el D. Leg. 983 del 22 de julio de 2007, lo cual se puede considerar como un nuevo retroceso al no exigirse como un elemento esencial de la flagrancia a la inmediatez.

A diferencia de aquella modificación, la última y actual definición aparece haber sido redactada con una mayor técnica legislativa al definir la flagrancia delictiva, apreciándose que con tal propósito, ya no se refiere a los casos de faltas ni a los supuestos referidos a delitos sancionados con una pena no mayor de dos años de privación de la libertad, como se hace en las demás disposiciones.

Es así que según la actual redacción del artículo en cuestión, estaremos ante un supuesto de flagrancia, cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) el agente es descubierto en la realización del hecho punible.
- b) el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
- c) el agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
- d) el agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Bajo éste último supuesto se tiene que al igual que en el D. Leg. N° 983, se permite detener por flagrancia a una persona hasta después de veinticuatro (24) horas de cometida el delito. Dicho período de tiempo implícitamente otorga a la autoridad policial por un lado, la realización de actos de investigación para lograr la identificación del presunto autor de delito y por otro, actos de investigación para encontrar los efectos que fueron materia

del delito o los instrumentos empleados para cometerlo, que ya no constituye propiamente un supuesto de flagrancia delictual, desnaturalizándola, permitiéndose una detención no sustentada ella, sino en acto de investigación policial, lo cual, puede entenderse como inconstitucional por vulnerarse el espíritu del artículo 2 inciso 24 literal f) de nuestra Constitución.

## **2. LA FLAGRANCIA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Antes de pasar a describir las posiciones del Tribunal Constitucional conviene recordar muy brevemente las diferentes modificaciones legales que hubo en cuanto a la concepción de la flagrancia, a fin de poder entender dichas posiciones.

En la Ley 27934, fue que por primera vez se definió el concepto de flagrancia delictiva, pues como ya sabemos hasta entonces sólo en la Constitución Política encontrábamos una mención a la flagrancia, en esta norma se indicaba: *“A los efectos de la presente Ley se considera que existe flagrancia cuando la realización del acto punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo”*.

Luego, el Código Procesal Penal del 2004, de forma similar a la Ley antes indicada, en su artículo 259° señalaba: “ ... 1. La policía detendrá sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. 2. Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo ...”.

Posteriormente - como ya se ha dicho - se realizaron cambios legislativos, mediante el Decreto Legislativo N° 983 el 21 de julio de 2007, luego con la Ley N° 29372 el 09 de junio de 2009 y finalmente con la Ley N° 29569 el 20 de Agosto de 2010, quedando entendida actualmente de la siguiente manera: *“...Existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible. 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos*

*o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso ...”.*

Hecha esta breve descripción, pasaremos a describir los temas en que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional respecto a la Flagrancia, así tenemos:

### **2.1. SOBRE LA AMPLITUD DE LA FLAGRANCIA:**

Al respecto, el Dr. Angulo Arana refiriéndose al Tribunal Constitucional: “Temprana y originalmente, en sus sentencias, acogió el significado amplio de la flagrancia, conforme a la doctrina actual, el Derecho Comparado y la jurisprudencia extranjera, comprendiendo que pueden presentarse los casos de la flagrancia clásica o estricta, la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia o flagrancia evidencial, sosteniendo puntualmente que la Constitución no se refiere a una única forma de entender la flagrancia<sup>63</sup> es decir cuando aún no se había dado la Ley 27934.

Así, a través de su Sentencia emitida el 17 de junio de 1998, en el Expediente N° 975-1996-PHC/TC, del caso José Luis Reynoso Chirinos, en el considerando 1, indica: “... la persona sólo puede ser detenida por orden escrita y motivada del Juez o por la autoridad policial en caso de flagrante delito; vale decir, por evidencias en el momento mismo de la comisión del hecho delictuoso o posterior a tal acto cuando subsisten evidencias del delito; esta precisión jurídica se realiza en virtud que la Constitución Política prescribe “en caso de flagrante delito”, no necesariamente in fragante, es decir, en el momento mismo de la producción del evento”.

Es decir, el Tribunal Constitucional distingue entre el concepto de flagrante delito o flagrancia, y la noción de in fragante o in fraganti, locución latina última que se refiere al mismo instante en que se está cometiendo un delito. Así es que el Tribunal Constitucional entendió que la flagrancia posee un significado más amplio. Por lo demás, se entiende que la flagrancia clásica o estricta se refiere al hecho y a su autor descubiertos in fraganti,

---

63 ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “Ampliación de los supuestos de Detención Policial en caso de Flagrancia Delictiva”. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 15. Setiembre 2010. Pág. 19

mientras que las notorias evidencias y la relación de causalidad se dirigirían a configurar los otros tipos de flagrancia.<sup>64</sup>

En la misma línea, el Tribunal reiteró su posición sobre el flagrante delito a través de su Sentencia N° 818-98-HC/TC de fecha 14 de Enero de 1999, indicando: *“Se está ante un caso de esta naturaleza cuando se interviene u observa en el mismo momento de su perpetración o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito. Aspecto diferente es pronunciarse por la culpabilidad del detenido, que solamente se expresa mediante sentencia judicial”*.

Es decir, en un primer momento el Tribunal Constitucional asumió una posición en la cual consideraba dentro del concepto de flagrancia, no sólo los casos en que una persona era detenida en el mismo acto de la comisión de un delito, sino también aquellos actos en los cuales una persona era encontrada con evidencias de haberlo cometido<sup>65</sup>.

Sin embargo, en un segundo momento, y pese a que aún no se había emitido la Ley 27934, el Tribunal restringió el concepto de flagrante delito refiriéndose sólo al momento mismo del delito a través de su Sentencia N° 125-2001-HC/TC de fecha 20 de Abril de 2001, cuando indica: *“... Que, en el presente caso, no hubo comisión flagrante de delito, toda vez que la flagrancia supone la aprehensión del autor de la infracción en el preciso momento de la comisión del mismo ...”*

## **2.2. SOBRE LA RELACION DE CAUSALIDAD:**

Se refiere a la justificación de la detención en flagrancia cuando existe nexos de causalidad entre la acción del presunto infractor y el delito, así en su Sentencia N° 975-1996-PHC/TC de fecha 17 de Junio de 1998, se señala: *“para la detención debe existir nexo de causalidad entre el delito y la conducta del supuesto infractor quien jurídicamente es inocente hasta que se pronuncie sentencia sobre su responsabilidad ...”*

64 Ob Cit. 1 pág. 19

65 HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “El flagrante delito: precisiones legales y desarrollo jurisprudencial” (primera parte). En <http://blog-pucp.edu.pe/item/106812/el-flagrante-delitoprecisiones-legales-y-desarrollo-jurisprudencial-primera-parte>

Asimismo, en otra Sentencia N° 818-1998-PHC/TC de fecha 14 de Enero de 1999, indicó lo siguiente: *“El hecho de encontrar droga fuera del inmueble del investigado no acredita la existencia de flagrante delito porque falta el nexo de causalidad entre el lugar de ubicación de la droga y el detenido ...”*.

En el caso en que se buscan nexos de causalidad, lo que se pretende encontrar son fundamentos racionales (evidencias materiales, indicios, testimonios etc.) para vincular al agente con el hecho delictivo, que no se manifestaban por falta de vínculos espacio-temporales. Así, podría decirse que la relación de causalidad después ha de disolverse en la inmediatez personal y en la inmediatez temporal, que luego pasó a utilizar el Tribunal Constitucional.<sup>66</sup>

### 2.3. SOBRE LA INMEDIACION PERSONAL Y TEMPORAL:

El Tribunal Constitucional, al respecto, se ha referido como elementos relevantes e insustituibles de la flagrancia a la inmediatez personal y temporal. Sin embargo, en un primer momento, dio la posibilidad de que sólo uno de los dos elementos se dé en la flagrancia, así tenemos que en su Sentencia N° 2617-2006-PHC/TC de fecha 17 de Mayo de 2006 se indicó: *“... la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”*.

Pero, con fecha 31 de octubre de 2008, a través de su Sentencia N° 01957-2008-PHC/TC, indicó: *“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito presenta 2 requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) la inmediatez personal, esto es, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación; y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo (Cfr. STCs. Exp. N° 2096-2004-HC/TC, caso Eleazar Camacho Fajardo; Exp. N° 06646-2006-PHC/TC, caso Alberto Gonzalo Vega Sánchez; Exp. N° 6142-2006-PHC/TC, caso James Yovani Rodríguez Aguirre)”*.

66 Ob. Cit. 1 pág. 22

Posición esta del Tribunal que no compatibilizó con los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 que se dieron antes de dicha sentencia, es decir el 21 de julio de 2007. Es por ello que, la Defensoría del Pueblo se pronunció señalando que la ampliación de los supuestos de flagrancia sostenidos en dichos Decretos resulta inconstitucional, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal.

Sin embargo, no tardó en presentarse, contra los indicados Decretos Legislativos, una demanda de inconstitucionalidad, sobre la cual el Tribunal Constitucional ha asumido una posición en el año 2010, pero antes de que se pronuncie, se produjo una nueva reforma sobre la definición legal del flagrante delito mediante la Ley N° 29372 con lo cual se volvió al texto original del artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004, razón por la que el Tribunal declaró que se había producido la sustracción de la materia.

No se había contado con que, el 20 de Agosto de 2010, se volvería con la concepción amplia sobre flagrancia, a través de la Ley N° 26569, ante ello, seguramente el Tribunal Constitucional nuevamente tendrá que pronunciarse, pues es de advertirse que con este nuevo alcance sobre las características de delito flagrante se podría ingresar a un domicilio, por ejemplo a las 23 horas de cometido el delito, sin necesidad de autorización de su titular o la existencia de una orden judicial.

A manera de conclusión cabe preguntarse si en verdad resulta ser tan arbitrario e ineficaz este tipo de concepción amplia de flagrancia. Al respecto, el doctor Pablo Sánchez Velarde, hablando de la fórmula del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, ha considerado que se trata de una presunción de flagrancia, al señalar: “Esta fórmula constituye en sí una presunción legal de flagrancia en atención a la identificación del agente, lo que hace viable la detención de la persona, no en el momento que comete el delito, sino luego de haber sido identificado por los medios ya indicados y siempre que la captura se realice dentro de las 24 horas siguientes”.<sup>67</sup>

Es una interrogante que más adelante la vamos a desarrollar, considerando sus pros y contras, y atendiendo sobre todo, a nuestra realidad peruana.

### **3. SUPUESTOS DE FLAGRANCIA DELICTIVA.**

En nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto a la flagrancia como una regla de excepción al derecho a la libertad personal, en el que se permi-

67 SANCHEZ VELARDE, Pablo. “El nuevo proceso penal”. Editorial Idemsa. Lima, 2009. Pág. 331.

tirá la detención de una persona a fin de evitar eventuales consumaciones delictivas, la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito<sup>68</sup>, y se encuentra previsto en nuestra Carta Magna en su artículo 2 inciso 24 literal f), disposición constitucional que tiene como norma de desarrollo al Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 259°, la cual se ha señalado en los capítulo 1 señala lo siguiente:

**Artículo 259°. Detención policial**

*La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:*

1. *El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
2. *El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
3. *El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
4. *El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.*

Dada la trascendencia de esta institución, resulta necesario establecer reglas claras sobre bases constitucionales, para cuyo efecto se recurrirá a la jurisprudencia constitucional y doctrina, ya que la Policía podrá detener a quien esté cometiendo el delito (**flagrancia propiamente dicha**<sup>69</sup>), o a quien acaba de cometerlo (**cuasi flagrancia**<sup>70</sup> o **flagrancia ex post ipso**<sup>71</sup>).

68 VEGA LLAPAPASCA, Rafael Arnold, *Detención policial y arresto ciudadano: Diferencias conceptuales y de aplicación en la legislación peruana*, en revista JuS Doctrina & Práctica, N° 3, marzo de 2009, Grijley, Lima, p. 142.

69 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *El nuevo proceso penal*, 1era ed., Idemsa, 2009, p. 331.

70 *Ibidem*.

71 ROSAS YATACO, *Manual de Derecho procesal penal*, 1era ed., pról. Pablo Sánchez Velarde, Jurista, Lima, 2009, p. 450



Asimismo, es pertinente mencionar el contexto histórico en el cual se efectuaron las modificaciones a esta disposición, y que se remonta a momentos previos y posteriores al 22 julio del 2007. El gobierno del ex presidente García Pérez atravesaba diversas protestas sociales de distintos grupos: Juliaca, Puno, Ucayali, Huancavelica, Arequipa y Ayacucho, promovidas por frentes regionales, sindicatos, estudiantes, gremios profesionales, etc<sup>72</sup>, y si bien no constituye un dato pertinente para esta investigación, sólo cabe mencionarlo, a efectos de comprender que hubo tal situación de conflicto social.

Estas disposiciones se dieron en un primer momento por el Ejecutivo en uso de las facultades conferidas por el Congreso de la República, dentro del contexto de la lucha contra el crimen organizado, mediante Ley N° 29009, Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso<sup>73</sup>, y ciertamente esta delegación de facultades comprendía también *definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía* (art. 2º de la ley en mención). Luego se modifica el tratamiento que el Código Procesal Penal le daba a la flagrancia en su artículo 259º, mediante el artículo 3 del Decreto Legislativo 983<sup>74</sup>

Del contexto meramente normativo, la nueva “flagrancia delictiva” estaría pensada para combatir el crimen organizado; sin embargo, los agentes en este tipo de criminalidad siempre están alertas y no suelen dejarse ver o filmar cuando cometen sus delitos, pues para ser efectiva, debe tener a un sujeto que no sabe que está delinquiriendo: necesita un sujeto principalmente inocuo.

**a. Flagrancia en sentido estricto:**

La llamada interpretación literal no es sino el primer paso para la interpretación normativa que se realiza siguiendo determinados métodos, como el sistemático, teleológico o exegético. Para ello, la interpretación literal tiene como presupuesto lógico la comprensión terminológica de

72 Ver los periódicos de esos días. Puede consultarse el archivo en Internet del diario La República: [www.larepublica.pe](http://www.larepublica.pe) (ediciones anteriores).

73 De fecha 27 de abril de 2007.

74 Decreto legislativo que modifica el Código penal, de fecha 21 de julio de 2007, publicado el día siguiente.



lo escrito, es por ello que antes de analizar el tema encomendado, es necesario saber qué es “flagrancia” en el lenguaje ordinario.

El referente esencial para comprender el significado de *flagrancia* y de los términos de los que derive será el Diccionario de la Real Academia Española, en su edición vigésima segunda<sup>75</sup>. *Flagrancia* tiene como única acepción “cualidad de flagrante”. El análisis se reconduce, entonces, a saber qué es *flagrante*, vocablo que presenta diversas acepciones, siendo la primera de ellas “que flagra”. Por su parte, *flagrar* (que etimológicamente deriva del latín *flagrāre*<sup>76</sup>) significa “arder o resplandecer como fuego o llama”.

Se puede deducir entonces el porqué de las demás acepciones a *flagrante*: (2.) *Que se está ejecutando actualmente*; y (3) *De tal evidencia que no necesita pruebas*. Debido a ello, el Diccionario de la Real Academia Española, recogiendo además, muy seguramente, la práctica forense, señala que la locución adverbial *en flagrante* significa: “En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir”.

De lo señalado, se puede advertir que efectivamente el legislador peruano, ha optado por el sentido estricto de flagrancia, cuando el agente es descubierto en la realización del hecho punible, y que de acuerdo a la configuración de cada tipo penal, se determinará la consumación del delito, o estaríamos ante el grado de tentativa, así por ejemplo en el delito de robo, el delincuente (propriadamente dicho, presunto autor) es descubierto una vez que despojo del bien a la víctima, considerándose que la punición del *iter criminis* comienza con los actos iniciales de ejecución (tentativa), la Policía podrá detener a quien sospeche incluso que recién está empezando a ejecutar el delito.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, interpretando directamente la Constitución, ha dicho que *la flagrancia en la comisión de un delito presenta 2 requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) la inmediatez personal, esto es, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación; y con relación al objeto*

75 Versión en línea: [www.rae.es](http://www.rae.es).

76 A decir de Luis RODRÍGUEZ SOL, esta palabra latina significa “arder” o “quemar”, de donde *flagrante* significa “lo que está ardiendo”. Citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal: Teoría y práctica de su implementación*, 1era ed. Palestra, Lima, 2009, p. 374.

*o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo*<sup>77</sup>.

**b. Cuasi flagrancia**

Se ha determinado como supuesto de flagrancia, cuando el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. Al respecto, el magistrado supremo NEYRA FLORES, señala que la intervención policial “... es posterior al momento que fue descubierto cometiendo el hecho por el mismo agraviado, parientes o terceros o cuando la misma víctima reduce al agresor, logrando escapar éste, circunstancia en la que se incorpora a perseguirlo la policía, logrando capturarlo”<sup>78</sup>; por su parte, el Fiscal Supremo SANCHEZ VELARDE considera nos encontramos ante una cuasi flagrancia: “cuando el agente acaba de cometerlo, es decir, es capturado inmediatamente de haber realizado el hecho punible”<sup>79</sup>.

Si bien, en nuestra legislación no se indica cuando estamos ante la circunstancia de ser descubierto cuando se acaba de cometer el delito; acertadamente, en doctrina se señala que la aprehensión debe ser inmediata, pues precisamente, de ello deriva el sentido de una flagrancia.

**c. Presunción de Flagrancia: flagrancia virtual**

En nuestra legislación se ha incorporado este supuesto de flagrancia, en el que será detenido ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible. Al no tratarse propiamente de situaciones de flagrancia delictiva, la doctrina ha llamado a estos supuestos como *presunciones legales de flagrancia*, a su vez, cabe mencionar que si la vinculación de los hechos con un sujeto determinado se llega mucho

77 Cfr. Las sentencias del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 01957-2008-PHC/TC, caso Félix Hilario Cruz, del 31 de octubre de 2008, fundamento jurídico 6; 2096-2004-HC/TC, caso Eleazar Camacho Fajardo, del 27 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 4; 06646-2006-PHC/TC, caso Alberto Vega Sánchez, del 24 de agosto de 2006, fundamento jurídico 3; Exp. N° 6142-2006-PHC/TC, caso James Yovani Rodríguez Aguirre, del 14 de marzo de 2007, fundamento jurídico 3.

78 NEYRA FLORES, José Antonio: *Manual del Nuevo proceso penal*, Idemsa, Lima 2010, pág. 497

79 SANCHEZ VELARDE, Pablo: *ibídem* pág. 331.

después, con ayuda de las investigaciones realizadas, por más que haya hasta certeza de su participación, la flagrancia se habrá esfumado, más aún si se ha previsto un amplio margen para producir.

Al respecto, CABALLERO GUEVARA, refiere que. *“...el lapso de veinticuatro horas introducido por la norma modificatoria, desnaturaliza la propia esencia de esta institución. Facultar a la policía a detener a una persona hasta un día después (dentro de las 24 horas) de ocurrido el hecho, con la sola sindicación del agraviado o de un testigo, ya no presenta ese nivel de convicción que justifica la detención”*<sup>80</sup>. Efectivamente, resulta inadecuado extender el lapso de tiempo para efectuar una detención, si se tiene en cuenta que una de las características de la flagrancia es la inmediatez, lo que definitivamente con esta disposición se desnaturaliza esta institución.

Ahora bien, pasaremos analizar los supuestos que establece este dispositivo, en cuanto a la sindicación por la víctima u otra persona, debe tenerse en cuenta, que el solo hecho de ser víctima de un ilícito, no permiten establecer con objetividad quien fue el autor del mismo, además, como advertir si la sindicación es cierta o no, debe tenerse en cuenta si se tiene interés o no, cada caso concreto tendrá sus particularidades, que requiere un trabajo serio, más aún, si se trata de una restricción de uno de los derechos más valiosos que debe asegurar el Estado, la libertad personal. Cabe mencionarse el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, sobre requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, en el que se establece las garantías de certeza de la sindicación de un testigo o agraviado, entre ellas:

Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

Que si bien, se ha establecido esta regla para efectos de la valoración de la prueba, también es cierto, que podría producirse excesos con la sola sindicación para aprehender a una persona, lo que de alguna medida este primer análisis, podrían evitarse estos problemas; es por ello, además, como acertadamente, sostiene el profesor SANCHEZ VELARDE, en el sentido que *“...este supuesto exige de la policía una actuación investigatoria rápida y de*

---

80 CABALLERO GUEVARA, Rosa Magaly: La actual regulación de la flagrancia delictiva en el ordenamiento peruano- un flagrante desacierto. EN: Gaceta Jurídica Tomo 185, Abril - 2009. Pág 147

*resultado. Es de estimarse que el mayor inconveniente se presentará cuando se trate de la identificación personal que haga el agraviado o el testigo respecto del agente infractor debido a la fragilidad de la memoria, el estado de tensión o nerviosismo o confusión que pueda tener en tales circunstancias. Por lo mismo, habrá de actuarse con mucho cuidado y profesionalismo por parte de la policía y del fiscal si estuviera en la dirección de la investigación”<sup>81</sup>.*

Por su parte, el juez supremo NEYRA FLORES, habrá presunción de flagrancia cuando existen “*motivos racionalmente suficientes para concluir que nos hallamos ante un ilícito temporalmente próximo o material*”<sup>82</sup>, pero cabe preguntarse cuando nos encontramos antes estos indicios para vincular a un sujeto con la comisión de un delito, para lo cual, se han presentado varios presupuestos, por sindicación de una persona o víctima, identificación por medio audiovisual, sindicación que en ese amplísimo plazo pueda ser detenido el sospechoso puede realizarse por cualquier persona que lo logre identificar aun viéndolo por televisión simplemente. De allí que se le llame también *flagrancia virtual*<sup>83</sup>.

En cuanto a este último, encontrarse registrado la imagen mediante medio audiovisual, dispositivos o equipos con tecnología, sin que se haya establecido cuando nos encontramos ante un medio audiovisual, para lo cual, recurriremos a su definición y corresponde a medios de comunicación social que tienen que ver directamente con la imagen como la fotografía y el audio. Los medios audiovisuales se refieren especialmente a medios didácticos que, con imágenes y grabaciones, sirven para comunicar un mensaje especialmente específicos. Entre los medios audiovisuales más populares se encuentra la diapositiva, la transparencia, la proyección de opacos, los diaporamas, el video y los nuevos sistemas multimediales de la informática, siendo necesario establecer taxativamente cuales son estos medios, y de ese modo no exista discrecionalidad de la autoridad que efectivizará la detención de una persona.

#### **d. Presunción de Flagrancia. Flagrancia diferida**

Se efectuara la detención de una persona dentro de las 24 horas de producido el delito, y el agente es encontrado con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o

81 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, op. cit., p. 331

82 NEYRA FLORES, José Antonio, ibídem, pág. 497.

83 Ibídem.

con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso. Se describe que pueden ser detenidos a quien se sospeche que ha participado de su comisión, por tener objetos relacionados al hecho, por ello se le ha llamado también *flagrancia diferida*<sup>84</sup>.

Esta laxitud permite una corroboración indiciaria muy deficiente: Conforme el inciso 4 del artículo comentado, basta poseer un objeto posiblemente sustraído de un lugar para ser involucrado con el delito y detenido.

No obstante, cabe mencionar que en nuestra jurisprudencia se ha establecido cuando nos encontramos ante los efectos o instrumentos de la infracción penal, en el Acuerdo Plenario 5-2010/PJ-116, ello con motivo de unificar criterios ante una medida de incautación que prevé el Código procesal penal, es así que se tiene que:

*“A. Los efectos del delito o producta scaeleris son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.*

*B. Los instrumentos del delito o instrumenta scaeleris son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera”*

Sin embargo, podrían suscitarse algunos problemas en su aplicación, así por ejemplo, cuando se realiza un rol de acuerdo a tu competencia, lo que en doctrina se denomina conducta neutra, y se brinda un servicio de transporte y a través del vehículo se transportaron las sustancias ilícitas.

### **Conclusiones: Necesidad de volver a la versión anterior**

---

84 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario; SCHÖNBOHM, Horst; UGAZ ZEGARRA, Fernando, y GAMERO CALERO, Lorena; *La investigación preparatoria del proceso penal común*, 1era ed., 1era reimpresión, GTZ – Cooperación Técnica Alemana, Lima, 2009, p. 86.

De lo señalado, nos lleva a la convicción del yerro del legislador al desnaturalizar la flagrancia delictiva. En el primer intento de hacerlo, el año 2007, no había sido tan osado. En aquella oportunidad por lo menos la flagrancia virtual fue algo más restringida, pues el testimonio de quien sin-dique al eventual detenido, en el peor de los casos comprendía a “medios audiovisuales o análogos”. Hoy, en cambio, se permite cualquier “dispositivo o equipo con cuya tecnología se haya registrado [la imagen del hecho delictivo]”. Uno de éstos podría ser incluso el periódico o las fotografías que cualquier bloguero cuelgue en Internet.

Estas medidas propias de un Estado policía no tienen actualidad en el nuevo modelo procesal. Si la Policía tiene el testimonio de alguien que dice haber visto al que cometió un hecho delictivo (así sea por medio de las redes sociales virtuales), puede rápidamente avisar al Fiscal, quien incluso con sólo una llamada puede solicitar al juez de la investigación preparatoria que le dé la orden de detención. No es necesaria ficción alguna –lo que tal vez sí sea imaginable para combatir el crimen en el modelo procesal antiguo, en el que las comunicaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial eran extremadamente formales y, por ello, lentas–.

Se hace urgente, entonces, regresar al entendimiento clásico y correcto de la flagrancia delictiva. No puede decirse que lo que actualmente se tiene es una decisión de política criminal del Estado, ya que transgrede los límites de la Constitución. Así como está, la ley no da contenido a la garantía constitucional de la excepción a la detención con mandato judicial. Muy por el contrario, ha tomado esa garantía (que por definición limita el *ius puniendi*), la desnaturalizó y quebrantó la voluntad del constituyente, utilizándola en su provecho; otorgándole así un poder nunca antes visto a la Policía Nacional del Perú, la que definirá cuándo procederá o no, pues la norma no prevé la consulta previa al fiscal.

Si antes la Policía tenía que ser sumamente cautelosa y profesional<sup>85</sup>; hasta que la norma no se modifique, hoy deberá redoblar ese compromiso. Y el Ministerio Público deberá estar vigilante, al control de la discrecionalidad en la Policía.

---

85 Ibidem.

#### 4. LA TRASCENDENCIA DE LA FLAGRANCIA EN DETERMINADOS DELITOS”

##### 4.1. La Flagrancia en los delitos permanente y de consumación instantánea

Dado que la noción de permanencia, en un primer momento suele ser indicativa de una acción o de un estado que se mantiene o subsiste en el tiempo, es decir, de un comportamiento que se está ejecutando o perpetrando, o en todo caso, de algo que acaba de cesar en su permanencia, podríamos concluir en la compatibilidad de dicha noción con la institución procesal de la flagrancia, concretamente, en orden a la definición legal del delito que *se está cometiendo o acaba de cometerse*. Así las cosas, de la particularidad de los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes resulta la aparente compatibilidad entre la noción de permanencia que los caracteriza y la flagrancia, lo que nos lleva en un primer momento, a la conclusión de que todos los delitos caracterizados por tal noción son flagrantes.

En este orden de ideas, Para Piug, *el concepto de la flagrancia, es trascendente* en cuanto a la clasificación de los delitos en instantáneos y permanentes, pues como se afirma “... la flagrancia existe mientras dura la permanencia...”. Por ejemplo, el delito de violación sexual a una menor habiéndose llevado en varias ocasiones durante un tiempo determinado. Esta postura, sustenta la tesis en virtud de la cual se afirma que la noción de permanencia, presente en los delitos permanentes y los de consumación instantánea y efectos permanentes, conlleva por siempre a considerar la existencia de la flagrancia. En tal sentido, se concibe la situación flagrante a partir de la noción de permanencia de tales delitos, razón por la cual la flagrancia se configura como todo hecho punible que se está cometiendo, acaba de cometerse o en fin, de aquél que ha cesado en su continuidad o permanencia. Se advierte entonces, que para el autor Piug lo primordial a los efectos de la flagrancia y su configuración no son los elementos que la integran, sino la noción de permanencia de dichos delitos<sup>86</sup>.

Sin embargo, de lo argumentado por el autor Piug, es de verse que no se ha tenido en cuenta los elementos que integran el concepto de flagrancia, esto es, la inmediatez, la percepción sensorial y la necesidad y urgencia de

86 Puig, P., F. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Volumen I. ( 5ta. Ed.). Ed. Nauta, S.A. Barcelona: España. 1959.



intervención, puesto que la noción de permanencia, propia de los delitos permanentes y de efectos permanentes, no es suficiente o determinante en la verificación de la flagrancia delictiva. Puede darse el hecho de que aún existiendo la permanencia de una acción delictiva o de un estado antijurídico como por ejemplo el de una violación sexual continua en el tiempo, no se esté ante la flagrancia.

#### **4.2. La ejecución de un delito permanente como el secuestro o la privación ilegítima de libertad**

Donde se mantiene al secuestrado o al sujeto privado ilegítimamente de su libertad, en el interior de un domicilio o un recinto privado; o en el caso de un delito instantáneo y efectos permanentes, como la posesión de sustancias estupefacientes para la distribución por parte de quien se encuentra en su domicilio. En ambos supuestos, al no contarse con la percepción sensorial acerca de la ocurrencia de estos comportamientos criminosos, no podrá hablarse de flagrancia a pesar de la nota de permanencia.

En relación al **secuestro**, pensemos que la autoridad policial adquiere o tiene el conocimiento de que la persona secuestrada se encuentra en un domicilio determinado: ¿Podrá en este caso hablarse de flagrancia teniendo en cuenta que el delito de secuestro es permanente?, ¿Resultaría conforme a derecho ingresar sin orden judicial al domicilio donde se presume que se está llevando a cabo el secuestro, con el sólo dato de que se trata de un delito permanente? Creemos que tal situación no encuadra en la definición legal de flagrancia, dado que “*existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo*”, por lo que considero que la sola naturaleza del secuestro, como delito permanente, *no constituye un aspecto integrante de la flagrancia*, mucho menos que la defina, si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional, se había pronunciado sucesivamente sobre este tema, en concordancia con una flagrancia tradicional o strictu sensu, estableciendo la relación inviolable entre la flagrancia y su inmediatez temporal y personal: “Según lo establecido por el Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito presenta dos requisitos institucionales: a) La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) La inmediatez personal, esto es, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación; y con relación al



objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”<sup>87</sup>, asimismo es necesario la exigencia de un tercer requisito o elemento, para que se configure a la Flagrancia como tal, esto es: la Percepción sensorial directa por un tercero del hecho delictuoso, es decir solo podrá ser detenido el delincuente in fragante si un tercero percibe a través de los sentidos o descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo, pues las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho delictivo deben ocupar in primer plano en la noción de delito flagrante, pues si bien todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, sólo podrá ser detenido el delincuente in fraganti si un tercero descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo, pues no sería necesariamente una percepción evidente el simple conocimiento fundado que lleva a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito.

*Asimismo, no cabe duda que la flagrancia puede configurarse en el delito permanente de secuestro, verbigracia, cuando percibidos los secuestradores en la ejecución del secuestro se les persiga para su aprehensión, por la autoridad policial o por las víctimas, pero esta situación nada tiene que ver con el carácter permanente del secuestro. En este ejemplo, se trata de la concurrencia de los elementos de la flagrancia, a saber: la percepción sensorial, la inmediatez y la necesidad de urgencia de intervención.*

Considerar la sola noción de permanencia en orden a la existencia de la flagrancia, desatendiendo su principal elemento, como lo es la percepción sensorial, implicaría una valoración a partir del mero conocimiento, de la intuición o de la simple sospecha de que se está cometiendo un delito, siendo suficiente que los funcionarios policiales estén informados acerca de la presunta ocurrencia de un delito permanente o de efectos permanentes<sup>88</sup>. Dicho de otro modo, se ampliaría el concepto y con ello el alcance de la flagrancia para restringir la libertad personal, el domicilio, cualquier recinto privado en el que se desarrolle la intimidad de las personas o cualquier otro derecho, sin la correspondiente orden judicial a partir del conocimiento, en lugar de la percepción sensorial del delito que se esté cometiendo o acabe de cometerse.

87 STC Caso Hilario Cruz, Felix Santiago, Exp. N° 01957-2008-PHC/TC, del 31 de octubre de 2008, FJ.6  
Fundamento 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 01957-2008-PHC/TC, Caso Félix Santiago Hilario Cruz, del 31 de octubre del 2008.

88 Nuñez, J. La Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano. Ed. Livrosca, C.A., Caracas, 2005

Valga en este orden de ideas, lo expresado por el Tribunal Supremo español, en la sentencia del 29 de septiembre de 1994, en la que se diferencia la permanencia de la percepción o evidencia sensorial, en tanto que la primera alude a la consumación del delito permanente, por estarse realizando en todo momento mientras dure la situación antijurídica, **siendo que la percepción o evidencia sensorial, característica de la flagrancia, alude al delito que se está realizando o acaba de realizarse y es percibido por alguien.**

Por consiguiente, la permanencia del delito o del estado antijurídico del mismo y la evidencia *-percepción-* sensorial, no son coincidentes en la concreción de la flagrancia delictiva, entre otras razones, porque ésta no la determina la estructura o naturaleza del delito, sino la percepción que se tiene de una o varias personas que lo cometen o acaban de cometerlo y, en el supuesto de la cuasiflagrancia, por la presunción fundada acerca de una o varias personas que por encontrarse en el mismo lugar donde se ha cometido el delito o cerca, con objetos, armas o instrumentos, en una relación de tiempo inmediata *-a poco de haberse cometido el hecho-*, se consideran autores o partícipes.

Significa entonces, que la permanencia en el tiempo, tanto de la acción delictiva, en lo que respecta a los delitos permanentes, como del estado antijurídico, en cuanto a los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, por sí sola no es determinante para hablar de la presencia o de la percepción sensorial de la situación flagrante. En este sentido, merece especial atención lo referido por Manzini, quien a pesar de afirmar que la permanencia de un delito no es suficiente en orden a la flagrancia, es del criterio que se configuraría si se sorprende al agente de delito en el acto de cometerlo: "... en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia..."<sup>89</sup>. Como se advierte, este planteamiento hace depender la flagrancia de la noción de permanencia<sup>90</sup>. Como se ha advertido, según nuestra ley procesal, la flagrancia propiamente dicha ocurre cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el delito.

El concepto de flagrancia está dado, pues, por una idea de relación entre el hecho y el delincuente (...) Tal condición existe en los delitos continuados,

89 Manzini, V. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Rendin. Ediciones de Cultura Jurídica. Caracas. 1987.

90 Nuñez, J. *La Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano*. Ed. Livrosca, C.A., Caracas. 2005, Pág. 18

cuando el agente es sorprendido en el acto de cometer el último delito ligado a los precedentes mediante el nexo de la continuación; y ***en los delitos permanentes, cuando el autor es sorprendido durante la permanencia del delito mismo. En este último caso, para tener la flagrancia no es suficiente que se trate de delito permanente, si el delincuente no es sorprendido en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia..*** (resaltado nuestro)<sup>91</sup>.

Lo afirmado por Bricchetti y Manzini, en cuanto sostienen que la flagrancia puede consistir en la sorpresa o el descubrimiento de quien mantiene el estado de permanencia de un delito, guarda relación con la definición legal contenida en la norma procesal referida por el primero, en la que se ha previsto “... *El delito permanente es flagrante hasta tanto haya cesado la permanencia...*”. A partir de esta norma, podría reconocerse la validez del razonamiento al que arriban los autores. Sin embargo, esta previsión legal –ajena al CPP– desconoce la esencia de la flagrancia, entendida como noción fáctica, objetiva, inmediata, presente y necesitada de urgente intervención, cuya concreción sólo puede partir de la percepción sensorial en relación a una o varias personas que comenten o acaban de cometer un delito, o de la presunción con respecto a quienes por encontrarse en el mismo lugar de su comisión o cerca de éste, con objetos, instrumentos o armas, se presumen son sus autores o partícipes, todo ello con independencia de si el delito es permanente o no.

Por tanto, la flagrancia no versa sobre la sorpresa o el descubrimiento de una persona en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia de un delito; “...flagrante es el hecho que se está realizando o ejecutando por alguien y es observado por un funcionario o particular”<sup>92</sup>.

Pensemos en el supuesto del secuestro arriba mencionado, en el de la persona que mantiene oculta sustancias estupefacientes en su domicilio, el de quien detenta o posee un arma de fuego sin porte, en su domicilio o entre sus pertenencias, al igual que la hipótesis de la tenencia de sustancias estu-

91 Al respecto, es flagrante el delito que se comete actualmente. *El delito permanente es flagrante hasta cesado la permanencia*. Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el delito. Se considera también en estado de flagrancia quien inmediatamente después del delito es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido, por el delito o por otras personas, o bien es sorprendido con cosas o huellas que hagan presumir que ha cometido poco antes el delito...

92 Arteaga S., A. La privación de libertad en el proceso penal venezolano. Ed. Livrosca, C.A., Caracas. 2002.

pefacientes en el interior del domicilio, cualquier recinto privado o entre sus pertenencias. *En todos estos casos, se trata de delitos en los que tiene lugar la permanencia de un estado antijurídico*, bien que se los considere como delitos permanentes o de efectos permanentes, no obstante, ante la comisión de cualquiera de estos comportamientos criminosos lo que importa, a los efectos de la definición legal de flagrancia y su dimensión constitucional, *no es la permanencia sino, en primer lugar, la percepción sensorial de manera directa y por cualquier sentido de que se cometen o acaban de cometerse, lo que excluye el conocimiento o la sospecha fundada acerca de su comisión*. En estos supuestos, generalmente se accede al descubrimiento, vale decir, al hallazgo de lo buscado en virtud del conocimiento o la sospecha, después de una indagación previa, por lo que no se tiene la percepción sensorial de que se está cometiendo un delito.

Tal como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 1994 "...la permanencia significa que la infracción se está consumando todo el tiempo en que dura la situación antijurídica, en tanto que la flagrancia exige la evidencia sensorial de que el delito se está produciendo, siendo así que el flagrante es tan evidente como perceptible para cualquiera, porque no hay evidencia, cuando únicamente concurren sospechas de su existencia, las que precisamente, se pretenden confirmar o rechazar con el registro..."

#### **4.3. De otra parte, la tenencia, la posesión o la detentación, como hechos punibles que implican el "tener" una cosa incriminada,**

dan cuenta de que lo punible se encuentra referido a una relación antijurídica entre una persona y una cosa u objeto, que luego de haberse consumado a partir del momento mismo en que la cosa incriminada *-la sustancia o el objeto ilícito-* entra en el dominio personal, se mantiene en el tiempo, dada la noción de permanencia o subsistencia del estado que adquiere la persona con respecto a la sustancia o el objeto ilícito.

En este sentido, puede afirmarse que *los delitos que implican la tenencia, posesión, detentación de objetos y/o sustancias ilícitas, son de consumación instantánea y efectos permanentes*, puesto que ellos se consuman de manera instantánea desde el primer acto ejecutivo de la tenencia, la posesión o la detentación, manteniendo sus efectos en el tiempo mientras dure el estado antijurídico de ellos. Un ejemplo de tales delitos: ***el porte ilícito de armas, la posesión de drogas ilícitas, el ocultamiento de drogas ilícitas, así como***

*otros delitos previstos en la ley antidrogas que tienen como punto de partida la ineludible posesión.*

Dada la particularidad de los delitos de ocultamiento y transporte de sustancias ilícitas en cuanto a su ejecución y consumación, la flagrancia no puede considerarse verificada ante el descubrimiento de la permanencia o su mantenimiento, en los casos de registro, exámenes e inspecciones, personales o de vehículos. En estas situaciones, no puede hablarse de la sorpresa del delito que se está cometiendo, menos aún el que acaba de cometerse, *por cuanto la permanencia del estado antijurídico que tiene lugar en el ocultamiento no es objeto de la sorpresa, sino de una indagación previa que da lugar a una "percepción sensorial" posterior; lo que ocurre de igual manera en relación al transporte y otros delitos permanentes y de efectos permanentes.*

Así las cosas, **los delitos de tenencia, posesión o detención de sustancias ilícitas u objetos de tráfico prohibido**, no obstante la nota de permanencia o continuidad, si bien podrían dar lugar a la flagrancia, ello sería excepcional en razón de la imposibilidad de su percepción sensorial dada la esencia misma de tales delitos, entre otras cosas, porque al tratarse de tenencias, posesiones y detenciones ilícitas, difícilmente se materializan de modo que permitan la evidencia sensorial propia de la situación flagrante y *porque la tenencia, posesión o detención de objetos o de sustancias ilícitas, comporta el mantenimiento en el tiempo de una situación antijurídica que requiere de una indagación o de un conocimiento previo*, lo que evidentemente riñe con la noción presente de la situación flagrante en relación a quien la percibe de manera directa e inmediata.

De otra parte, equiparar la noción de permanencia a la expresión normativa del delito que se está cometiendo, en razón de la naturaleza de los delitos o del verbo (núcleo) rector del tipo penal, implica una interpretación extensiva del concepto normativo de la flagrancia, propicia para permitir entradas y registros domiciliarios sin orden judicial, así como restricciones de la libertad personal contrarias a la exigencia constitucional y normativa, bien a partir de sospechas, presunciones o del conocimiento de la presunta permanencia sin la verificación de la percepción sensorial, como ocurre en situaciones en las que, luego de una indagación previa mediante allanamientos sin orden judicial y ante el hallazgo de los objetos ilícitos buscados, se concluye que hay flagrancia.

Tampoco puede aceptarse la tesis en virtud de la cual se sustituye la percepción sensorial ante la sospecha de que alguien está cometiendo un

delito o acaba de cometerlo, acompañada de la consideración de la permanencia: *se está o estaba ocultando drogas ilícitas, transportando drogas ilícitas, portando el arma ilícita*, tesis que tiene utilidad en materia de registros o intervenciones corporales que confirman las sospechas.

La flagrancia, "... no es constancia, sino que se ve sin necesidad de indagación previa (...) No es suficiente que exista sospecha o presunción como consecuencia de una investigación previa, porque el hecho ya no es inmediato, inesperado, imprevisto (...) De lo que se trata es de que la policía alcance el conocimiento de la perpetración de un delito, no por utilizar un procedimiento normal de investigación, sino porque se percibe directa, personal y con toda certeza de su realización..."<sup>93</sup>.

La prevención del delito y su persecución penal es función del Estado, este le ejerce a través del Ministerio Público, que a su vez tiene como institución colaboradora en dicha labor a la Policía Nacional. Es obvio que tanto una como otra en el desarrollo de esta área debe someterse a la Constitución Política y a las leyes de la República.

### **La Flagrancia en delito de Hurto**

La flagrancia en el delito de hurto se presenta: i) En principio, cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto. Sin embargo, también puede considerarse un supuesto de flagrancia; ii) aquel en el que el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber realizado el hurto o, incluso, iii) cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo (conf. Artículo 4 de la Ley No. 27934-Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito del 12-02-2003).

Es decir, existe flagrancia cuando el evento delictivo se encuentra aún en su fase ejecutiva (v.gr. el agente es descubierto en plena sustracción ilegítima de los bienes ajenos), y puede extenderse a aquellos supuestos en los que el sujeto se encuentra en proceso de hacer suya la cosa, para lo cual debe escapar de todas las posibilidades de persecución inmediata (v.gr. el autor del hurto que huye es perseguido y atrapado por la Policía) e, incluso, a aquellos casos en los que el agente es aprehendido inmediatamente después de haber hecho ingresar los bienes sustraídos a su esfera de do-

---

93 Martín M., R. Entrada en domicilio por causa de Delito Flagrante. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ra. Época, N° 1, Granada, 1998, pp. 375-388

minio (flagrancia pos ejecutiva). Según ello, el estado de flagrancia no coincide exactamente con el tiempo de la fase ejecutiva del delito, sino que es más amplio. La propia Ley N° 27934 señala como un supuesto de flagrancia aquel en el que el agente es sorprendido con objetos o huellas que revelan que “acaba de ejecutarlo”. Es decir, si el delito acaba de ejecutarse, entonces la flagrancia puede afirmarse también en una fase posterior a la ejecutiva, o sea, una vez consumado el delito.

Asimismo puedo señalar que en caso que sea importante la intervención policial y que se persiga al supuesto infractor penal y finalmente este ingresa a su domicilio, una vez consumado el hurto en la cual los bienes ya se encontraban en la esfera de dominio del delincuente y que después de haber transcurrido un regular lapso temporal desde que ella se produjo, incluso más allá del agotamiento delictivo y la víctima da aviso a la autoridad policial para que ingrese a dicho domicilio entonces los efectivos policiales en ese caso ya no podrá ingresar al domicilio del delincuente.

Conforme al marco constitucional, si no concurre flagrancia delictiva, la policía aun teniendo la sospecha o sabiendo (v.gr. por la información de la víctima, de testigos o en virtud a las primeras diligencias) del paradero de los autores del delito y de los objetos sustraídos, debe abstenerse de efectuar un allanamiento sin orden judicial, porque ello significaría una intromisión arbitraria en la esfera personal del individuo y una lesión a su derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Pues parece claro que este no queda abolido para las personas que han cometido un delito, sino que, aunque con ciertas excepciones, aún está constitucionalmente garantizado. Empero, ello no debe traducirse absolutamente en impunidad para los delincuentes, pues la persecución penal está siempre asegurada dentro de los cauces de la ley.

Una vez capturado el delincuente cometiendo **Flagrancia del Delito**, se debe proceder a su detención en forma inmediata. La detención corporal del procesado se hace necesaria cuando existe gravedad de la comisión delictiva, indicios probatorios fehacientes que persuadan de la directa responsabilidad del encausado y necesidad de asegurar el juzgamiento sin posibilidad razonable de elusión por parte del inculpado. Sin la presencia de estos elementos basta el mandato de comparecencia (Exp. N° 578-LIMA, 11/04/91).

Que, el mandato de detención como medida de coerción personal extrema, procede ante la concurrencia conjunta de los tres presupuestos exigidos por el artículo ciento treinticinco del Código Procesal Penal, cuales son, suficiencia probatoria, pena probable superior a los cuatro años y peligro proce-



sal; que, en garantía al principio de presunción de inocencia establecido en el literal “e” del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, nuestro ordenamiento procesal penal en el rubro de las medidas de coerción personal, contempla como regla general al mandato de comparecencia, por cuanto el artículo ciento cuarentitrés de la norma adjetiva establece que el juez dictará dicha medida cuando no proceda la medida extrema acotada (Exp. N° 6507-98-A-LIMA, 09/12/98).

### **Cuando se justifica su mandato de detención?**

En materia de detención la condición de legalidad está claramente determinada en el literal f del inciso 24 de la Constitución Política del Estado, pues nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. Así, se justifica la privación de la libertad en razón de que se requiere la presencia del sujeto sometido a investigación, debiendo en todo caso responder esta detención de manera rigurosa a las condiciones y características no solo legales sino también de legitimidad que sustenten válidamente la privación de la libertad (Exp. N° 5333-98-A, 18/12/98).

Las causas que justifican el dictado de una medida de detención son básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor sine qua non, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, esta, automáticamente, deviene en ilegítima (STCExp. N° 2915-2004-HC/TCL).

### **Cuáles son los requisitos del mandato de detención?**

Para que se establezca la medida coercitiva de detención se requiere que se den de manera concurrente los presupuestos materiales y formales de: a) prueba suficiente de la comisión del delito y de la responsabilidad del procesado; b) que la sanción a imponerse será mayor a 4 años, lo cual obliga al juez a hacer una prognosis de la sanción, teniendo en cuenta no solo la pena conminada, sino otros elementos como la condición del autor, grado de participación y móviles, entre otros; y c) que por la naturaleza y circuns-



tancias pueda presumirse que el imputado va a rehuir el juzgamiento o va a perturbar la acción probatoria (Exp. N° 4342-98-A, 27/11/98).

El juez puede dictar mandato de detención, si existen suficientes elementos de prueba que vinculen al inculpado con el hecho que se le imputa, si la sanción a imponerse supera los cuatro años de pena privativa de libertad y, en razón de sus antecedentes, considere que el procesado tratará de eludir la acción de la justicia o perturbará la actividad probatoria. Tanto el primero como el tercero de los supuestos aludidos permiten una apreciación subjetiva del juzgador, pero el segundo de los requisitos mencionados es meramente objetivo y debe considerarse lo expresamente señalado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las conductas delictivas que contempla (Exp. N° 1945-93-LIMA).

Que, conforme lo establece el artículo ciento treinticinco del Código Procesal Penal, el juez puede dictar mandato de detención cuando de los primeros recaudos sea posible determinar que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o participe del mismo; que, la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad y que, el imputado en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (R.N. N° 1328-96 - CONO NORTE-LIMA, 21/08/97).

## **5. FLAGRANCIA Y MECANISMOS PREMIALES DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL.**

Analizar este punto es sumamente importante, ya que los mecanismos premiales, permiten que los hechos delictivos puedan tener una sanción adecuada con la gravedad del delito y la calidad del agente.

En este caso, como es materia de estudio, lo que queremos es encontrar la importancia de cada uno de estos mecanismos en la flagrancia, que como bien lo define la STC 341/1993 del Tribunal Constitucional Español, es la “situación fáctica en la que el delincuentes es sorprendido – visto directamente o percibido de otro modo – en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”.

Encontrándonos en plena implementación del Nuevo Código Procesal Penal, sólo ingresaré a tocar las instituciones que éste regula, más no aquellas que ya no tienen vigencia total en nuestro país.

### **a. El Principio De Oportunidad**

Como bien lo dice su nombre, el llamado “Principio de Oportunidad”, es una herramienta que permite, la oportunidad, que el sujeto activo de un delito pueda arrepentirse del hecho cometido, y repararlo, sin llegar a un juicio largo y muchas veces poco justo. Teniéndose como principio, que se produzca la conciliación de las partes, para que no sólo sea premiado el sujeto activo del delito, sino también el sujeto pasivo, quienes llegan a un acuerdo sobre la reparación del hecho, y el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal.

Pero esta no es una institución nueva en el Código Procesal Penal, pues ya existía dentro de la normatividad interna del Ministerio Público, que la reglamentaba mediante una directiva, tal es así, que los maestros en derecho, empezaron a difundirla no sólo en la cátedra, sino en los textos.

Así el doctor Arsenio ORE GUARDIA conceptúa el Principio de Oportunidad como la facultad conferida al Ministerio Público de abstenerse del ejercicio de la acción penal, en los casos establecidos por la ley y, si ya se hubiera promovido, a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por la ley<sup>94</sup>.

Esto último en el entendido de los procesos regulados por el Código de Procedimientos Penales de 1940, ya que en el nuevo Código Procesal Penal, de no haberse presentado oportunamente la aplicación del principio de oportunidad, pero ante la voluntad del denunciado de aceptar su responsabilidad y asumir los costos de ésta, existen otros mecanismos premiales que puede utilizar y que luego explicaremos.

Asimismo, el doctor Pablo SANCHEZ VELARDE argumenta que “el fundamento del principio de oportunidad se encuentra en la escasa relevancia social de la infracción. Se trata de casos en los cuales no existe un interés social de punición y que pueden ser resueltos por los sujetos de la relación procesal sin poner en marcha el aparato judicial o dando por concluido el ya iniciado<sup>95</sup>.”

Y efectivamente, son los casos, donde el interés es individual, de cada una de las partes, por eso se aplica el principio de oportunidad, delitos tales como: coacción, apropiación ilícita, lesiones leves, entre otros.

---

94 ORE GUARDIA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Alternativa, Lima, 2006. pp. 82-83.

95 SANCHEZ VELARDE, Pablo; *Comentarios al Código Procesal Penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2004.p. 130.

Como lo comenta IBARRA ESPÍRITUM: “Son los criterios por los cuales el Estado renuncia a la persecución penal. Se le suele contraponer al principio de legalidad, pero su fundamento debe buscársele, como lo hace Binder, en el principio de intervención mínima, que no sólo es material y pensada para el legislador, sino que también es procesal, en este caso, guiando la acción penal, de la que el fiscal es el titular.

Estos criterios están establecidos en el artículo 2º del Código procesal penal y son:

1. Abstención de la persecución penal cuando el agente ha sufrido gravemente las consecuencias de su delito.
2. Renuncia a la persecución penal por delitos de bagatela”<sup>96</sup>.

Finalmente también el doctor JORGE ROSAS YATACO refiere que” la “ratio legis” de la vigencia del principio de oportunidad responde a un verdadero negocio jurídico – procesal penal , evitando que delitos de escasa gravedad y que causen mínima alarma social que amerite una sanción penal leve, se inicien y promueva toda la maquinaria de la administración de justicia, y los que ya se iniciaron prosigan su trámite configurando en algunos casos un supuesto de allanamiento en el proceso y la no persecución del ejercicio de la acción penal pública, ahorrándose tiempo y onerosidad que el proceso implica , restableciéndose inmediatamente el daño causado al agraviado, así como descargando la labor procesal del juez y el fiscal”<sup>97</sup>.

Así el principio de oportunidad, que busca la eficacia de los procesos, para que finalicen antes de que se inicien, es utilizado en los delitos que se cometen en situaciones de flagrancia; donde el imputado, no tiene mayor salida que aceptar los hechos, y de ser posible, repararlos inmediatamente o comprometerse a ello, con el consentimiento de la parte agraviada y/o de la víctima. Es decir, de presentarse los requisitos exigidos por el Nuevo Código Procesal penal, en su artículo 2º, la aplicación del principio de oportunidad devendría, siquiera en una sentencia rápida, sino en la forma más cercana de no permitir que nazca una investigación preparatoria o una acusación, cuando existe flagrancia, y la víctima está de acuerdo con la reparación ofrecida o logran una negociación positiva para las dos partes.

---

96 IBARRA ESPÍRITUM, Carlos Enrique: “La aplicación de la terminación anticipada en la etapa intermedia del nuevo proceso penal ¿es la terminación anticipada un criterio de oportunidad? En: revista del instituto de ciencia procesal penal?”.

97 ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Grijley, Lima, 2003. p. 824.

**b. Terminación anticipada del proceso.**

BARONA VILAR sostiene que “el consenso opera de modo básico sobre el tipo de pena y sobre la calificación jurídica y, como efecto reflejo, sobre el procedimiento, al determinar una particular clausura del mismo”<sup>98</sup>

La Terminación Anticipada tampoco es una institución muy reciente en nuestro país, ya que la Fiscalía de la Nación reguló el comportamiento procesal de los fiscales en el proceso de terminación anticipada en tráfico ilícito de drogas, a través de la circular N° 005-95-MP-FN, publicada el 16 de noviembre de 1995, mediante resolución N° 1071- 95-MP-FN.

Posteriormente, fue regulada en los artículos 468º y siguientes del Código procesal penal, y forma parte de los procesos especiales. Como bien lo dice IBARRA ESPÍRITUM, Carlos Enrique; “tiene una naturaleza de **negociación penal**, y consiste en el acuerdo entre el fiscal y el imputado sobre la pena a imponerse y las demás consecuencias accesorias, entre ellas la reparación civil. Este acuerdo provisional es presentado al juez de la investigación preparatoria, quien deberá observar su licitud y proporcionalidad, de acuerdo a ello lo aprobará o rechazará”<sup>99</sup>.

La terminación anticipada en la actualidad es uno de los mecanismos premiales del derecho penal más utilizados, ya que es de aplicación en todo el país, conforme lo regulado por la Primera Disposición Final del Nuevo Código Procesal Penal; pudiéndose advertir que no existe limitación en cuanto al delito cometido, para que pueda hacerse efectiva su aplicación, por tanto, en los casos de flagrancias, es el mecanismo premial más utilizado por los sujetos activos de diversos delitos, para que puedan llegar a obtener una sentencia rápida, pudiendo “negociar” la pena y la reparación civil, con el Fiscal, quien en mi comentario puedo decir, se encarga de solicitarlas teniendo en cuenta sus condiciones personales y respecto de la comisión del delito, pasando por el control de legalidad del juez penal.

Es decir, si no es posible ingresar a la aplicación del principio de oportunidad, el sujeto activo de un delito que sobrepasa los requisitos le establece la norma, puede solicitar la terminación anticipada del proceso.

98 BARONA VILAR, Silvia. “La conformidad en el proceso penal”. Primera Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1994. p. 116.

99 IBARRA ESPÍRITUM, Carlos Enrique;Op. Cit, p. 4.

Es tan importante y utilizada esta institución, que la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto, diciendo que “la terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468°/471°, del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACP-), se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél”<sup>100</sup>.

### **c. Proceso inmediato.**

“Este proceso especial supone la eliminación de la etapa intermedia del proceso penal, para pasar directamente de la investigación preliminar a la etapa del juicio oral. La razón fundamental para que el fiscal presente este requerimiento ante el juez de la investigación preparatoria es que considera que hay suficientes elementos de convicción para creer que el imputado es el responsable del hecho delictivo”<sup>101</sup>.

Conforme el Art. 446 del Nuevo Código Procesal Penal, el proceso inmediato puede realizarse en cualquiera de los tres supuestos siguientes:

- a) Cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o,
- b) Cuando el imputado ha confesado la comisión del delito;
- c) Cuando los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

Aquí es donde ingresamos a hablar de la flagrancia, ya que podemos decir, que cuando el agente que comete el delito es encontrado en flagrancia, entonces el Fiscal puede tener suficientes elementos de convicción para acusarlo, pasando directamente al juicio oral, donde respetando las garantías procesales y sobre todo sus derechos fundamentales, tendrá nuevamente la oportunidad de declararse culpable y tener una sanción menos.

---

100 ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116; Corte Suprema de Justicia de la República, V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias.

101 ¿Cómo es el proceso penal según el Nuevo Código Procesal Penal? En: Cartilla Informativa. Instituto de Defensa Legal. p. 53.

Finalmente, el proceso inmediato, según se señala en el artículo 447 del CPP2004, incluso puede realizarse cuando el Fiscal ha formalizado la Investigación Preparatoria, siempre y cuando éste lo solicite antes de los treinta días de haberse producido esta formalización.

#### **d. Conclusión anticipada.**

Pese a que el Nuevo Código Procesal Penal ya no habla de la Conclusión anticipada, sin embargo, es una de las instituciones más utilizadas en los procesos que se llevan a cabo con el Código de Procedimientos Penales de 1940, y que es operada a través de la ley N° 28122, ya guarda estrecha relación con la promulgación del nuevo código Procesal penal, publicado en Julio del 2004.

Este último, no hace sino, recoger las voces que claman por dotar, a la administración de justicia peruana, de instrumentos procesales modernos, que permitan superar los problemas que actualmente lo agobian; lo cual se producirá sólo si se produce el cambio del sistema procesal penal mixto al sistema acusatorio, de corte adversativo, dejando de lado el sistema inquisitivo.

Es por ello que, antes de abordar el tema de conclusión anticipada – instituto procesal recogido en el texto adjetivo- resulta necesario abordar el tema de la norma en referencia, lo cual nos servirá para mejor comprender y llegar a entender la importancia de la figura jurídica bajo investigación, al margen de los diversos nombres que se le hayan dado.

Como bien lo dijo VEGA BILLAN, “reflejada concretamente en la Ejecutoría Suprema recaída en el recurso de Nulidad N° 1766-04-callao, convertida ahora en precedente vinculante, sin olvidar la importancia de este criterio de oportunidad en el sistema acusatorio que inspira el nuevo código procesal penal”<sup>102</sup>.

## **6. FLAGRANCIA Y PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

El término “prueba” es polisémico pues tiene varios significados, y a su vez varias definiciones, siendo la que nos interesa, la jurídica y en especial la jurídica penal. Según Carocca Pérez la prueba consiste en la actividad de

102 VEGA BILLAN, Rodolfo. “La conclusión anticipada. Ley N° 28122. En : Diálogos con la jurisprudencia. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2005. pág. 60

comparación entre las afirmaciones efectuadas por las partes en sus alegaciones y otras afirmaciones emanadas de terceros, destinadas a formar el convencimiento del juzgador<sup>103</sup>

Por su parte Cuello Iriarte, señala que la prueba penal es el acto o conjunto de actos debidamente regulados y utilizados judicialmente, cuyos artifices son el Ministerio Público y todas las partes en un proceso penal, los cuales están encaminados a la verificación científica (fáctica y reconstructiva) de la veracidad de los juicios jurídicos formulados sobre la ocurrencia de un delito y su responsable, con el fin de generar en el juzgador un convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre los presupuestos fácticos de su decisión.<sup>104</sup>

Debe sin embargo hacerse adicionalmente una diferenciación entre los medios de investigación es decir los realizados para esclarecer el hecho punible y la participación de los responsables, y los medios de prueba que a diferencia de los anteriores, tienen como finalidad la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial.<sup>105</sup>

Siendo así, las diligencias sumariales no constituyen pruebas de cargo en sí mismas, pues los medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, debiendo definirse como medios de investigación.

En efecto, las definiciones que se han dado sobre la prueba penal coinciden en que su objeto es causar certeza en la decisión del juzgador, sin embargo en el caso de delito flagrante es distinto, pues a quienes va a generar certeza o no, determinada situación a efectos de evaluar si es flagrante o no, no es al juez sino a los efectivos policiales que realicen la detención, pues la actuación del juez será siempre ex post, es decir son los miembros de la Policía Nacional y en el caso del arresto ciudadano, los particulares los que tendrán que evaluar en intervalos reducidos de tiempo si en determinado situación existen los medios probatorios suficientes que acrediten que se

---

103 CAROCCA PÉREZ Alex. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PROCESAL. Ediciones Jurídicas Olejnick, Santiago, Chile, 1998, Pág.279

104 CUELLO IRIARTE Gustavo, Derecho probatorio y pruebas penales. Editorial Legis, Bogotá. Colombia, año 2008. Pág. 343.

105 CALDERÓN CEREZO Y CHOCLÁN MONTALVO, Derecho Procesal Penal, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, Pág. 174.

configura la flagrancia y en consecuencia se proceda a la detención del intervenido.

Dicha situación, reviste particular importancia, pues la calificación incorrecta de determinada situación como delito flagrante, conducirá irremediablemente a la afectación del derecho fundamental a la libertad, pues reiteramos no es el juez y ni siquiera el fiscal el que decide ejecutar la detención de las personas, sino que son los efectivos policiales los que toman la decisión.

Siendo así, una detención en caso de flagrante delito no devendría en arbitraria si es que existen suficientes medios de investigación para la detención, pues la habilitación constitucional para la detención sin mandato judicial debe provenir siempre del hecho de que la participación del detenido en el delito es inequívoca; y será inequívoca si es que es encontrado en el momento mismo de la perpetración (flagrancia propiamente dicha) pero no en el caso de la cuasi flagrancia o el de la flagrancia presunta, donde es necesario realizar actividad probatoria posterior para acreditar por ejemplo el origen de los “objetos y huellas” para proceder a la detención, por lo que no se justifica la detención a título de flagrancia, pues no siempre es posible que los objetos y huellas revelen por sí mismos que el imputado acaba de ejecutar un delito

En consecuencia, mientras que la actividad de probar para el imputado es un derecho, para los órganos de represión del delito del Estado constituyen una carga, más aún en el caso de la detención en flagrancia, pues al ser una atribución expresamente reservada a la Policía, ésta deberá proceder con extrema rigurosidad y cuidado y deberá acumular la prueba suficiente que acredite y legitime la detención, pues de lo contrario ésta devendría en arbitraria.

En efecto, una detención por flagrancia mal efectuada es sin duda un quebrantamiento al principio constitucional de presunción de inocencia, y esto a colación de las últimas modificaciones legislativas que han ampliado los supuestos de flagrancia, incluso contraviniendo la interpretación que de ésta, había dado el Tribunal Constitucional.

Sobre el particular, Chocano Nuñez refiere que no es posible que “los objetos y huellas” “revelen” por sí mismos que el imputado acaba de ejecutar un delito, tendríamos que decir que la norma es ineficaz, pero lamentablemente se presta a toda clase de abusos porque en la práctica la policía solo



tiene que “interpretar” que una persona se encuentra con “objetos y huellas” para detener. Esto no es más que una versión más o menos disimulada de la temible detención por sospecha<sup>106</sup>

Dicha situación se agrava además porque los textos constitucionales no suelen señalar en qué consiste el flagrante delito, tarea que es asumida por las normas que regulan los procesos penales y por la jurisprudencia, en las cuales se establece que para la aplicación de esta medida se debe tomar en consideración si la conducta de la persona se enmarca en alguno de los supuestos previstos por la ley penal como delitos y si existen pruebas suficientes que permitan constatar la actualidad de dicha conducta, en buena cuenta cada vez que se detiene a un particular por flagrancia, se tiene que probar una institución cuya definición no ha sido asumida por el constituyente, con los riesgos que ello conlleva.

Existe unanimidad en considerar que un delito es flagrante cuando el agente es sorprendido en el momento de su perpetración, pero el debate no es pacífico cuando se trata de la cuasi flagrancia, en efecto y como es de conocimiento, antes de las modificaciones al Código Procesal Penal del 2004 que incorporaron nuevos supuestos de flagrancia, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “La Constitución Política del Estado, no alude en absoluto al supuesto de “cuasiflagrancia” por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente...”<sup>107</sup>.

Posteriormente en una nueva jurisprudencia añadió: “...las variables de causalidad a los efectos de ejercer la potestad de detención, esto es, mandato judicial y flagrante delito, constituyen la regla general aplicable a todos los casos de detención, sea cual sea la naturaleza del ilícito cometido, de modo tal que las llamadas detenciones preventivas o detenciones sustentadas en la mera sospecha carecen de validez o legitimidad constitucional”<sup>108</sup>

A raíz de la última modificación legal, en la que se acepta, contraviniendo las posturas iniciales del Tribunal Constitucional, la cuasiflagrancia y la flagrancia presunta, como situaciones que autorizan la detención, y se

---

106 CHOCANO NUÑEZ Percy. Derecho Probatorio y Derechos Humanos. IDEMMSA, Lima, Perú, Segunda Edición. Pág. 637

107 Exp. N° 1318-2000-HC/Tribunal Constitucional, Santa, Cornelio Lino Flores

108 Exp. N° 1324-2000-HC/Tribunal Constitucional, Florencio Chávez Abarca y otros

amplía artificialmente la definición de inmediatez temporal a un espacio de 24 horas, es que la actuación de medios de investigación debe ser extremadamente cuidadosa y desplegarse con rigurosidad, debiendo además evaluarse si dichas modificaciones a la ley en la que se amplía la definición de flagrancia es constitucional o no.

## **7. LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ Y LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.**

El Capítulo XII de la Constitución Política regula las funciones de la Policía Nacional, señalando que son garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizar la seguridad del patrimonio público y privado.

Por su parte a partir de la Carta de 1993, el Tribunal Constitucional ha precisado que dichas funciones se deben efectuar con estricta sujeción, garantía y respeto a los derechos humanos y de otro lado que son las funciones básicas de la Policía Nacional según nuestro supremo interprete, preventiva e investigativa (represiva), añadiendo que por la segunda la Policía investiga y combate la delincuencia<sup>109</sup>

Esta última de las labores es la que ha regido la actividad policial, pero las tendencias actuales giran en torno al modelo policial que basa su actuación más en la prevención que en la represión, que es más propia de un estado absoluto que de un estado democrático de derecho<sup>110</sup>

Como se sabe la etapa de la investigación del delito es la más delicada desde el punto de vista del ciudadano, puesto que en el inicio de la investigación, en donde el legítimo poder del Estado de investigar el hecho criminal y perseguir a sus autores se manifiesta con mayor intensidad y es ahí precisamente en donde los también legítimos derechos de los ciudadanos necesitan de una mayor protección<sup>111</sup>

109 Exp. N° 0022-2004-AI/Tribunal Constitucional , Caso Ley de la Policía Nacional

110 Informe Defensorial – Informe N° 142: Fortalecimiento de la Policía Nacional del Perú: Cinco áreas de atención urgente, Defensoría del Pueblo, Adjuntía en Asuntos Constitucionales, Segunda Edición, 2009. Pág. 66

111 GÓMEZ COLOMER Juan Luis. “La Investigación Criminal: Problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”. En La Prueba: Reforma del Proceso Penal y derechos humanos” En Jurista Editores, Lima, 20007, pág. 204.

Debe advertirse que la actividad policial pública tiene que legitimar su actuación y mantener el equilibrio entre el derecho a la seguridad ciudadana y el respeto a la retórica de los derechos fundamentales y la legalidad<sup>112</sup>

Para prevenir la eventual vulneración de derechos es que se ha buscado responsabilizar a dos instituciones de la investigación del delito: a la Policía Nacional y al Ministerio Público, sin embargo siempre se han presentado dificultades, sobre todo en un asunto tan delicado como es el caso de la detención en flagrancia.

Siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal parece lógico que se le haya entregado la conducción de la investigación del delito a los fiscales, pues son ellos los que asumen la responsabilidad de probar a través de los elementos de convicción reunidos, tanto la realización del hecho ilícito como la responsabilidad del presunto autor.

Sin embargo dirigir no es estar presente, más aún en casos donde es la propia Constitución la que autoriza la detención en flagrancia a cargo de la Policía Nacional. En efecto la presencia física del fiscal en todas y cada una de las actuaciones policiales no constituye algo urgente o relevante o abona a la verosimilitud de lo hecho por la Policía<sup>113</sup>

El rol de la Policía Nacional en la investigación del delito aparece consagrado en el nuevo Código Procesal Penal, siendo la policía el organismo institucionalizado que concentra y ejerce el mayor espacio de poder respecto al control penal, pues es la agencia más grande y la que emplea mas integrantes que cualquier otra entidad estatal<sup>114</sup>

La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España en su artículo 490 señala que cualquier persona puede detener al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, al delincuente “in fraganti”, como se advierte el particular no tiene la obligación de detener, pero tiene la facultad de hacerlo.

---

112 AMOEDO SOUTO Carlos Alberto, PODER POLICIAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO, Univer-  
sidade Da Coruña, Servicio de Publicacions, Primera Edición, La Coruña, 2000, Pag. 83

113 ANGULO ARANA Pedro Miguel, LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO, EL FISCAL Y LA POLICÍA,  
En Gaceta Penal, Tomo 24, Junio 2001. Pág. 213.

114 ANGULO ARANA Pedro, LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL  
PENAL, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima Perú, Pág. 40.

Al respecto se ha señalado lo siguiente: “Evidentemente si se circunscribe la detención policial al caso de flagrante delito, significa que toda detención fuera de ese supuesto sería arbitraria y por tanto podría acudir al habeas corpus. Esto sucedería con la detención de indocumentados, redadas o por operaciones rastrillo, o en caso que la persona haya sido detenida al ser considerada como sospechosa”<sup>115</sup>.

---

115 ABAD YUPANQUI Samuel B., LIBERTAD INDIVIDUAL, HÁBEAS CORPUS Y FUNCIÓN JUDICIAL, Comisión Andina de Juristas, Los Retos de una Policía Moderna, Marzo de 2007. Pág.

## **CAPITULO III**

### **LA FLAGRANCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

#### **1. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LA FLAGRANCIA EN LATINOAMÉRICA**

##### **1.1 LA FLAGRANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE.**

En el ordenamiento Chileno, el art. 130º CPP, en el marco del Título V regula las medidas cautelares personales, puede leerse lo siguiente: “Situación de flagrancia se entenderá cuando se encuentra en la situación de flagrancia:

***Artículo 130.- Situación de flagrancia.***

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b) El que acabare de cometerlo;*
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y*
- e) El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”.*

Se puede deducir igualmente de estas circunstancias fácticas que implican una inmediatez temporal, que necesariamente el presunto autor debe encontrarse al menos en los alrededores del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que permiten evidenciar su participación en el mismo; pero a su vez, “se puede interpretar que la detención en flagrancia no sólo sirve a la necesidad de evitar que prosiga la lesión del bien jurídico, ya que es posible efectuarla también cuando se ha consumado el delito”.<sup>116</sup>

Pero además, en Chile, en situación de flagrancia “cualquiera” –art. 129 CPP chileno– puede practicar una detención.

**Artículo 129.- Detención en caso de flagrancia.**

*“Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.*

*Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito. No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículo 361 a 366 quater del Código penal.*

*La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas.”*

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención.

116 En este mismo sentido lo entiende el TRIBUNAL constitucional Español, quien en el expediente N° STS 29-3-90, ha señalado como requisitos de la flagrancia a la Inmediatez Temporal, la Inmediatez Personal y la percepción directa por terceros.

Ahora bien, como la detención en los supuestos que analizamos – Arts. 129 y 130 CPP chileno– no va precedida de una imputación judicial, el legislador exige la evidente participación de una persona en un hecho punible, que necesariamente deberá ser apreciada por el que detiene, constituyendo el título de imputación el sorprendimiento en flagrancia, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal.

Lo decisivo para constatar una comisión flagrante en Chile no es que una persona “actualmente se encontrare cometiendo el delito” –art. 130 a) CPP- o que “acabare de cometerlo” –art. 130 b) CPP–, ya que todos los hechos delictivos se están cometiendo o se acaban de cometer en algún momento, pudiendo sólo ser flagrantes si un tercero percibe tal perpetración directamente a través de los sentidos.

Sin embargo, en el apartado d) de este artículo 130, relativo al tiempo inmediatamente posterior a la perpetración, sí se emplea la expresión “fuere encontrado” con objetos, señales, armas o instrumentos. A su vez, en el artículo 125 CPP, al hablar en general de la procedencia de la detención sí se alude expresamente a la persona “que fuere sorprendida en delito flagrante”.

En el artículo 134, al tratar la citación en casos de flagrancia, también se emplea la expresión “sorprendido por la policía in fraganti”, igual que en el artículo 129: “Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante”. Todo ello, con la base del artículo 19 de la Constitución Política de la República se puede leer: “podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante”.

Por todo ello, y para preservar la naturaleza cautelar de la detención efectuada por los particulares, es necesario en aplicación de la teoría general de las medidas cautelares exigir la presencia de dicho periculum para poder proceder a la detención<sup>117</sup>.

Más allá de lo anteriormente expuesto, es preciso insistir aquí en la idea de subsidiariedad que informa la actuación de los particulares especialmente en estos casos de detención en flagrancia, pues al margen de los supuestos en que su intervención impide que prosiga la lesión del bien jurídico, sólo

---

117 Insiste por ejemplo ORTELLS RAMOS, M., Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal, Valencia, 1991, pp. 447 y ss., en que aunque la norma no establezca expresamente un presupuesto de periculum, en todo caso deberá existir, pues es la propia ratio de la norma que permite adoptarlas.

podrán proceder a la detención si no les es posible previamente dar parte de lo ocurrido a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos sin que se ponga en peligro la necesaria presencia de la persona del imputado ante éstas.<sup>118</sup>

Por último, será importante considerar también en el caso concreto las peculiaridades del tipo de delito<sup>119</sup> ante el que nos encontramos, pues, por ejemplo, en los casos de tenencia ilícita de drogas o armas, la flagrancia existe cuando un tercero percibe que una persona tiene a su disposición el objeto prohibido; sin embargo, normalmente no va a ser necesaria una intervención urgente del particular. Sólo se debe permitir la detención en flagrancia en la medida en que la lesión de un bien jurídico sea actual o inminente, de especial gravedad y cuando se tema fundadamente que el imputado va a intentar fugarse u ocultarse.

Resumidamente, aplicado a esta actuación procesal, tal principio supone que la medida coercitiva que se adopte ha de ser, en primer lugar, adecuada o apta para alcanzar el objetivo constitucionalmente prefijado; en segundo lugar, la medida debe ser necesaria, de tal forma que el fin pretendido no pueda ser cumplido a través de un medio menos gravoso para el sujeto pasivo de la misma; además, la carga que se impone a su destinatario ha de estar en razonable relación con las ventajas que se derivan por la consecución del fin deseado. Además, la pauta de proporcionalidad opera en dos momentos o ámbitos distintos: por una parte, al determinar si procede practicar la detención y, por otra, en lo relativo a los medios a emplear para efectuar la misma<sup>120</sup>.

118 Tengamos presente además la consideración de particulares que a estos efectos tiene el personal de las empresas de seguridad privada. En el ordenamiento español las empresas y personal de la seguridad privada tienen la obligación especial de colaborar y auxiliar a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicas en el ejercicio de sus funciones; la regulación de estos extremos se contiene en la Ley 23/1992, de Seguridad privada, y en el Reglamento 2364/1994. Un estudio más amplio de las detenciones que pueden practicar estos particulares puede encontrarse en HOYOS SANCHO, M., DE, La detención por delito, op. cit., pp. 71 y ss.

119 Sí aluden a la flagrancia en los delitos permanentes los CPP portugués e italiano. Respectivamente puede leerse: art. 256.3: "En caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste en quanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar"; art. 382.2: "Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non é cessata la permanenza".

120 Con claridad resume NAUCKE que este principio de proporcionalidad es aplicable al decidir el "sí" y el "cómo". "Das Strafprozessänderungsgesetz und die vorläufige Verhaftung (par. 127 StPO)", Neue Juristische Wochenschrift, 1968, p. 23.



También se puede apreciar que conocida la flagrancia por el Tribunal, ello da mérito a la detención judicial. Se trata de la detención que puede decretar todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito (art. 128 CPP). Tiene un carácter imputativo en cuanto su objeto es poner al detenido a disposición del juez para asegurar su comparecencia a la audiencia en que se formalizará la investigación y, eventualmente, se adoptará alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.

Aunque la detención proviene, en este caso, de una orden judicial, su naturaleza se encuentra más cercana a la detención por flagrancia, toda vez que surge de la constatación personal y directa, por el juez, de la comisión actual de un delito dentro de la sala de su despacho.

Es así que la detención por flagrancia constituye una excepción a la exigencia de la orden de detención previa, y aparece reconocida como tal a nivel constitucional. Para los particulares constituye una facultad; para los agentes policiales, en cambio, una obligación (art. 129 **CPP**). La policía debe cumplir esta obligación sin necesidad de orden judicial previa (art. 94 y art. 125 letra a) CPP) ni de recibir previamente insinuaciones particulares de los fiscales (art. 83 letra b) CPP).

Siendo así, el delito flagrante autoriza la detención por los particulares o la policía sin orden previa es, por regla general, el delito de acción penal pública y excepcionalmente el delito de acción penal pública previa instancia particular, cuando se tratare de los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal (art. 129 inciso 3). En los demás casos de delitos de acción penal pública previa instancia particular y en todos los casos de delitos de acción penal privada, la detención por flagrancia no se encuentra autorizada.

Cuando los particulares son testigos de flagrancia delictiva, hay que considerar varias normas especiales. En primer lugar, la detención por flagrancia es una forma de detención que, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso público. Nada obsta, sin embargo, a que pueda realizarse por la policía en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento de su propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro (art. 205 CPP). Adicionalmente, la ley autoriza en forma excepcional a la policía para entrar en un lugar cerrado y registrarlo, aun sin el consentimiento expreso de su pro-

pietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito (art. 206 CPP).

El objeto general de la detención es poner al detenido a disposición del tribunal en el más breve plazo. No obstante, en el caso de la detención practicada por particulares, la ley los autoriza para entregarlo alternativamente a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

La policía, por su parte, sea que haya practicado por sí misma la detención o que haya recibido al detenido de un particular, debe cumplir con el deber de informar al fiscal que es previo a la conducción del detenido ante el juez. En efecto, la ley impone al agente policial que hubiere realizado la detención y al encargado del recinto de detención al que hubiere sido conducido el detenido, el deber de informar de ella al ministerio público, dentro de un plazo de doce horas (art. 131 inc. 2CPP).

Si se tratare de un simple delito y no fuere posible conducir al detenido inmediatamente ante el juez, el oficial a cargo del recinto puede otorgarle la libertad de inmediato, cuando considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia (art. 134 inc. final CPP). Por su parte, el fiscal a quien se comunica la detención por flagrancia puede dejar desde luego sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas desde la detención (art. 131 inc. 2TpP).

La facultad del fiscal para dejar sin efecto la detención y ordenar la inmediata libertad del detenido puede tener su fundamento en varias circunstancias, tales como el hecho de tratarse de un delito que sólo hace procedente la citación por flagrancia (art. 134 CPP), la imposibilidad de conducir al detenido inmediatamente ante el juez, o cualquier otro motivo que lo mueva a considerar improcedente la detención. Que el fiscal disponga de esta facultad se explica porque, como hemos visto, el ministerio público dirige y tiene el control de la investigación, siendo además responsable de las actuaciones de la policía. Se trata de una derivación del principio de responsabilidad y de la función de dirección de la investigación.

En cualquier caso, si ante la comunicación policial el ministerio público nada manifestare en el sentido de dejar en libertad inmediata al detenido u ordenar su conducción ante el juez, corresponde a la policía presentar al detenido ante éste dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención (art. 131 inc. 2"CPP).

## 1.2 LA FLAGRANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COLOMBIA

Antes de ingresar al análisis de cómo se encuentra legislada en Colombia la flagrancia, es oportuno en primer lugar describir la concepción y requisitos que tiene este país para considerar cómo se percibe a este instituto: “... tanto los funcionarios de policía, como los particulares, pueden capturar a quien sea sorprendido cometiendo un hecho punible, o posteriormente, en posesión de objetos o instrumentos de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido la infracción.

Para la Corte, “lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que hace imposible esperar la orden judicial previa”, debiendo ésta adicionalmente cumplir cuatro requisitos: el de actualidad, el de individualización del autor, el del ejercicio de discrecionalidad razonable por el funcionario y el de la ponderación entre las garantías del sujeto y los hechos realizados”.<sup>121</sup>

Teniendo en cuenta ello, pasemos a ver cómo el Código de Procedimiento Penal de Colombia, del 31 de agosto de 2004, expedido mediante Ley número 906, describe a la Flagrancia:

***“Artículo 2º: ... En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible **sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes**”.***

Luego, en otro de sus artículos, indica lo siguiente:

***Artículo 301º: Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:***

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.*

---

121 QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Año 2009. Pp. 149 y 150.

3. *La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentoso huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.*

Advirtiéndose claramente y a diferencia de nuestra normatividad, que para cualquier tipo de delito en Colombia la detención no deberá exceder las 36 horas, siendo éste su plazo máximo para presentarlo ante el Juez de Control de Garantías. En cambio, en nuestro país se tiene como plazo máximo 24 horas, salvo que se tratase de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Terrorismo o Espionaje, que para el caso es de 15 días como máximo, encontrándose normado en nuestra Constitución Política, en el artículo 02°, inciso 24) numeral f) y no mediante una Ley como se ha visto en líneas arriba en Colombia. Lo que quiere decir, que para nosotros poder cambiar el plazo de detención, se tendría que hacer toda una reforma constitucional, con los procedimientos burocráticos que ya conocemos.

Asimismo, en la legislación colombiana, encontramos las siguientes características acerca de este instituto:

- **Flagrancia Estricta:** Cuando se indica en el inciso 1) del artículo 301° del Código de Procedimiento Penal acotado, que se encuentra en flagrancia cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento mismo de cometer el delito.
- **Cuasiflagrancia:** Al señalarse en los incisos 2 y 3 del artículo en mención, si la persona es aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho o capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

Estas características son reconocidas en la doctrina constitucional colombiana: "A la población del Estado se le garantiza la inviolabilidad de domicilio y la seguridad personal, la cual se restringe o se suspende sólo por mandato escrito de autoridad competente, respetando las formalidades legales y los motivos previamente determinados en la ley, salvo en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia en que la persecución derivada permite su retención por parte de las autoridades, sin previa orden judicial".<sup>122</sup>

---

122 MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, ALVAREZ MONTOYA, Mario Alfonso, PELAEZ ARANGO, Fernando & BOTERO CHICA, Luis Alfonso; Derecho Constitucional Colombiano: parte histórico. Sello Editorial Universidad de Medellín. Año 2007. Colombia. Pp.206 y 207.

De lo que podemos apreciar que tanto en la normatividad peruana como la colombiana, se reconoce a los requisitos de inmediatez temporal y personal.

Sin embargo, existe una característica más que se admite en nuestra actual legislación, es decir la Ley N° 29569, que modifica al artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004 y que admite lo siguiente.

- **Presunción de Flagrancia:** Ya que se acepta como flagrancia, ya no a la percepción directa o persecución inmediata sino al hecho que se encuentre a un individuo dentro de las 24 horas de cometido el delito, con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso, lo que a nuestro parecer desnaturalizaría la esencia misma de la flagrancia, al no contener los requisitos de inmediatez temporal ni personal y lo convierte en una nueva figura que no tiene que ver con la flagrancia en estricto, pese a existir la Detención Judicial Preliminar, consagrado en el artículo 261° del Código Procesal penal de 2004, con el cual se podría zanjar el hecho de no haber podido detenerlo en flagrancia inmediata o casi inmediata, o en todo caso, siendo esta ley la que actualmente nos rige, se podría hacer uso del control difuso, ante su inconstitucionalidad, por encontrarse quebrantando la presunción de inocencia.

A nivel constitucional, encontramos otra diferencia significativa que se da entre las Constituciones de ambos países. Para ello, es pertinente exponer lo que se indica en el siguiente artículo de la Constitución Política de 1991 de Colombia:

***Artículo 32°.** El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.*

Es decir, que se da el poder para detener, en caso de flagrancia, no solamente a autoridad policial como es en nuestro país, sino a cualquier ciudadano, siendo este un derecho constitucional. Claro está, que en nuestro país, también se puede dar lo que se conoce como el arresto ciudadano, pero ello no es normado constitucionalmente sino en el artículo 260° del Código Procesal Penal de 2004.

Y, una diferencia más que encontramos es que en Colombia se necesita del requerimiento del morador cuando el presunto delincuente haya ingresado a un domicilio que no sea de él, en cambio en nuestro país, en nuestra Constitución, en el artículo 2º inciso 9) se norma como excepción a la inviolabilidad de domicilio, al flagrante delito, es decir no se ha colocado expresamente que se necesite de un permiso previo del dueño del domicilio a donde ingresó el presunto delincuente, y nos parece correcto ello en nuestra legislación, puesto que el hecho de ingresar el presunto delincuente a un domicilio ajeno, estaría ya cometiendo un nuevo delito que es el de violación de domicilio, lo que daría pie a su detención por estar en flagrancia. Es decir, ello ante el supuesto que ingresó el presunto delincuente sin el consentimiento del dueño. Pero, si es que ingresó con el consentimiento del dueño y éste a sabiendas que está escondiendo a un presunto delincuente, no permite que se ingrese a su domicilio, también estaría cayendo en flagrancia por el delito de Encubrimiento Personal, salvo que tuviese excusa absolutoria.

A modo de poder entender mejor, cómo se concibe a la flagrancia en Colombia, resulta pertinente plasmar la siguiente resolución:

*“... teniendo en cuenta que dos son los temas basilares de la impugnación extraordinaria. Uno referido al concepto de flagrancia como instituto ... En términos generales ... se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible. Este moderno concepto de flagrancia funde entonces los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia. Así, a la captura en el momento de cometer el delito se suma la posibilidad de que la persona sea sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hagan aparecer fundadamente no sólo la autoría sino la participación (en cualquiera de sus formas) en la comisión del punible. “La Jurisprudencia colombiana ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, mediante Auto de diciembre 1º de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una “evidencia procesal”, en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible. Ha dicho la Sala:”Dos son entonces los requisitos fundamen-*

*tales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor a la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial...”<sup>123</sup>*

Por eso mismo, en este asunto resulta acertado el análisis con base en el cual el Tribunal concluyó que no hubo flagrancia, puesto que lo probado en el juicio no permitía afirmar que las circunstancias en que se produjo la captura de CRISTIAN DAVID USMA FERRO y sus dos acompañantes se adecuaba a cualquiera de las hipótesis señaladas en el artículo 301, como que “no existió una concreta individualización del autor o autores, además que la secuencia de tal noticia, y la captura de USMA FERRO no se da de manera ininterrumpida, desde el disparo y el seguimiento al acusado, no hay policía ni ciudadano que lo haya sorprendido ejecutando esta conducta, las voces de auxilio, si así puede llamarse a la información que se dio a los policías por el sector de la Circunvalar, no señalaron directamente a alguien, el señalamiento no es concreto hacia una persona o personas individualizadas, es a un vehículo donde se desplazaban varios integrantes, sin que siquiera se comprometiera o señale al conductor, o existan elementos allí para predicarle una coparticipación con los ocupantes del citado automotor”.

---

123 Sentencia 25136 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá 30 de noviembre de 2006. En: <http://gavillan1.blogspot.com/2006/12/sentencia-25136-corte-suprema-de.html>



De la misma manera, es cierto que la sentencia también agrega que tampoco se sorprendió al implicado con objetos, instrumentos o huellas que permitieran concluir fundadamente que momentos antes el acusado hubiera cometido un delito o participado en él, pues “*no se hallaron armas de fuego, o elemento alguno*” que así lo indicara y la prueba de absorción atómica concluyó que los metales hallados en la palma derecha del inculcado no son compatibles estadísticamente con residuos de disparo en mano, “*sin que puedan ser de recibo las elucubraciones intentadas por la fiscalía de que se trate de un negativo falso, porque tratándose de una prueba pericial que requiere especiales conocimientos científicos, debió entonces en el juicio procurar esclarecer dicha situación con la ayuda de un experto*” ...Estos cargos, entonces, no prosperan”.<sup>124</sup>

### 1.3 LA FLAGRANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE BOLIVIA.

En principio nos ubicaremos en el marco constitucional del derecho fundamental a la libertad personal en Bolivia.

El artículo 22° de la Constitución Boliviana, hace referencia a la inviolabilidad del derecho a la libertad personal, siendo deber primordial del Estado respetarla y protegerla

Por otro lado el Artículo 23° refiere que puede ser restringida la libertad persona en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales, refiriéndose además respecto a la flagrancia de la siguiente manera:

“...

*IV. Toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento. El único objeto de la aprehensión será su conducción ante autoridad judicial competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas. V. En el momento en que una persona sea privada de su libertad, será informada de los motivos por los que se procede a su detención, así como de la denuncia o querrela formulada en su contra....”*

124 Sentencia 25136 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá 30 de noviembre de 2006. En: <http://gavillan1.blogspot.com/2006/12/sentencia-25136-corte-suprema-de.html>



En concordancia con la Constitución, los casos en los que una persona puede ser privada de su libertad están expresamente previstos en el Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo al Código de procedimiento penal, en los casos de flagrancia, la persona puede ser detenida por:

- “1. La policía nacional (art. 227.1 del CPP); quien debe comunicar y poner a disposición a la persona aprehendida a la Fiscalía en el plazo máximo de ocho horas, además de realizar un informe al fiscal donde debe constar el lugar, la fecha y hora del hecho y de la aprehensión (art. 298 del CPP)*
- 2. Los particulares (art. 229); en este caso, el aprehendido deberá ser entregado inmediatamente a la policía, a la Fiscalía o a la autoridad más cercana”.*

Posteriormente, el Fiscal debe conducir al aprehendido a disposición del juez cautelar, con la finalidad que sea esa autoridad la que defina su situación jurídica, sin perjuicio de ejercer el control sobre las condiciones físicas del imputado y el respeto estricto de todos sus derechos (art. 299 del CPP).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Boliviano, en un voto singular del Magistrado Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés en la Sentencia 0214/2010-R de 31 de mayo de 2010, recaída en el Expediente: 2007-17180-35-RHC, hace la diferencia entre los supuestos de aprehensión en flagrancia conforme a la Constitución y la aprehensión conforme al proceso, precisándonos que<sup>125</sup>:

*“4.No deben confundirse los supuestos de aprehensión en flagrancia previstos en la norma constitucional y el Código de procedimiento penal con la facultad de aprehensión directa prevista en el art. 226 del CPP. El primer párrafo del art. 226 del CPP, establece que: “El fiscal podrá ordenar la aprehensión del imputado cuando sea necesaria su presencia y existan suficientes indicios de que es autor o partícipe de un delito de acción pública sancionado con pena privativa de libertad, cuyo mínimo legal sea igual o superior a dos años y de que pueda ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar u obstaculizar la averiguación de la verdad”.*

---

125 Voto singular del Magistrado Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés en la Sentencia 0214/2010-R de 31 de mayo de 2010, recaída en el Expediente: 2007-17180-35-RHC.

La jurisprudencia del país boliviano, también se ha pronunciado respecto a lo que conocemos en nuestro país, como detención en flagrancia en la Sentencia N° 0957/2004-R, donde se indica que:

*“(…)sólo en caso de flagrancia se pueden obviar las formalidades para la aprehensión previstas en la Constitución Política del Estado y en el Código de procedimiento penal; en consecuencia, en los demás casos se debe cumplir, inexcusablemente, el procedimiento que para el efecto establece la norma adjetiva penal, ya sea citando previamente al imputado para que preste su declaración, como prevé el art. 224 del CPP, o emitiendo una resolución debidamente fundamentada, cuando se presenten los requisitos contenidos en el art. 226 del CPP, requiriéndose, en ambos supuestos, que exista al menos una denuncia o investigación abierta contra esa persona”.*

Asimismo, es importante resaltar que en Bolivia, también existe un proceso inmediato al igual que en el Perú, para los casos de flagrancia, siendo la Ley 004 Marcelo Quiroga Santa Cruz y la Ley 007 Reformas al Procedimiento Penal, que incorporó elementos novedosos dentro de nuestra economía jurídica, como aquella referida al Procedimiento y Juicio Directo en casos de Flagrancia, previsto en el Título V (Art. 393) del ahora Código de Procedimiento Penal.

El Artículo 393, señala que: “ en la resolución de imputación formal compete al fiscal de materia solicitar al juez de instrucción la aplicación del procedimiento inmediato para delitos flagrantes conforme a las normas del presente Título, cuando el imputado sea sorprendido o aprehendido en la comisión de un delito en flagrancia”.

La norma está determinando a quién corresponde la iniciativa o facultad de pedir el procedimiento inmediato, la oportunidad de hacerlo, ante quién solicitarlo y los requisitos referidos a la comisión del delito en flagrancia.

En caso de ser múltiples autores del delito, sólo es aplicable el procedimiento contra aquellos que se encuentren sorprendidos en delitos de manera flagrante. En los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumularán al procedimiento inmediato por flagrancia.

El Artículo 393 nos señala su procedencia, tratándose de delitos flagrantes, autorizando al juez de instrucción la aplicación de un procedimiento inmediato. El procedimiento inmediato para delitos flagrantes es a solicitud

del Ministerio Público en la resolución de imputación formal. El procedimiento es por audiencia, rigiendo el principio de oralidad, es decir, es contradictorio y rige la igualdad de las partes, conforme regla el Artículo 393.

El juez instructor para resolver la aplicación del procedimiento en audiencia oral escuchará al fiscal, al imputado y su defensor, a la víctima o al querellante, verificará el cumplimiento de las condiciones de procedencia previstas en el Artículo 393.

El juez instructor es quien determina la aplicación del procedimiento inmediato de flagrancia.

Esta es una figura novedosa en Bolivia, al igual que en Perú. Con dicha modificatoria, en los casos que una persona sea sorprendida en flagrancia, serán sometidas a un proceso sumarísimo.

Ello es materia de comentarios y críticas por abogados, probablemente aún poco convencidos con los nuevos mecanismos de solución de conflictos, como esta figura jurídica, referida a la solución de un conflicto penal, de manera más rápida sino la reparación inmediata del daño al agraviado.

Así, en todos aquellos casos en los que una persona sea sorprendida en flagrancia, ella será procesada y enjuiciada inmediatamente, donde la actividad punitiva del Estado (*iuspunendi*), se sujeta y limita a la primera intervención policial o fiscal en su caso.

## **2. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LA FLAGRANCIA EN EUROPA.**

### **2.1 LA FLAGRANCIA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA.**

El derecho a la libertad personal, se encuentra consagrado en la Constitución Española<sup>126</sup>, en su artículo 17 inciso 1 :

*“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.*

---

126 Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978.

Disposición constitucional que remite a la legislación para establecer las excepciones al derecho a la libertad personal, entre ellos, tenemos la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo TÍTULO III, sobre EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS. Norma aplicable a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial, estableciéndose además, algunas circunstancias, entre ellas,

*“1. Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.*

Desde una perspectiva genérica, cabría una similitud en los supuestos de flagrancia regulados en nuestro ordenamiento jurídico, como es, la flagrancia en sentido estricto, cuando es descubierto cometiendo el delito, en ese sentido, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia recaída en STC 341/1993 concibió la flagrancia como;

*“situación fáctica en la que el delincuente es ‘sorprendido’ -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.”;*

y en otros pronunciamientos, ha declarado que resulta inexcusable «reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” ---visto directamente o percibido de

otro modo--- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito», y que estas connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el art. 18.2 de la norma fundamental (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8; 94/1996, de 28 de mayo, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9).

En cuanto, a la cuasi flagrancia; se advierten algunos matices, que se detallaran a continuación:

- Es perseguido *inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen*, la importancia de reconocer que la flagrancia es una circunstancia que permite a la autoridad detener al que comete delito y al permitir la restricción al derecho a la libertad, se requiere que en su ejecución se produzca la inmediatez, siendo éste una de los requisitos exigibles de esta institución, situación que a sido reconocida en la legislación española, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico no se hace alusión a este término.

En igual sentido, resulta interesante rescatar la disposición que contiene la ininterrupción de la persecución del que acaba de cometer el delito, y que no pierda el alcance, lo que refuerza además la concepción de inmediatez temporal y personal.

Por último, se puede advertir que en la legislación española no se encuentra prevista la presunción de flagrancia, basado en la sindicación de la víctima, testigo, o el delincuente haya sido identificado por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, circunstancia que refuerza nuestra conclusión en el sentido que resulta necesario modificar la disposición del Código procesal penal, pues precisamente, se requiere que no medie otro mecanismo de aprehensión, ya que la flagrancia permite detener aquel que es sorprendido in flagranti o haya sido descubierto con algún instrumento del delito.

Circunstancia que además, cabe reflexionar la ampliación del plazo para aprehender a la persona una vez que se haya cometido el ilícito penal, extendiéndose a las 24 horas, situación que el legislador alegremente ha establecido, desnaturalizando la circunstancia de la flagrancia, lo que no ocurre en la legislación española, por el contrario refuerza la inmediatez, como un requisito para producirse la flagrancia.

## 2.2 LA FLAGRANCIA EN LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA.

El texto que contiene las disposiciones procesales penales de Alemania es la Ordenanza Procesal Penal, conocida como Ordenanza Procesal Alemana [*Strafprozeßordnung* (StPO)] de 1877. Dicho texto legal regula la flagrancia en su párrafo 127 parágrafo 127.1. Este párrafo 127 es denominado como Arresto Provisional o en otras traducciones como Detención Provisional, el cual en su parágrafo estableció lo siguiente:

*“Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Die Feststellung der Identität einer Person durch die Staatsanwaltschaft oder die Beamten des Polizeidienstes bestimmt sich nach § 163b Abs. 1”<sup>127</sup>.*

Al respecto, se tiene que la citada disposición traducida al inglés es la siguiente:

*(1) If a person is caught in the act or is being pursued, any person shall be authorized to arrest him provisionally, even without judicial order, if there is reason to suspect flight or if his identity cannot be immediately established. The establishment of the identity of a person by the public prosecution office or by officials in the police force shall be determined by Section 163b subsection (1).*

En lo que respecta a su traducción al español, se tiene el trabajo efectuado por GÓMEZ COLOMER<sup>128</sup>, sobre el proceso penal alemán, al referirse que el párrafo 127, parágrafo o apartado 1, ha sido redactado de nuevo, señalando que el párrafo 127, está referida a la Detención provisional, precisando que en su parágrafo o apartado 1 su traducción es la siguiente:

*“Si alguien fuera sorprendido in fraganti o perseguido, estarán todos autorizados, cuando fuere sospechoso de fuga o no pudiere constatarse de inmediato su identidad, a detenerlo provisionalmente, también sin ordenación judicial. La constatación de la identidad de una persona por la Fiscalía o por los funcionarios del*

127 Obtenido en <http://dejure.org/gesetze/StPO/127.html>.

128 Véase GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El Proceso Penal Aleman. Introducción y Normas Básicas*, Bosch, Barcelona (España), 1985, pág. 318.

*servicios de Policía, se realizará conforme a lo dispuesto en el & 163b, ap”.*

De la traducción antes citada al dispositivo alemán, se aprecia que en ella se permite a cualquiera a detener al sorprendido in flagrancia o in flagrante, no restringiendo la posibilidad de detener a un sospecho sólo a la autoridad policial, como ocurre en el caso peruano, como la única excepción de limitar el derecho libertad a una persona sin que medie mandato judicial.

Al respecto, resulta interesando comentario a la citada disposición por parte de la profesora chilena, DE HOYOS SANCHO<sup>129</sup>, cuando señala que los juristas alemanes al momento de interpretar el parágrafo 127 I StPO, el cual permite a cualquiera la detención del sorprendido in flagrancia – “auf frischer Tat betroffen oder verfolgt”, sorprendido o perseguido in flagrancia –, destaca la acción de sorprender o descubrir – antreffen, betreffen, entdecken – al autor y la necesidad de que exista una apreciación o percepción a través de los sentidos –wahrnehmen, bemerken – de la comisión del hecho delictivo.

En este contexto, se tiene que la doctrina procesal comparada resalta de la disposición alemana, la alusión expresa de que el presunto autor o sospechoso, sea “*sorprendido*”, lo cual, significa implícitamente que la persona autorizada por el dispositivo legal antes citado (es decir, cualquier persona), tenga que necesariamente haber apreciado a aquél en el momento que cometía el acto o en el momento que se da a la fuga, necesariamente mediante sus sentidos. Es por ello que autores como DE HOYOS SANCHO, señalen que este sorprendimiento puede ser inmediatamente incluso inmediatamente después de la ejecución del delito dado que la flagrancia y la comisión no coincidan temporalmente, por lo que, la flagrancia implica el sorprendimiento del sujeto durante o inmediatamente después de la perpetración del delito<sup>130</sup>.

Es más, este alcance del dispositivo antes aludido, que dicho sea de paso, no es de exclusividad del ordenamiento procesal penal alemán, está vinculado a la exigencia de la inmediatez temporal que debe haber en toda

---

129 Así lo señala DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Análisis Comparado de la Situación de Flagrancia, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen XII, diciembre 2001, Valdivia (Chile) pág. 140; también se encuentra en: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000200009&script=sci\\_art-text](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502001000200009&script=sci_art-text).

130 En DE HOYOS SANCHO, Monserrat, ob. cit, p. 141.



detención por flagrancia. En efecto, la citada autora ha señalado que en Alemania se admite la posibilidad de efectuar la detención en flagrancia cuando se ha sorprendido al autor poco después de la ejecución del hecho delictivo – *kurznach der Tatbegehung*, al señalar que en el parágrafo 116 del proyecto de StPO, actual 127, contenía la expresión “*auf frischer Tat oder unmittelbar nachher*” - en flagrancia o inmediatamente después -; precisando que para concordarse con el parágrafo 104 StPO, relativo al registro domiciliario, se suprimió la referencia al “tiempo inmediatamente posterior” a la realización del hecho, indicando que si bien en aquella oportunidad se dijo expresamente que esta supresión era sólo un cambio de redacción y no un cambio en el pretendido contenido de la disposición<sup>131</sup>.

Por otro lado, se cita que si bien el parágrafo alemán no señala expresamente una alusión directa a la inmediatez personal como requisito de detención en flagrancia, la cual es entendida como el sorprendimiento del presunto autor en el lugar de comisión del delito o en sus inmediaciones, también lo es que ello puede deducirse de la exigencia necesaria de la inmediatez temporal que sí se aprecia de la aludida disposición. Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos procesales, la posibilidad de establecer un límite temporal a la persecución en flagrancia ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria alemana al entender que una vez iniciada la persecución inmediatamente después de descubrir la comisión del delito, esta puede durar indefinidamente hasta lograr la detención del autor de los hechos, siempre y cuando no se interrumpa<sup>132</sup>.

Para afirmar esto último, DE HOYOS, afirma que Schubert la persecución y detención en flagrancia serán posibles hasta que se produzca el *Zurruhekommern* – apaciguamiento, mientras que para Meincke, la facultad de detener en flagrancia ha de durar un máximo de veinticuatro horas<sup>133</sup>.

Por otro lado, se asevera que una peculiaridad de la detención en flagrancia de la legislación alemana y que es compartida con los dispositivos pertinentes de Italia y Francia, es que se requiere además de la presencia de una situación en estado de necesidad o de legítima defensa, la presencia de otras circunstancias al lado de la flagrancia para que un particular pueda detener. Ello debido a que el parágrafo 127 StPO exige necesariamente para

131 Así lo señala DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *ob. cit.*, p. 142.

132 DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *ob. cit.*, pp. 143-144.

133 DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *ob. cit.*, p. 144



poder detener que recaiga sobre el sorprendido o perseguido en flagrancia la sospecha de intentará la fuga – *“Flucht verdächtig”* – o que su identidad no pueda ser determinada inmediatamente – *“seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann”*<sup>134</sup>.

Esto se ha vinculado con el hecho de la detención efectuada por los particulares (y no necesariamente por la autoridad policial), en el sentido que si bien la intervención éstos impide que prosiga la lesión al bien jurídico, sólo podrán proceder a la detención si no les es posible previamente dar parte de lo ocurrido a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos sin que se ponga en peligro la necesaria presencia de la persona del imputado antes éstas.

Otra peculiaridad reconocida a la detención en flagrancia alemana, está referida a que el parágrafo 127 I del StPO, recoge la posibilidad de evitar la detención en flagrancia, una vez interrumpido o consumado el delito, si se conoce la identidad del imputado y no hay sospechas fundadas de que intentará fugarse u ocultarse<sup>135</sup>. Ello quiere decir que sobre todos los particulares, en el caso que tuvieran acceso al nombre y domicilio del sospecho o presunto autor del ilícito penal, debe abstenerse de proceder a la detención.

### 2.3 LA FLAGRANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL ITALIANO.

El Código Procesal Penal italiano aborda el tema de la detención y de la definición de la flagrancia delictiva en los artículos 380°, 381° y 382°.

Como se advertirá de su lectura, el Código italiano a diferencia del peruano, tiene una legislación mas compleja y no trata el tema en forma general como sí lo hace nuestro código, pues diferencia entre el arresto en caso de flagrancia, en obligatorio y facultativo, entre delitos culposos y no culposos, del mismo modo, deriva consecuencias distintas en función a la tipología del delito y a los años de pena, como a continuación veremos:

#### ***“Artículo 380°.- Arresto obligatorio en caso de flagrancia***

*Los oficiales y agentes de policía judicial procederán al arresto de quien sea sorprendido en flagrancia de un delito no culposo, consumado o tentado, para el que la ley haya establecido pena de prisión*

---

134 DE HOYOS SANCHO, Monserrat, ob. cit, p. 145.

135 DE HOYOS SANCHO, Monserrat, ob. cit, pág. 147.

*perpetua o de reclusión no inferior en el mínimo a cinco años y en el máximo a veinte*

**Artículo 381°.- Arresto facultativo en caso de flagrancia**

- 1.- *Los oficiales y agentes de policía judicial tienen la facultad de arrestar a quien sea sorprendido en estado de flagrancia de un delito no culposo, consumado o tentado para el que la ley haya establecido pena de reclusión superior en el máximo a tres años, o de un delito culposo para el que se haya establecido pena de reclusión no inferior en el máximo a cinco años.*
- 2.- *Cuando exista la necesidad de interrumpir la actividad criminal, los oficiales y los agentes de policía judicial igualmente tendrán la facultad de arrestar a quien sea sorprendido en estado de flagrancia de uno de los siguientes delitos:*

*Peculado, Corrupción, Violencia o amenaza a funcionario público, Comercio y suministro de medicinas dañadas, Corrupción de menores...*

*En las hipótesis previstas por el presente artículo solo se procederá al arresto en estado de flagrancia si la medida se encuentra justificada por la gravedad del hecho o por la peligrosidad del sujeto, la que se deducirá de su personalidad o de las circunstancias del hecho.*

**Artículo 382°.- Estado de flagrancia**

- 1.- *Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, o si inmediatamente después de cometido, es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas, o es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato.*
- 2.- *En el reato permanente el estado de flagrancia durará hasta cuando no cese la permanencia."*

Como se señaló, a diferencia de nuestro Código Procesal Penal, la legislación procesal penal italiana hace una distinción entre la detención obligatoria y la facultativa, por lo que conviene analizar estos dos escenarios:

**La Detención Obligatoria:** El arresto, como denomina a la detención, el código italiano, deberá ser obligatorio en el caso de delitos no culposos

cuando la pena impuesta para el delito perseguido no sea menor de cinco años de prisión.

Como se advierte, no es cualquier delito el que genera una detención obligatoria por parte de las fuerzas policiales sino que debe tratarse necesariamente de delitos no culposos; en el caso de la legislación peruana en cambio, al menos en teoría, la detención en flagrancia procede cuando se trate de cualquier tipo de delito, dolosos o culposos, con dolo directo o eventual, no hay distinción.

Debe advertirse que en el caso peruano, había un tratamiento distinto en el caso de faltas o de un delito no mayor a dos años de prisión, donde luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podía ordenarse una medida menos restrictiva de la libertad, sin embargo esta parte del artículo 259° que regula la detención policial fue suprimida, por lo que en el caso peruano a diferencia del italiano no se hace ninguna distinción en función a la gravedad del delito .

En el caso italiano en cambio, y haciendo una interpretación contrario sensu de su legislación, tratándose de delitos dolosos, cuya pena sea menor a los cinco años, la Policía no está obligada a proceder a la detención de los agentes delictivos, sino que se deja a la discrecionalidad de la policía judicial la posibilidad de arrestar o no en flagrancia, en base a los parámetros establecidos en el artículo 381° in fine de su código, es decir, si la medida se encuentra justificada por la gravedad del hecho o por la peligrosidad del sujeto.

**La detención facultativa** procede en Italia en el caso de delitos no culposos consumados o tentados, cuando la pena de reclusión sea superior a tres años, o en el caso de delitos culposos para el que se haya establecido una pena de prisión no menor a cinco años.

Siendo así, se advierte que cuando el código sustantivo italiano prescribe penas entre los tres y cinco años para el caso de delitos dolosos, la detención será facultativa y siempre que se configuren los supuestos ya establecidos de justificada gravedad del hecho o peligrosidad del sujeto, debiendo medirse estas características en función a la personalidad del agente delictivo o de las circunstancias del hecho punible.

Si el delito contempla en teoría una pena menor a los tres años, sea doloso o culposo, y así el agente sea descubierto en la realización de hecho

punible o habiendo acabo de cometerlo, no procede su detención por ningún motivo.

Del mismo modo, en el caso de delitos culposos, cuya pena sea inferior a cinco años, tampoco procede por ningún motivo la detención, así el agente haya sido descubierto en flagrancia, advirtiéndose que la detención en flagrancia al ser una excepción a la regla general de la detención judicial solo procede para casos que revisten gravedad.

Del mismo modo, se autoriza (no se obliga) a detener en flagrancia en el caso de delitos de peculado, corrupción, y violencia o amenaza a funcionario público cuando exista la necesidad de interrumpir la actividad criminal, es decir para evitar que el delito se siga cometiendo en el caso de delitos permanentes o se cometa nuevamente en el caso de concurso real homogéneo de delitos.

Respecto al concepto de la flagrancia, tanto el Código Procesal Penal italiano como el peruano ensayan una definición que no estaba contemplada antes, siendo más amplia la esbozada por el código peruano.

En efecto, en el caso peruano, nuestra legislación contempla cuatro supuestos específicos que configuran la flagrancia, entre la que incluye el caso de que el agente delictivo sea identificado por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen.

Dicho supuesto es consistente, con la doctrina que ha señalado que en la actualidad el concepto de flagrancia aplicado al hecho delictivo, más que una relación de inmediatez, quiere señalar lo notorio de la autoría, esto es la seguridad meridiana que tal hecho concreto puede ser atribuido a una o varias personas, siendo evidente que el registro audiovisual proporciona tal seguridad, siendo ilógico que se permita la detención en flagrancia tan solo por la identificación del agraviado o incluso de un tercero y no cuando el sujeto ha sido plenamente identificado a través de un soporte tecnológico, más aún ahora donde cada vez, es más frecuente la presencia de cámaras de seguridad en lugares públicos y privados.

En el caso del código italiano, sorprendentemente, este supuesto no está contemplado, estando los otros tres, todos regulados en un mismo párrafo, pues se alude a quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, inmediatamente después, si es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas o sí es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato.

Otra diferencia crucial es que el código italiano no determina la flagrancia en función a un tiempo preestablecido como sí lo hace el código peruano, que después de sucesivas modificaciones establece el término de veinticuatro horas después de la perpetración del delito como plazo máximo para la detención en el caso de la llamada cuasi flagrancia y de la flagrancia presunta.

En este aspecto, el Código italiano supera en la definición y es más garantista que el peruano, pues la flagrancia no puede estar supeditada a un tiempo previamente determinado en la ley, sino en función a las circunstancias que rodean el hecho, más aún si ésta se configura y se consume en el caso de los delitos instantáneos en un tiempo sumamente reducido que puede ser un instante y no en un plazo tan extenso como son las veinticuatro horas a las que alude nuestra legislación.

Finalmente el Código italiano si hace alusión específica al caso de los delitos de naturaleza permanente, prescribiendo que en dicho caso, el estado de flagrancia durará hasta cuando no cese la permanencia; en el caso peruano se ha soslayado este supuesto, pero haciendo una interpretación de la norma se entiende que también en el caso peruano, tratándose de delitos permanentes, la flagrancia se prolonga incluso más allá de las veinticuatro horas referidas en nuestra legislación.



## CONCLUSIONES

1. La libertad de una persona es un derecho constitucional y como tal protegido incluso por normas internacionales, por ello cualquier restricción a ella exige una actuación acorde con la ley.
2. La detención constitucional de flagrancia faculta a la policía en función a detener a una persona cuando se manifiesta alguno de los cuatro estados de flagrancia que prevé la nueva ley procesal.
3. Ello exige un análisis inmediato de la autoridad policial –y fiscal si estuviere presente- de la situación fáctica para proceder a dicha detención, bajo los principios de inmediatez y temporalidad, principalmente; cuidando, asimismo, de los elementos de prueba existentes y que se incauten.
4. De acuerdo a la ley procesal y en el mismo orden señalado en el artículo 259 del Código Procesal Penal en su actual redacción, existen cuatro estados de flagrancia: a) flagrancia propiamente dicha; b) casi flagrancia; c) presunción de flagrancia por sindicación, que puede ser por sindicación directa del agraviado o testigo, o por medio audiovisual; y d) presunción legal de flagrancia. De los cuales merece mayor atención, sobre todo cuando se trata de la tercera de las mencionadas, en especial cuando se trata de sindicación directa del agraviado o testigo.
5. El derecho comparado nos permite tener una visión más amplia sobre esta institución procesal y reflexionar sobre las posibilidades de mejora de nuestro texto procesal.
6. Lo antes señalado, permite establecer que nuestra actual legislación ha flexibilizado la exigencia de la inmediación (temporal y personal)

para establecer los supuestos de flagrancia, haciéndolos extensivos a supuestos que no constituyen propiamente supuestos de flagrancia.

7. En el caso de la presunción de flagrancia por sindicación, en sus dos vertientes (sindicación directa o medio audiovisual), así como de la presunción legal de flagrancia, implícitamente reconoce un mínimo de actos de investigación, ya sea por la autoridad policial, como por el representante del Ministerio Público, en caso que conozca e intervenga de las mismas, que no puede exceder de 24 horas; los cuales, requiere de sumo cuidado a fin de detenerse una persona injustamente. Esta circunstancia, permite establecer que en ambos supuestos de flagrancia delictual, tiene como propósito habilitar la detención de un ciudadano, como resultado de actos de investigación policiaca y no necesariamente por la existencia de una flagrancia propiamente dicha.
8. En el caso de la flagrancia por sindicación directa, se discute la fiabilidad de la versión del testimonio del agraviado o testigo, quien únicamente se sustenta en su memoria, la cual, puede verse afectadas, por el transcurso del tiempo y por el efecto que produjo en él el evento delictuoso.
9. En el caso de la flagrancia por sindicación por medio audiovisual, se discute que en la redacción actual, no haya límite en cuando al tipo de medio empleado, por lo que, el mismo puede sustentando en imágenes montadas con la finalidad de causar perjuicio del presunto autor.



## Índice General

PLAN DE INVESTIGACIÓN .....	3
La flagrancia en el nuevo Proceso Penal.....	3
1. Problema de investigación.....	3
2. Hipótesis.....	4
3. Variables.....	5
4. Marco teórico.....	5

### CAPÍTULO I CONCEPTOS GENERALES

1. La Flagrancia. Antecedentes Históricos.....	7
1.1. En la antigüedad.....	7
1.2. En la edad media.....	12
1.3. La edad moderna.....	15
1.4. Edad contemporánea.....	16
1.5. Antecedentes históricos de la flagrancia.....	16
1.5.1. En el Perú incaico.....	16
1.5.2. La flagrancia en la Colonia.....	18
1.5.3. En la República.....	19
1.5.4. Antecedentes constitucionales de la flagrancia.....	22
1.5.4.1. <i>La Constitución de Cádiz de 1812</i> .....	22

1.5.4.2. <i>La Constitución de 1823</i> .....	22
1.5.4.3. <i>La Constitución de 1826</i> .....	23
1.5.4.4. <i>La Constitución de 1828</i> .....	23
1.5.4.5. <i>La Constitución de 1834</i> .....	24
1.5.4.6. <i>La Constitución de 1839</i> .....	24
1.5.4.7. <i>La Constitución Política de 1856</i> .....	24
1.5.4.8. <i>La Constitución de 1860</i> .....	25
1.5.4.9. <i>La Constitución de 1867</i> .....	25
1.5.4.10. <i>La Constitución de 1920</i> .....	25
1.5.4.11. <i>La Constitución de 1979</i> .....	26
2. Concepto de flagrancia.....	26
3. Características principales de flagrancia.....	29
3.1 En la legislación nacional.....	32
3.2. Posición del tribunal constitucional.....	35
4. Marco constitucional sobre flagrancia.....	38
5. Derechos fundamentales afectados por la flagrancia.....	38
5.1. La libertad individual: Libertad ambulatoria.....	38
5.2. La inviolabilidad del domicilio.....	43
5.3. El derecho a la intimidad.....	45
5.4. La inviolabilidad del derecho de propiedad.....	47
6. La flagrancia en el derecho penal y procesal penal.....	48
6.1. Un acercamiento a la flagrancia en el nuevo modelo procesal penal.....	48

**CAPÍTULO II**  
**LA FLAGRANCIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE**

1. El nuevo código procesal penal y la flagrancia. Normatividad.	51
1.1. Redacción original del artículo 259 del Código Procesal Penal.....	52
1.2. Primera modificación.-.....	52
1.3. Segunda modificación.-.....	55

---

ÍNDICE GENERAL

---

1.4. Tercera y última modificación.- .....	56
2. La flagrancia en las sentencias del Tribunal Constitucional .	58
2.1. Sobre la amplitud de la flagrancia .....	59
2.2. Sobre la relacion de causalidad .....	60
2.3. Sobre la intermediacion personal y temporal .....	61
3. Supuestos de flagrancia delictiva.....	62
Conclusiones: Necesidad de volver a la versión anterior .....	69
4. La trascendencia de la flagrancia en determinados delitos ..	71
4.1. La Flagrancia en los delitos permanente y de consumación instantánea .....	71
4.2. La ejecución de un delito permanente como el secuestro o la privación ilegítima de libertad .....	72
4.3. De otra parte, la tenencia, la posesión o la detentación, como hechos punibles que implican el “tener” una cosa incriminada, .....	76
5. Flagrancia y mecanismos premiales del derecho penal y procesal.....	81
a. El Principio de Oportunidad .....	82
b. Terminación anticipada del proceso. ....	84
c. Proceso inmediato.....	85
d. Conclusión anticipada.....	86
6. Flagrancia y prueba en el proceso penal .....	86
7. La policía nacional del Perú y la detención en flagrancia.....	90

**CAPITULO III**  
**LA FLAGRANCIA EN EL DERECHO COMPARADO**

1. Tratamiento diferenciado de la flagrancia en Latinoamérica	93
1.1 La flagrancia en el Código Procesal Penal de Chile. ....	93
1.2 La flagrancia en el Código Procesal Penal de Colombia.	99
1.3 La flagrancia en el Código Procesal Penal de Bolivia....	104
2. Tratamiento diferenciado de la flagrancia en Europa.....	107

2.1	La flagrancia en la ley de enjuiciamiento criminal española.....	107
2.2	La flagrancia en la Ordenanza Procesal Penal Alemana.	110
2.3	La flagrancia en el Código Procesal Penal Italiano. ....	113
	CONCLUSIONES .....	119