

UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



“LA PRESUNCIÓN LEGAL DE FLAGRANCIA VERSUS EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

ABOGADO

AUTORES:

Bach. Aspajo Reyna Lucía Fariza

Bach. Gonzales Pinedo Manuela de Jesús

ASESOR:

Abogado Roger Cabrera Paredes

SAN JUAN – PERÚ

2014

Dedicatoria

A mis padres, mi pequeña hija y su papá, los amores de mi vida, quienes siempre han depositado en mí la fuerza y la confianza que día a día alimentaron mis ansias de superación personal y profesional, y que ahora se refleja un fruto de esta cosecha.

Lucia Fariza

A mis adoradas Nilda y Techí, por creer en mí, por el inmenso amor y apoyo incondicional en todo momento.

A mi amado esposo Tito, mi gran amor, por estar en los buenos y malos momentos siempre juntos.

A mi hermana Cyndi por su infinita comprensión, cariño y bondad.

Manuela de Jesús

Agradecimiento

A mis compañeros de trabajo,
que con su colaboración hicieron posible la realización
de la presente investigación.

Lucia Fariza

A mi papito Etelwoldo por más que ya no está en este mundo terrenal siempre me
protege, gracias porque se que cuidarme es bastante difícil.

A la Universidad Científica del Perú, Alma Mater que me acogió generosamente en
sus claustros permitiéndome formar parte de ella.

Manuela de Jesús

<u>INDICE</u>	Pág.
DEDICATORIA.....	02
AGRADECIMIENTO.....	03
INTRODUCCIÓN.....	07

CAPITULO I: MARCO TEORICO – CONCEPTUAL

1.1. La detención en el ordenamiento jurídico – penal peruano	
1.1.1. Detención: concepto.....	09
1.1.2. Clases de detención.....	11
A. Detención preliminar judicial.....	12
A.1. Un pequeño enfoque de su naturaleza	
A.2. Trámite de la detención preliminar judicial	
a. Requerimiento del Ministerio Público	
b. Oportunidad de presentación	
c. Resolución del Juez de la Investigación Preparatoria	
d. Ejecución de la orden de detención	
e. La convalidación de la detención	
f. La detención preliminar incomunicada	
B. El arresto ciudadano.....	16
B.1. La constitucionalidad del arresto ciudadano	
B.2. Naturaleza del arresto ciudadano	
1.2. La flagrancia delictiva. Otra clase de detención.....	21
1.2.1. Etimología y concepto de flagrancia.....	21
1.2.2. Antecedentes históricos.....	23
A. En la antigüedad	
B. En la edad media	
C. En la edad moderna	

- D. En la edad contemporánea**
- 1.2.3. Antecedentes históricos de la flagrancia en el Perú.....32**
 - A. En el Perú incaico**
 - B. La flagrancia en la colonia**
 - C. En la República**
- 1.2.4. Antecedentes constitucionales de la flagrancia.....38**
 - A. La Constitución de Cádiz de 1812**
 - B. La Constitución de 1823**
 - C. La Constitución de 1825**
 - D. La Constitución de 1828**
 - E. La Constitución de 1834**
 - F. La Constitución de 1839**
 - G. La Constitución de 1856**
 - H. La Constitución de 1860**
 - I. La Constitución de 1867**
 - J. La Constitución de 1920**
 - K. La Constitución de 1979**
 - L. La Constitución de 1993**
- 1.2.5. La flagrancia en la legislación nacional.....44**
 - A. Cuando la realización del hecho punible es actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto, es la detención denominada “flagrancia propiamente dicha”**
 - B. Cuando el autor es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible: detención conocida también como “cuasiflagrancia”**
 - C. Cuando el autor es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo: detención llamada también “presunción legal de flagrancia”**
- 1.2.6. Características principales de la flagrancia.....48**

1.3.	El derecho a la presunción de inocencia	52
A.	Como principio informador del proceso penal	
B.	Como regla de tratamiento del imputado	
C.	Como regla probatoria	
D.	Como regla de juicio	
E.	In dubio pro reo	
1.3.1.	Marco Constitucional	60

CAPITULO II: DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

2.1.	Delimitación del problema	63
2.2.	Obtención de los datos relacionados con el tema de investigación	65

CAPITULO III: PRESENTACION Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

3.1.	Panorama jurídico (constitucional y procesal penal) de la flagrancia .	111
-------------	---	------------

CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1.	Conclusiones	117
4.2.	Recomendaciones	118
	Bibliografía	120
	Anexos	121

INTRODUCCIÓN

La primera garantía de la libertad física que debe ser observada por los operadores jurídicos es la prohibición de detenciones ilegales. Estas son las que se producen al margen de los supuestos de hecho y del procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico de cada país para que proceda la privación de libertad de una persona.

Así, la libertad física es un derecho fundamental reconocida en la Constitución Política de 1993, como es el artículo 2º, numeral 24), literal f), y los tratados sobre derechos humanos, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 7º, inciso 2) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9º, inciso 1), cuyos textos, en general, permiten concluir que las garantías y facultades mínimas inherentes a la libertad física son las siguientes: prohibición de detenciones ilegales, prohibición de detenciones arbitrarias, derecho a ser trasladado inmediatamente ante una autoridad judicial, carácter excepcional de la detención judicial preventiva, plazo razonable de la detención judicial preventiva y protección judicial de la libertad física.

Ahora, enfocando todas estas garantías en la libertad física, que resulta ser un derecho particularmente importante, por lo general, las medidas orientadas a garantizar el orden público están relacionadas con normas que limitan su ejercicio, situación que se pone de manifiesto de modo particular en coyunturas de alta inseguridad ciudadana, que por política criminal, a criterio necesario del legislador, tales límites, entre otros, se representa por la detención en flagrancia, cuyas formas o modalidades se fueron extendiendo en razón de la realidad política, social y jurídica que atraviesa actualmente nuestra sociedad y Estado peruano.

Tal restricción, especialmente, se enmarca dentro del Código Procesal Penal de 2004, en cuyo artículo 259º, se desarrolla la citada detención en flagrancia, que conceptualiza las llamadas “*flagrancia estricta*”, “*cuasiflagrancia*” y “*presunción legal de flagrancia*”, lo que explica la necesidad de que los operadores jurídicos involucrados (policías, fiscales, jueces y abogados defensores) interpreten y apliquen de forma adecuada este

marco normativo vigente que regula los supuestos en los que corresponde privar a una persona de su libertad física, cuando se refiere a la llamada detención policial, tal como ha sido denominada esta norma adjetiva.

Dentro de este contexto, en el presente trabajo, se analizará la denominada “*presunción legal de flagrancia*”, del cual se considera que contraviene el derecho a la “*presunción constitucional de inocencia*”, pues, al denominarse textualmente “*presunción legal*”, está por debajo de la “*presunción constitucional*”, y esta contravención genera interrogante del por qué el legislador considera esta modalidad de flagrancia como válida, sin olvidar que la interpretación de toda norma, independientemente de su naturaleza y especialidad, siempre debe ser en forma concordante y armónica con la Constitución Política del Estado.

Y es que se considera que existe una problemática legal sobre estos temas, porque se circunscribe a la presunción de inocencia, al igual que otros derechos reconocidos constitucionalmente, a caballo entre un plano jurídico y otro ético. Es un derecho donde particularmente lo jurídico y lo ético aparecen anudados, pues en ellos subyace de forma notoria la propia dignidad humana. Es un derecho que pone de manifiesto la indudable presencia de principios éticos en el Derecho y, por ende, la dificultad de separar las esferas de la moral y el Derecho.

Para arribar a una respuesta a la interrogante planteada, se tendrá presente el desarrollo tanto dogmático como jurisprudencial de la detención en flagrancia, así como se identificará su dimensión constitucional, como también del derecho constitucional de presunción de inocencia, a partir de lo dispuesto en la Constitución Política de 1993, como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

1.1. LA DETENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO – PENAL PERUANO

1.1.1. DETENCIÓN: CONCEPTO

En sentido amplio, la detención puede ser considerada como la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, de forma que el autor de la privación de la libertad impide al sujeto pasivo trasladarse de un lugar según su libre voluntad. No basta que se limite el ejercicio de dicha capacidad, sino que es preciso que se la sustraiga enteramente al sujeto pasivo. Impedir la permanencia o acceso a un determinado lugar no es un supuesto de detención, ya que lo esencial es impedir a un sujeto el alejarse de un lugar en el que no desea permanecer, siendo solo entonces cuando se puede afirmar que se ha producido la detención.

Este concepto amplio, si bien no es incorrecto en términos gramaticales, debe restringirse cuando se haga referencia a una detención legal propiamente dicha.

Por lo tanto, en sentido estricto, la detención es considerada como una medida de carácter cautelar personal –distinta a la prisión provisional y a la pena de prisión– que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado periodo. Implica tanto el impedir que una persona abandone un lugar como conducirla contra su voluntad a otro.

Como señala la doctrina, la detención es la medida cautelar personal que consiste en la privación breve de la libertad personal, limitada temporalmente con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, manteniéndola por tiempo mayor (prisión provisional) o adoptando una medida cautelar menos grave o restableciendo el derecho a la libertad en un sentido natural.

Para De Hoyos Sancho, la detención es *“la situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona que se caracteriza por su corta duración, instrumentalidad y provisionalidad, ya que se practicará con la finalidad de que las autoridades competentes resuelvan en el tiempo necesario, dentro de los plazos constitucionalmente establecidos, acerca de la situación personal del privado de libertad”*¹.

Como medida cautelar tiene una finalidad instrumental: la de asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo de un proceso, es decir, asegurar, bajo estrictas garantías, la sujeción al proceso penal de la persona a quien se le imputa un delito. En ese orden de ideas, la detención tiene como objetivo el aseguramiento provisional del presunto responsable de un ilícito penal, impidiéndole el libre ejercicio de su derecho a la libertad ambulatoria, en su vertiente de libre desplazamiento, a efectos de evitar su posible sustracción o fuga, o que perturbe los actos iniciales de averiguación, oculte los objetos o instrumentos del delito o borre, altere o modifique los elementos probatorios que puedan incriminarlo con el delito que se investiga.

Como afirma Gimeno Sendra, la detención *“es una medida cautelar ejecutada en función de la incoación de un proceso penal, cuya finalidad es la de garantizar la futura aplicación del ius puniendi y, de modo inmediato, la de proporcionar al juez el primer sustrato físico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas preventivas que correspondan”*².

¹ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La detención por delito*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 23.

Por su parte el Tribunal Constitucional español ha definido a la detención como: *“cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una detención que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”* (STC español 98/1986, del 10 de julio).

² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal. Tomo II – Procesal Penal*. 3^a edición, Colex, Valencia, 1990, p. 357.

En esta perspectiva la detención responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del imputado –evitando la fuga– y de realizar con su concurso actos de investigación y de aseguramiento inaplazables.

Su función es tanto asegurar a la persona del sindicado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables, por ejemplo: interrogatorios, reconocimientos, pericias forenses. Todo ello en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito.

1.1.2. CLASES DE DETENCIÓN

El Código Procesal Penal del año 2004, regula precisamente la detención, englobándola en las siguientes figuras:

- a. Detención preliminar judicial (artículo 261°).
- b. Detención policial (artículos 259° y 260°, numeral 2).
- c. Arresto ciudadano (artículo 260°, numeral 1).

Según este esquema procesal, en principio no se puede más que afirmar que el citado Código Adjetivo considera como modalidades de la detención a los tres institutos precitados, lo que contravendría lo estipulado en el artículo 2°, numeral 24), literal f) de la Constitución Política del Estado, que reconoce solo dos modalidades, la detención preliminar judicial y la detención policial; sin embargo, de un análisis más cuidadoso del Código Procesal Penal, podemos concluir que el arresto ciudadano no constituye en *stricto sensu* una forma de detención, sino que se trata de una medida de restricción menos lesiva que aquella, restricción que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 2°, numeral 24), literal b) de la Carta Magna, en la cual se prescribe que solo se

permiten restricciones a la libertad personal cuando estén previamente establecidas por la ley.

De esta manera no existe contradicción alguna con el artículo 2º, numeral 24), literal f) de la Constitución, pues, bajo el razonamiento señalado queda claro que existen solamente dos modalidades de detención conforme a esta última estipulación constitucional: detención preliminar judicial y detención policial, mientras que el arresto ciudadano se constituye en una medida restrictiva de la libertad menos intrusiva que la detención y de brevísima duración.

A. DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

A.1. UN PEQUEÑO ENFOQUE DE SU NATURALEZA

Es una medida cautelar provisionalísima solicitada por el Fiscal para llevar adelante determinados actos que son urgentes y no pueden ser postergados, para determinar si los hechos han sido cometidos por el investigado; asimismo, esta medida se dictará sin trámite alguno por parte del Juez de la Investigación Preparatoria, ni será puesto en conocimiento del imputado, ni se dispondrá una audiencia previa para resolver, ya que la resolución correspondiente se verificará con base en los elementos de convicción adjuntados por el Ministerio Público, precisando la urgencia y la identificación individualizada de la persona contra quien se solicita esta medida por encontrarse presumiblemente vinculada al delito, a fin de que una vez que la Policía ejecute la detención lo ponga a disposición de la Fiscalía, para que esta realice las diligencias que motivó su pedido.

A.2. TRÁMITE DE LA DETENCION PRELIMINAR JUDICIAL

a. REQUERIMIENTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La detención preliminar judicial no puede ser dispuesta de oficio por el Juez de Garantías (Juez de la Investigación Preparatoria), sino que debe ser solicitada por el Ministerio Público mediante el denominado requerimiento, el cual debe ser escrito, y en el cual debe precisarse el pedido, contener los fundamentos de facto, sus fundamentos de derecho y acompañar los anexos correspondientes y asimismo individualizar al imputado contra el que se requiere dicho mandato.

b. OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN

El requerimiento de detención preliminar judicial solo puede ser presentado en la etapa indagatoria o de investigaciones preliminares, es decir, antes de que el Fiscal haya decidido emitir su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, de allí su denominación de detención preliminar. Y es que la detención preliminar judicial es la vía necesaria e indispensable en determinados casos para que puedan llevarse a cabo la finalidad de las diligencias preliminares, esto es la realización de diligencias urgentes e inaplazables.

c. RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE LA INVESTIGACION PREPARATORIA

Luego de presentado el requerimiento fiscal de detención preliminar judicial, el Juez de Garantías debe resolverlo³ sin ningún trámite adicional, esto es sin la necesidad de escuchar a la parte contra quien se solicita recaer la medida, lo que implica que se

³ Artículo 139° de la Constitución Política del Estado. Principios de la función jurisdiccional

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

resuelva la solicitud sin la realización de audiencia. De ello se entiende que el trámite es sumarísimo, lo cual se justifica precisamente por la urgencia del pedido, en el que está en peligro la efectividad de las diligencias preliminares e inclusive de todo el proceso, ante el inminente peligro de fuga del imputado. Este dato es relevante, por cuanto importa resolver el pedido en forma inmediata, aun fuera del horario ordinario de labores, en cuyo caso deberá ser tramitado por el Juez de turno.

d. EJECUCION DE LA ORDEN DE DETENCIÓN

La Policía Nacional es quien se encarga de la ejecución de la orden de detención, por lo tanto el Juez de la Investigación Preparatoria deberá remitir los oficios a la oficina de requisitorias de dicha institución, y cuando el individuo esté fuera del país, se oficiará a la Interpol. En situaciones extraordinarias, la orden de detención puede ser comunicada por el Juez a la Policía por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. Los oficios de orden de detención, conocidos como requisitorias, tienen una vigencia de seis meses, por lo que para que sigan vigentes, deberán ser renovados, salvo que se trate de delitos como tráfico de drogas, terrorismo y espionaje, en cuyo caso las órdenes de captura no caducan.

Si se captura al imputado, la Policía deberá hacerle saber los motivos de su detención por medio de la comunicación escrita, e inmediatamente ponerlo a disposición del Juez que ordenó su detención. Dicho Juez deberá verificar que se trate de la persona que efectivamente se ha ordenado su detención, y recién luego interrogará a este para los efectos de constatar que no se hayan vulnerado sus derechos fundamentales. Culminado ello, lo pondrá a disposición del Fiscal.

e. LA CONVALIDACIÓN DE LA DETENCIÓN

Como hemos visto, de acuerdo al artículo 264º, numeral 1) del Código Procesal Penal, la detención policial de oficio (la que se da en casos de flagrancia) o la detención

preliminar judicial solo demorará un plazo de veinticuatro horas (a excepción de los casos de delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas), a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la formalización y continuación de la investigación preparatoria, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

Sin embargo, en los supuestos de detención preliminar judicial existe la posibilidad – conforme al artículo 266° del Código Procesal Penal– de que el Fiscal (salvo en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas), de considerar que subsisten las razones que determinaron la detención, pueda poner al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención, en caso contrario, dispondrá su inmediata libertad. Esto solo sería posible en aquellos casos en que aún no se haya formalizado la investigación preparatoria propiamente dicha.

Ahora bien, en caso de que se requiera la convalidación, el Juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria para determinar si se dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

f. LA DETENCIÓN PRELIMINAR INCOMUNICADA

Una vez que se ha detenido a una persona, el Fiscal puede solicitar su incomunicación en los casos en que se trate de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años. Así lo establece el artículo 265° del Código Procesal Penal.

Tal medida de incomunicación solo debe solicitarse, y en todo caso declararse procedente, cuando resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención.

Pero el plazo de diez días que puede durar la incomunicación no se aplica en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad superior a seis años, ya que en estos casos la detención preliminar tiene una duración máxima de ocho días, si tenemos en cuenta un día de detención preliminar más siete días de detención convalidada. Por lo tanto, en estos delitos puede aplicarse –con respecto a la incomunicación– un lapso de tiempo que no debe superar los ocho días. Es por ello que la norma hace alusión a que la incomunicación puede decretarse por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención.

El Juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.

Debe quedar en claro que la incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

B. EL ARRESTO CIUDADANO

B.1. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARRESTO CIUDADANO

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004, existía plena coincidencia en considerar que quien debía percibir o sorprender al autor cometiendo su delito, era la autoridad policial en el ejercicio de sus funciones, sin embargo, la regulación de la figura del arresto ciudadano en el citado cuerpo normativo, cambió dicho panorama, pues por el mencionado instituto cualquier ciudadano puede

restringir la libertad del presunto autor de un delito, cuando este sujeto se encuentre en situación de flagrancia.

Ahora, la primera interrogante que surge al respecto es saber si lo acotado resulta compatible con lo prescrito en la Constitución en su artículo 2º, numeral 24), literal f), pues como hemos visto, en dicho artículo se precisa que la detención por flagrancia delictiva puede ser realizada por la autoridad policial, y no hace mención alguna a la posibilidad de que cualquier ciudadano esté facultado para tal proceder.

Para resolver la interrogante planteada debemos partir por traer a colación el principio de unidad de la Constitución⁴, por el cual esta no puede ser interpretada aisladamente, sino tomando en cuenta las demás disposiciones constitucionales. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este principio implica considerar a la Constitución como un todo armónico y sistemático, entendiendo que es un ordenamiento en sí mismo compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido⁵. Así, se señala que dentro de la Constitución no pueden existir contradicciones, como incongruencias⁶ o antinomias⁷.

Siendo así, entonces, resulta correcto al momento de analizar el artículo 2º, numeral 24), literal f) de la Constitución, conjugarlo con el artículo 2º, numeral 24), literal b), donde se prescribe que *“no se permite forma alguna de restricción de la libertad*

⁴ Los principios de interpretación constitucional cumplen con la misión de orientar y canalizar el proceso de interpretación para la solución de un problema como marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto. Así, siguiendo a Hesse, tenemos los siguientes principios:

Plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

LANDA ARROYO, César. *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal 2005, p. 89.

⁵ STC Exp. N° 0005-2003-AI.

⁶ STC Exp. N° 0008-2003-AI.

⁷ STC Exp. N° 0005-2003-AI.

*personal, salvo en los casos previstos por la ley*⁸. Y es que es en este último dispositivo constitucional donde encuentra cobijo el arresto ciudadano, pues lo que los particulares realizan es una retención del delincuente y la restricción temporal de su libertad, para efectos de entregarlo a la autoridad policial.

Esta postura toma como base la diferenciación –que ha establecido el Tribunal Constitucional– entre los conceptos de privación de libertad y restricción de la libertad, supuestos previstos, respectivamente, en el artículo 2º, numeral 24), literal f)⁹ y artículo 2º, numeral 24), literal b)¹⁰ de la Constitución¹¹. Así, el supremo intérprete de la ley

⁸ Para entender qué es lo que se debe entender por ley, conviene recurrir a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2050-2002-AA: “(...) *este colegiado ha establecido cuando menos dos límites a las restricciones de los derechos fundamentales. En primer lugar, un límite formal, en el sentido de que toda restricción a los derechos fundamentales solo puede realizarse mediante ley del Congreso (principio de legalidad de las restricciones) y, en segundo lugar, un límite sustancial, en la medida en que las restricciones de los derechos fundamentales deben respetar el principio de proporcionalidad consignado en el artículo 200º in fine de la Constitución*”.

También es pertinente tener presente el sentido interpretativo dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la expresión “leyes”, conforme al artículo 30º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estableció lo siguiente: “27. [L]a Corte concluye que la expresión *leyes, utilizada por el artículo 30º, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el Derecho interno de cada Estado*”.

En consecuencia, conforme a la interpretación de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo la ley en sentido formal expedida por el Congreso de la República puede establecer límites a los derechos fundamentales. Además, existe la posibilidad de admitir dicha limitación contenida en un Decreto Legislativo expedido por el Poder Legislativo en ejercicio de facultades delegadas, siempre y cuando esté autorizado en forma expresa por la Constitución y en la ley autoritativa.

⁹ “*Nadie podrá ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito*”.

¹⁰ “*No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley*”.

fundamental ha estipulado que la garantía de jurisdiccionalidad y el deber policial de detener en flagrancia no se extienden *“a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la detención de una persona, es decir, con medidas que supongan una privación de la libertad”*, concluyendo que ese no es el caso del arresto simple ni del arresto de rigor en el ámbito de las sanciones disciplinarias a los efectivos policiales, *“que más bien constituyen o implican una restricción de la libertad”*, por lo que resultaba aplicable el precepto según el cual *“no se permite forma de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”*. Es por ello que, *“en principio, no es inconstitucional que el legislador establezca la posibilidad de que funcionarios que carecen de facultades jurisdiccionales puedan imponer las sanciones disciplinarias de arresto de rigor, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense”*.

Bajo esta argumentación el arresto ciudadano, se constituye en una aprehensión ciudadana que solo puede adoptarse en ausencia de las agencias de persecución, el cual solo debe durar el tiempo estrictamente necesario, para poner a disposición de la Policía a los presuntos autores o sospechosos del delito, el cual no faculta al particular a realizar un uso excesivo de fuerza natural. Debe entenderse, entonces, el arresto ciudadano como una labor complementaria de colaboración con la administración de justicia.

Se entiende, finalmente, que se requiere la inmediatez personal y temporal para que exista flagrancia, y la necesidad urgente de actuación policial, pero ante la ausencia de esta, entonces es el ciudadano quien procederá a realizar la detención.

¹¹ El supremo intérprete de la Constitución ha indicado que: *“el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución implícitamente diferencia lo que es un supuesto propio de una restricción de la libertad personal, de aquel que constituye una privación de libertad”* (STC Exp. N° 7039-2005-HC).

B.2. NATURALEZA DEL ARRESTO CIUDADANO

El arresto ciudadano es una medida cautelar de naturaleza personal; razón por la cual está sometida a los mismos principios generales que guían la adopción de cualquier medida de coerción, salvo el principio de jurisdiccionalidad, puesto que es practicado por los particulares en casos de flagrancia.

Su justificación se encuentra en la flagrancia, es decir, concomitancia de la comisión. Señalan las normas pertinentes que procederá cuando una persona intente cometer un delito, ya lo esté cometiendo e inmediatamente después, cuando es perseguido o encontrado con los efectos del delito, supuestos últimos ubicados en un espacio temporal: veinticuatro horas de haberse realizado el evento de suma apariencia delictiva. Pareciera que en todos estos casos se da una evidencia del delito y ello permite que la medida sea ejecutada por los particulares y, por supuesto, por la Policía, quien no solo tiene al respecto la facultad de hacer, sino el deber.

Esto último permite diferenciar la detención policial con el arresto ciudadano, ambos en situación de flagrancia. En el primer caso, se trata de un deber cuyo cumplimiento ubica al agente ante la comisión de un ilícito penal. En el segundo, se trata de una autorización, de una facultad, que se otorga al ciudadano no revestido de autoridad, con lo que sus omisiones no podrán ser catalogadas de punibles ni tampoco como una usurpación de funciones (artículo 361° del Código Penal) en la medida en que el ciudadano no ejerce el arresto asumiendo una función policial, sino el ejercicio de una potestad legal, que recae sobre su condición de ciudadano.

Dentro de este contexto, el artículo 260° del Código Procesal Penal establece:

- “1. *En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva.*
2. *En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por*

entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención”.

1.2. LA FLAGRANCIA DELICTIVA. OTRA CLASE DE DETENCION

1.2.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE FLAGRANCIA

En lo referente a su etimología se ha dicho lo siguiente: *“La palabra flagrante proviene, según Joan Corominas, del latín flagrans, flagrantis; participio activo de flagrare: arder. Como adjetivo, la palabra flagrante define a lo que se está ejecutando actualmente. En flagrante: es un modo adverbial que significa: en el mismo acto de estarse cometiendo un delito y equivale a in fraganti. La locución: in fraganti crimini de la que deviene el uso actual de in fraganti, resulta antigua, pues ya figuraba en 533 en el Código de Justiniano”¹².*

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.

Para la Real Academia de la Lengua Española, lo flagrante se presenta cuando algo se está ejecutando actualmente, en el mismo momento que el autor está cometiendo un delito es detenido sin poder huir. Esta definición nos permite apreciar que lo flagrante

¹² CALDERON CRUZ, Edmundo y FABIAN ROSALES, Ayme. *La detención preliminar, Ministerio Público y control constitucional*. Idemsa, Lima, 2008, p 138.

es aquello que se está llevando a cabo de forma actual e inmediata, sin lapso de tiempo.

Acorde con ello es correcto sostener –siguiendo a Rubio Correa¹³– que la situación de flagrancia se presenta mientras se está produciendo la comisión de la acción delictiva y hasta que el delincuente desaparece del lugar de los hechos, salvo que huyendo sea perseguido inmediatamente, caso en el cual la flagrancia permanece hasta que se lo pierde de vista.

En otras palabras, delito flagrante es una continuidad de hecho que va desde el inicio de los actos ejecutivos del ilícito penal hasta que el delincuente se separa materialmente de la escena del crimen y eventualmente de la inminencia de su captura si fuera perseguido.

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*”¹⁴.

Nos dice Carnelutti¹⁵, 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

¹³ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999, p. 497.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, T. II, traducida por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch, Buenos Aires, 1950, p. 77.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, citado, pp. 77 – 78.

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.

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 *iteractionis*. Se entiende que, a los fines del arresto es suficiente la flagrancia parcial.

Para San Martín Castro, el delito flagrante es aquel cuyo autor es sorprendido en el momento de cometerlo¹⁶.

1.2.2. ANTECEDENTES HISTORICOS

La flagrancia es una institución de naturaleza procesal de larga data (desde los inicios de la civilización) y que ha ido evolucionando en el tiempo.

Al respecto, Escriche¹⁷ 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 ejemplo, en el*

¹⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Grijley, Lima, 1999, p. 806.

¹⁷ Escriche. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo VI, Editorial Bibliográfica. Buenos Aires, 1957, p. 298.

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.

A. 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.

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 1759 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”*¹⁸.

¹⁸ 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

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

- Si un hombre conoce carnalmente a su hija, se desterrará 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 Rivero¹⁹ 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 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.

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.

¹⁹ RIVERO, Pilar. *El Código de Hammurabi*.
En: <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

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 Muñoz²⁰, 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 nuestra 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.

Por su parte, Vincenzo Manzini²¹ señalaba que “en las costumbres romanas, el arresto en flagrancia era un acto con el que una persona sorprendida mientras estaba cometiendo un delito, era privada provisionalmente de su libertad personal sin mandato u orden del pretor”.

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 426 a.c., 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

²⁰ GARRIDO MUÑOZ, Oswaldo. *La flagrancia en la comisión de un delito*.
En: <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>

²¹ VINCENZO MANZINI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa, Buenos Aires, 1952, p. 601.

patricios 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.

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, 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. Todo 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”*²².

²² 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 siguientes.

B. 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 el Derecho Romano, unido al Derecho de los pueblos bárbaros con preeminencia 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 responsabilidad²³.

Fueron las épocas en que el *ius puniendi*, 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.

Aquí 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

²³ 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.

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. Matas a uno de los miembros de la guardia del rey costaba 600 monedas de oro, la multa más alta en cuestiones de asesinato.

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 sociopolíticas 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 Ibero 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.

Escriche²⁴ 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 este último libro.

C. EN 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.

²⁴ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1991, p. 266.

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)²⁵.

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 importan las instituciones de nuestro derecho procesal penal.

D. EN LA 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, artículo 382°, italiana de 1930 y de diversos países), autorizaban a cualquier persona particular a proceder al arresto del delincuente sorprendido *in fraganti* 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 competente²⁶.

²⁵ TAGLE MARTINEZ, Hugo. *Curso de Historia del Derecho Constitucional, Derecho Indiano*, Volumen II, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile.

²⁶ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, Tomo VI, p. 299.

1.2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FLAGRANCIA EN EL PERU

A. 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 hábitos religiosos, económicos y morales, las cuales 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 confundían 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 continuó 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, 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 un simple saludo 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 seas mentiroso, no seas ladrón, no seas ocioso. Y las sanciones ante 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 tradicional²⁷.

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.

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

²⁷ PEASE G.Y., Franklin. *Aproximación al delito entre los Incas*.

En: Revista Derecho de la Universidad Católica N° 29. Lima, 1971.

del hurto, o del 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 los 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)”*²⁸.

B. 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, contenían normas para aplicar la pena de muerte y los suplicios para diversos casos.

²⁸ BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Reimpreso en 1986. Editorial Digraf S.A., Lima, 1941, p. 04.

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 07 de enero de 1632, a un delincuente *“a ser llevado por las calles de esta ciudad y a cortarle la mano derecha, en frente a la casa donde cometió el delito y después a ser ahorcado”*.

C. EN LA REPÚBLICA

Como bien lo dice, Hurtado Pozo²⁹, *“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 (artículo 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 (artículo 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 (artículo 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.

²⁹ HURTADO POZO, José. *La nueva constitución y el derecho penal. Pena de muerte y política criminal en el Perú*, p. 02.

En: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/.../oj_20080609_12.pdf

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 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 Cívica”, 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”* (artículo 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 Intendencias³⁰.

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 sería concebido como un control y una disciplina indefinida, 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 la 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*"³¹. 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.

³⁰ *Historia de la Policía Nacional del Perú.*

En: <http://www.pnp.gob.pe/historia.html>

³¹ BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*, 1968, Tomo IV, p. 14.

Posteriormente nace el Código de Enjuiciamiento Penal de 1863, que 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.

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.

1.2.4. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DE LA FLAGRANCIA

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

A. LA CONSTITUCIÓN DE CADIZ 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 delincente 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 delincente *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.

B. 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 fundadamente la aprehensión de algún individuo, podrán ordenarla desde luego, poniendo al preso dentro de 24 horas a disposición del Juez y remitiéndole los antecedentes.

C. 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. Estalló 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”*.

D. 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 127°, “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 arrestado sin previa información en los casos del artículo 91° (restricción 5°). La declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas”.

E. LA CONSTITUCIÓN DE 1834

En el Título IX “Garantías Constitucionales” en su artículo 151°, 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 152°, estableció que: *“Para que alguno pueda ser arrestado sin las condiciones del artículo anterior, deberá serlo o en el caso del artículo 86, restricción 5°, o en el delito infraganti, y entonces podrá arrestarlo cualquier persona que deberá conducirlo inmediatamente a su respectivo Juez”³².* 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.

F. 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 18°, 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*

³² 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”.*

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”.

G. LA CONSTITUCIÓN 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 escrito de Juez competente o 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”.*

H. 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).

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1867

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

J. 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.*

K. 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.*

L. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Actualmente, la Constitución Política del Estado de 1993, establece en su artículo 2º, denominado “Derechos de la Persona”, en su numeral 24), literal f), que:

“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 segundo caso de detención que prevé este artículo constitucional está referido a la facultad de la que está investida la Policía Nacional del Perú para detener a una persona en caso de delito flagrante. 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 Penal³³. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia.

1.2.5. LA FLAGRANCIA EN LA LEGISLACION NACIONAL

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no define a la flagrancia. El Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 259º, propone tres comportamientos de la flagrancia:

A. CUANDO LA REALIZACION 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

³³ En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

instantes antes 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.

B. CUANDO EL AUTOR ES PERSEGUIDO Y CAPTURADO INMEDIATAMENTE DESPUES DE HABER REALIZADO EL ACTO PUNIBLE: DETENCION CONOCIDA TAMBIEN 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: DETENCION LLAMADA TAMBIEN “PRESUNCION 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 259° 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 259° 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 4° 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 259° –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 N° 983 y el Decreto Legislativo N° 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 que la define, la Ley N° 29569, Ley que modifica el artículo 259° del Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 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 si mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.*

1.2.6. CARACTERISTICAS PRINCIPALES DE LA FLAGRANCIA

La flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional³⁴, 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.

³⁴ 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.

San Martín Castro, expresa que “*la flagrancia delictiva es el eje o condición previa que legitima la detención preliminar policial*”³⁵. 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.
- 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 deber 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.

Oré Guardia³⁶, 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*

³⁵ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 806.

³⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Alternativas. Lima, 1999. pp. 345 y 346.

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 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 Arana³⁷, 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*

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

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 Martín Castro³⁸, 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 Guevara³⁹, 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 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 Pachas⁴⁰, que: *“La ley*

³⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Grijley. Lima, 1999. Volumen I. Pág. 351.

³⁹ 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.

⁴⁰ MANRIQUE PACHAS, Gastón. *“La flagrancia extendida. A propósito de la Ley N° 26569”.*

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”.

1.3. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia ha sido formulada desde su origen, y así debe entenderse, como un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica⁴¹, por ello es considerada como un derecho fundamental.

Este derecho fundamental presenta diferentes vertientes:

- a. Como principio informador del proceso penal (esto es, como concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal),
- b. Como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal (el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas),
- c. La presunción de inocencia como regla de prueba, y
- d. La presunción de inocencia como regla de juicio.

A continuación desarrollemos estos aspectos de la presunción de inocencia.

A. COMO PRINCIPIO INFORMADOR DEL PROCESO PENAL

Esta vertiente de la presunción de inocencia, entendida como principio informador del proceso penal, implica que la presunción de inocencia actúa como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal.

En: *Gaceta Jurídica. Revista de Actualidad Jurídica*. Tomo 206. Año 2011. Enero. Pág. 159.

⁴¹ CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T.I. EDIAR. Buenos Aires, 1960, p. 232.

En tal sentido, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que se le reconoce al imputado con la principal finalidad de limitar la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos, esto es, constituye un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal. Por tanto, la presunción de inocencia tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre esos dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés del Estado en la represión de la delincuencia y, por otro, el interés del imputado en la salvaguardia de su libertad y su dignidad⁴².

La presunción de inocencia asume, pues, un papel central desde un punto de vista político, que viene a establecer los límites entre el individuo y el poder⁴³.

Por tanto, la presunción de inocencia, junto con el resto de garantías procesales, busca minimizar el impacto que la actuación estatal está llamada a producir en el ejercicio del *ius puniendi*.

B. COMO REGLA DE TRATAMIENTO DEL IMPUTADO

La presunción de inocencia, en tanto regla de tratamiento al imputado, impone la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente.

Como tal, la presunción de inocencia impide la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga una anticipación de la pena⁴⁴.

⁴² FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Editorial IUSTELL. España. 2005, p. 120.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza dell'imputado*. Editorial Zanichelli. Bologna. 1979, p. 16 (cit.) FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. *Ob. Cit.*, p. 123.

De manera que, por este principio, se reconoce la inocencia del imputado hasta que no se compruebe judicialmente su culpabilidad. Este principio es consagrado en el artículo 2º, inciso 24), literal e) de la Constitución Política, el mismo que prescribe lo siguiente: *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*.

C. COMO REGLA PROBATORIA

La presunción de inocencia, en tanto regla probatoria, implica la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria⁴⁵.

Esta fase de la presunción de inocencia, contiene a su vez ciertas manifestaciones, que se encuentran reconocidas por nuestro Nuevo Código Procesal Penal en el inciso 1) del artículo 2º, al referir lo siguiente:

“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

De lo establecido por el Nuevo Código Procesal Penal, podemos deducir los requisitos que ha de cumplir la presunción de inocencia como regla probatoria, lo que se manifiesta en las siguientes afirmaciones:

1. Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la culpabilidad del acusado. De manera que si no se produjese tal convencimiento, debe operar la presunción de inocencia.

⁴⁵ FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. Ob. Cit., p. 193.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español ha señalado en jurisprudencia lo siguiente:

“En definitiva la presunción de inocencia, en nuestra doctrina, está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones”⁴⁶.

A partir de aquí queda sentada la separación entre la función de acusador y la de juzgador, impidiendo que el órgano jurisdiccional asuma el rol de acusador, ya que la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas.

Con ello se resalta de manera imperativa que es el Estado quien debe probar la culpabilidad que imputa al sujeto en la acusación.

En un modelo inquisitivo, era el imputado quien tenía que demostrar con actos de prueba su inocencia, es decir, en este modelo el imputado ingresaba al procedimiento bajo la presunción de culpabilidad.

No obstante, un proceso penal regido por el principio acusatorio, confiere al Fiscal la facultad persecutoria y la carga de la prueba (*onus probandi*), en este sentido, es el órgano requiriente, el destinado a probar la culpabilidad del imputado, y para tal fin, deberá acopiar suficiente medios de pruebas incriminatorias susceptibles de poder enervar y destruir el estado jurídico de inocencia.

Entonces, como manifestación de la carga de la prueba, sólo los medios de prueba proporcionados por el Fiscal pueden enervar la presunción de inocencia.

2. La prueba practicada debe constituir una suficiente actividad probatoria de cargo.

⁴⁶ Tribunal Español STC N° 124/2001, Madrid, 15 de agosto de 2001.

En la medida que el imputado se encuentra en un estado de inocencia, no se requiere probar su inocencia y como correlato, la Fiscalía ha de satisfacer un determinado estándar de convicción para condenar al acusado.

Para ello, la prueba de dicha culpabilidad debe sortear las barreras de la contradicción, de manera que se presente como información de alta calidad.

Significa este presupuesto que debe existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de culpabilidad, de manera que se hayan probado todos los hechos objeto de la acusación y que se haya agotado el debate contradictorio en todos los medios de prueba.

Esto último se encuentra reafirmado por la Sentencia de Casación N° 03-2007, la que en su fundamento séptimo establece lo siguiente: *“Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente, (...) ello quiere decir primero, que las pruebas –así consideradas por la ley y actuados conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio”.*

3. La prueba con las características reseñadas, debe haber sido obtenida y practicada con el respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales que corresponda.

Con ello se tiene que la prueba, que tenga la potencialidad de desvirtuar la inocencia del acusado, ha de ser obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Esto implica una incorporación de las pruebas respetando los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, relevancia y por sobre todo

principios de orden constitucional. Asimismo, dentro del juicio oral la prueba ha de actuarse bajo el respeto de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y concentración.

Esto ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional Español, quien ha señalado lo siguiente: *“La presunción de inocencia se basa en dos principios claves: primero, el de la libre valoración de la prueba, que corresponde efectuar a jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3 CE; segundo, para desvirtuar esta presunción es preciso que se den medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos utilizados en el juicio oral, dando siempre lugar a la defensa del acusado”*⁴⁷.

Solo se admite por excepción en materia probatoria la prueba anticipada y la pre constituida, que se prevea de imposible reproducción y siempre que se garantice el derecho de contradicción y de defensa. De manera que se excluye la incorporación y valoración de pruebas ilícitas.

D. COMO REGLA DE JUICIO

La presunción de inocencia, en tanto regla de juicio, supone que en el caso que el órgano sentenciador, tras la valoración del material probatorio obrante en el proceso, tenga dudas sobre la culpabilidad del acusado, debe declarar su inocencia.

Por tanto, el órgano jurisdiccional debe absolver en los casos en los que no haya alcanzado la certeza necesaria acerca de la culpabilidad del acusado sobre la base del material probatorio disponible. Como es sabido, la duda racional, la incertidumbre irresoluble, es la que determina la aplicación del expediente formal de decisión. La regla de juicio, pues, constituye una regla de clausura sobre la decisión fáctica⁴⁸.

⁴⁷ STC N° 82/1988, Madrid, 22 de octubre de 1988.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. 1998, p. 151.

El contenido de esta regla de juicio, que varía dependiendo del tipo de proceso ante el que nos encontremos, está conformado en el proceso penal por la aplicación del principio *in dubio pro reo*. En tal sentido, cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria, ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera.

Este principio, equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ellas⁴⁹.

En tal sentido, en la base de la regla de juicio que constituye la presunción de inocencia, está el principio *in dubio pro reo* y, por tanto, asume relevancia constitucional⁵⁰.

E. IN DUBIO PRO REO

Este principio no tiene acogida directa en nuestra legislación vigente, es así que el artículo 139°, inciso 11) de la Carta Magna, únicamente consagra al instituto de la duda desde un punto de vista de preferencia normativa, por lo que en la hipótesis del precepto constitucional, en caso de existir duda en la aplicación de una Ley Penal o en el supuesto de conflicto, debe preferirse la más favorable al reo.

Mas, si bien es cierto que el principio *in dubio pro reo* no está expresamente reconocido en el texto de la Constitución, también lo es que su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional,

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ ILLUMINATI, G. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Editorial Zanichelli. Bologna. 1979. (cit.) FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. Ob. Cit., p. 190.

como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Carta Fundamental)⁵¹.

El Código de Procedimientos Penales, no recoge esta importante figura y recién el Nuevo Código Procesal Penal, contiene un valioso Título Preliminar que sostiene la invocación de la duda razonable sobre la responsabilidad penal del imputado.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, “*el indubio pro reo no es un derecho subjetivo. Se trata de un principio de jerarquía constitucional cuyo fin es garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual, sea para resguardar, su plena vigencia, sea para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla*”⁵².

Se puede afirmar que el principio *in dubio pro reo*, es aplicable en aquellos casos en los que a pesar de llevarse a cabo una actividad probatoria con todas las formalidades establecidas en la ley, las pruebas obtenidas dejan duda en el ánimo del juzgador respecto a la existencia de la culpabilidad del acusado o ante la existencia de dos argumentos que imprimen la misma convicción; luego, ante disyuntivas con idéntico grado convictivo procede la absolución del sentenciado. El dudar, implica que el ánimo del juzgador se encuentra incierto entre dos juicios contradictorios sin poder decidir por uno de ellos⁵³.

Para esclarecer de manera adecuada la aplicación de la presunción de inocencia en tanto regla de juicio, es preciso establecer la diferencia entre insuficiencia probatoria (pruebas) y duda razonable.

⁵¹ Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, Lima, de fecha 13 de octubre de 2008. Caso: Giuliana Flor de María Llamaja Hilares.

⁵² Exp. N° 1994-2002-HC/TC, Huánuco, de fecha 27 de septiembre de 2002. Caso: Rudecindo Adriano Huanca Céspedes.

⁵³ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia*.

En: [http://www.reformapenal.incacipe.gob.mx/pdf/Numero8\(3aepoca\)/01AguilarLopezSp.pdf](http://www.reformapenal.incacipe.gob.mx/pdf/Numero8(3aepoca)/01AguilarLopezSp.pdf)

En el primer supuesto, estamos ante la inexistencia de material probatorio de cargo, lo que impide al juez realizar la valoración correspondiente de tales medios probatorios y le impide, por consiguiente decidir sobre la responsabilidad o no del acusado. Mas esta carencia es producto de una deficiente actividad probatoria del órgano encargado, en este caso de la Fiscalía, lo que puede relacionarse con una falta de quien tiene la carga de la prueba, y ante este supuesto opera la presunción de inocencia como regla probatoria, al no cumplirse las exigencias que esta regla implica, y como tal, el resultado es la absolución del acusado.

Sin embargo, cuando sí existen pruebas de cargo, pero que no han sido suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, dado que al igual que la Fiscalía la defensa proporcionó medios de prueba del mismo peso que los de la Fiscalía, estamos ante el supuesto de duda razonable.

Es así que en la insuficiencia probatoria no existen pruebas, o las que existen son mínimas, y en la duda razonable, en cambio, existen pruebas tanto para la culpabilidad como para la inocencia y es precisamente ante ese supuesto que se aplica la presunción de inocencia.

1.3.1. MARCO CONSTITUCIONAL

El artículo 2º, numeral 24), literal e) de la Constitución contempla el principio de presunción de inocencia, y lo hace en términos similares al artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *"Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*. Se trata, pues, de un derecho que no solo tiene arraigo nacional, sino que ha sido adoptado por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos.

Solo merced a una sentencia judicial, sostiene la Constitución, se puede desbaratar la presunción de inocencia. Esto es coherente con las normas constitucionales que

establecen los fines y objetivos del Poder Judicial y los principios y derechos de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, el artículo 138[!] de la Carta Política establece que: *“La potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución y a las leyes”*. Y el artículo 139°, inciso 1) que la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional es un principio y derecho de la función jurisdiccional. En este orden de ideas, una declaración judicial de responsabilidad penal no debe entenderse agotada en la forma, es decir, con el simple requerimiento de que sea emitida por el Poder Judicial; sino que, además, la sentencia judicial ha de ser respetuosa de los derechos de las personas, adquiriendo así idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia.

Dicho planteamiento ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, y conforme a él, ha señalado que las garantías constitucionales no solo se respetan cuando las resoluciones se emiten dentro de un proceso judicial o por un juez competente, sino que tienen que haber sido expedidas con respeto de todas las garantías que comprende el derecho al debido proceso⁵⁴. El concepto de proceso regular, por su lado, está ligado de manera imprescindible al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal, como el de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso y, con ellos, a todos los derechos que los conforman.

La presunción de la inocencia garantiza que el procesado sea tratado como inocente durante el proceso penal. Consecuencia directa de este postulado es que las medidas restrictivas de la libertad que prevé nuestro ordenamiento jurídico (verbigracia, prisión preventiva) solo podrán ser decretadas cuando sean necesarias. En estos casos no es que la presunción de inocencia desaparezca, sino que la libertad personal es un derecho que tiene ciertas limitaciones, una de las cuales es, precisamente, permitir a los poderes públicos cumplir con sus objetivos en la investigación de delitos, garantizando la permanencia de la persona investigada, evitando así que eluda o perturbe la acción de la justicia.

⁵⁴ STC Exp. N° 1260-2002-HC/TC, del 09 de julio de 2002.

Si la inocencia se presume, a contrario, la culpabilidad se demuestra. La culpabilidad, en su acepción más amplia, es el juicio que permite imputar a una persona un hecho antijurídico (injusto). En otras palabras, le compete al juez acreditar y explicar en la sentencia cuál es el razonamiento y las pruebas de las que se vale para imputar el injusto a su autor. La presunción de inocencia es una *iuris tantum*, e impide que en terreno penal tengan cabida otras presunciones para demostrar la culpabilidad. Esta garantía se amplía en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal para las analogías: *"No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponda"*.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DE LA INVESTIGACION

2.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Para que exista flagrancia, es necesaria una evidencia sensorial, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva, pues, es necesaria una real perpetración del hecho, no una mera sospecha, así como que determinada persona sea la causante de ese hecho delictivo.

Lo que se trata es que la Policía alcance el conocimiento de la perpetración de un delito, no por utilizar su procedimiento normal de investigación, sino porque se percibe directa, personal y con toda certeza su realización.

Sin embargo, esta definición de flagrancia no es congruente con el contexto legal que el artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal –modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29569, publicada el 25 de agosto de 2010– ofrece al respecto, pues, esta norma procesal conceptualiza, además de la “*flagrancia estricta*”, la “*cuasiflagrancia*” y la “*presunción legal de flagrancia*”.

Sobre este último, la presunción de flagrancia se refiere a un plano temporal de inmediatez que se consolida dentro de las veinticuatro (24) horas, situación jurídica donde hace eco nuestra Carta Fundamental en su artículo 2°, inciso 24), literal f): “*Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito...*”; la misma que no hace mención a la denominada “*presunción de flagrancia*”, la que colisionaría con el principio constitucional de “*presunción de inocencia*” –la cual se mantiene hasta que no se haya demostrado lo contrario en vía judicial–.

En base a ello, podemos afirmar que la “*presunción legal de flagrancia*” corresponde a un modelo inquisitivo en el que prima el principio *indubio pro societatis*, y que no estaría

acorde con el modelo acusatorio – garantista que se regula con el Nuevo Código Procesal Penal, máxime si prestamos atención a que la “*presunción legal de flagrancia*” se conceptualiza de la siguiente forma:

“(…)

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 es que esta conceptualización colisiona con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal:

“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Conforme a este panorama, no existe una concordancia positiva entre la citada modalidad de flagrancia, denominada “*presunción legal de flagrancia*”, con el derecho constitucional a la “*presunción de inocencia*”, pues, la conceptualización de esta modalidad no sólo implica aceptar jurídicamente la culpabilidad de una persona más allá de la inmediatez a la que la flagrancia alcanza naturalmente, por cuanto si vemos a la flagrancia como el “*arder o llamarada*”, significaría literalmente que esta llama, con el pasar del tiempo, dentro de las veinticuatro (24) horas, estaría apagada al detenerse al presunto responsable, denotándose, desde esta simple óptima, que lógicamente esta modalidad de flagrancia pone en peligro la libertad de las personas, más aún si está presente la proscripción de la responsabilidad penal, cuya directriz colisiona en forma directa con la misma.

2.2. OBTENCIÓN DE LOS DATOS RELACIONADOS CON EL TEMA DE INVESTIGACION

En el marco del desarrollo de la investigación planteada, en concreto se ha tenido bien comprender el uso de datos comprendidos tanto en el propio artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004, y sus diversas modificaciones, así como en las sentencias del Tribunal Constitucional (jurisprudencia) relacionados al concepto de flagrancia.

Estos datos se constituyen como una base de información oficial y fidedigna, por lo que resultan ser plenamente confiables e idóneos para llegar a conclusiones respecto a la interrogante planteada en la presente investigación.

El artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal –modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29569, publicada el 25 de agosto de 2010– establece:

“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”.***

Resulta importante precisar que esta definición legal adopta tres tipos de flagrancia, las cuales son:

- **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.

La primera de ellas, denominada “*flagrancia estricta*”, es la que se encuentra establecida en el numeral 1) del artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal; la siguiente, denominada “*cuasiflagrancia*”, se encuentra contenida en los numerales 2) y 3) de la misma norma adjetiva, y; la última de ellas, denominada “***presunción de flagrancia***”, es la que se encuentra redactada en el numeral 4) del artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal, y que en base a la *autonomía de criterio*, esta última atenta contra el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Para mejor entendimiento de la problemática, es menester reproducir los antecedentes de la redacción legal del citado artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal, porque a partir de sus modificaciones, se advertirá cómo la “*presunción de flagrancia*” no fue considerada como forma de flagrancia por el legislador, y que por razón de política criminal, actualmente forma parte de su estructura conceptual. Así, tenemos:

Artículo 259° Nuevo Código Procesal Penal

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.

Posteriormente esta norma fue modificada por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22 de julio de 2007

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto 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 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.

Norma modificada por el artículo 1° de la Ley N° 29372, publicada el 09 de junio de 2009

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.

Luego de esta norma, en fecha 25 de agosto de 2010, se publicó la Ley N° 29569, cuyo artículo 1° la modificó, siendo el texto legal vigente a la fecha.

En lo que respeta a las sentencias del Tribunal Constitucional, se tiene las siguientes:

<u>FECHA</u>	<u>STC</u>	<u>SUMILLA</u>	<u>CONTENIDO</u>
07/08/96	046-96-HC	Incautación de animales vedados y configuración de flagrancia	<i>“En el momento de la detención se encontró prueba suficiente que lo vinculaba en actividades delictuosas contra la ecología” (Antecedentes). “ (...) actuó en virtud del precepto constitucional que establece que la Policía Nacional «previene, investiga y controla la delincuencia», y en razón de que se trataba de un sujeto denunciado por delitos contra la ecología e involucrado en el tráfico ilícito de animales vedados. Que según consta de los atestados (...), la</i>

			<i>detención se produce cuando el actor reclamaba precisamente las especies de aves vedadas, que le habían sido incautadas en la garita de control de Ancón, (...) lo que constituye flagrancia del delito por el cual se le detiene”</i>
15/04/98	828-97-HC	De la simple sindicación no se presume la existencia de flagrancia	<i>“ (...) el hecho de que una persona, sea sindicada por otra como participando en un hecho punible, en modo alguno significa flagrancia, ya que ésta presupone que se sorprenda al agente en pleno proceso de ejecución del delito (...)”.</i>
14/01/99	818-98-HC	La inmediatez personal como requisito de la flagrancia en delitos de tráfico ilícito de drogas	<i>“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</i>

			<p><i>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 judicial ni la orden de allanamiento domiciliado decretado por un Juez legitiman las detenciones arbitrarias”.</i></p>
14/01/99	818-98-HC	<p>Extensión del requisito de inmediatez temporal de la flagrancia hasta antes del vencimiento del plazo de prescripción</p>	<p><i>“Que, según el artículo 2°, 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 (...) 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</i></p>

			<i>la producción del delito”.</i>
01/12/99	1107-99-HC	El mandato judicial y el flagrante delito son variables de causalidad para la detención preventiva	<i>“Que, como lo ha sostenido este Tribunal en el fundamento noveno de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 953-97-HC/TC (...), las anteriormente citadas variables de causalidad (mandato judicial y flagrante delito) constituyen la regla general aplicable en todos los casos de detención e incluso en los casos concernientes a los delitos calificados (terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas) a los que se refiere el tercer párrafo del mismo artículo 2º inciso 24) literal “f” de la Constitución”. “Las variables de causalidad, en consecuencia, no se alteran ni pueden ser extendidas hasta el extremo de considerar como válidas las detenciones preventivas sustentadas en la mera sospecha policial”.</i>
01/12/99	1107-99-HC	Fuera de los supuestos de mandato judicial y delito flagrante, la participación de un fiscal no legitima una detención	<i>“Por otro lado, el hecho de que haya participado en la investigación policial un representante del Ministerio Público no convierte en legítima la detención producida, pues dicha autoridad no está facultada para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la Norma Fundamenta (...)”.</i>
19/01/01	1324-2000-	La simple cercanía	<i>“d. Que la interpretación realizada por</i>

	HC	al lugar donde se cometió un delito no configura de por sí, la flagrancia	<i>la Sal Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público respecto del tema de la flagrancia, resulta incorrecta, pues tal noción si bien se aplica a la comisión de un delito objetivamente descubierto por la autoridad o al momento inmediatamente posterior a su realización, en que se detecta al autor material pretendiendo huir del lugar de los hechos, tal hipótesis no puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito, es por sí misma elemento objetivo que configura dicha situación, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia”.</i>
19/01/01	1318-2000- HC	La cuasiflagrancia no está reconocida en la Constitución	<i>“[L]a 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, sencillamente, por aplicación del principio de interpretación según el cual, las normas establecen excepciones, y el artículo 2, inciso 24), literal "f" que es regulatorio de las</i>

			<i>excepciones que restringen el derecho a la libertad individual, deben ser interpretadas restrictivamente".</i>
20/04/01	125-2001-HC	Supuestos que habilitan la detención de un niño o adolescente	<i>"Que de conformidad con el artículo 2º, inciso 24), literal "f" de la Constitución, la detención de una persona sólo procede bajo dos circunstancias: existencia de un mandato judicial escrito y motivado, por un lado y, por otro, en el supuesto de flagrancia de delito. Supuestos que, desde luego, son los únicos que habilitan la detención de un niño o adolescente, conforme lo establece el Código del Niño y del Adolescente (Decreto Ley N.º 26102), cuyo artículo 209º enuncia que "Ningún niño o adolescente será privado de su libertad sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante infracción penal (...)".</i>
08/07/02	1269-2002-HC	Flagrancia y registro personal	<i>"[S]e evidencia que el beneficiario fue detenido en flagrante delito, al encontrarse en su poder dos envoltorios de sustancia que contenían clorhidrato de cocaína, en circunstancias en que se hiciera el registro de su persona".</i>
08/07/02	1269-2002-HC	Inmediatez de la comunicación de la	<i>"Si bien hay un margen de aproximadamente veinte minutos</i>

		detención en casos de flagrancia	<i>entre el momento en que se encuentra al beneficiario la droga y se entrega la notificación de la detención, ello se debe a que, durante ese lapso, la policía se encargó de efectuar los procedimientos correspondientes, la comunicación del hecho al Ministerio Público y al juez, situación perfectamente comprensible y razonable que no resulta contraria a la exigencia de inmediatez de la comunicación de la detención".</i>
08/05/03	828-2003-HC	Inmediatez personal supone que el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos "o muy próximo a ellos"	<i>"Según nuestra Constitución vigente, nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado de juez, salvo delito flagrante. Por tanto, no es posible que mediante una acción de garantía se pueda ordenar la recaptura de los presuntos asaltantes, puesto que ya no se está ante un supuesto de flagrancia, la cual exige entre sus presupuestos la inmediatez temporal e inmediatez personal, es decir, que el delito haya sido cometido instantes antes y que el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos o muy próximo a ellos".</i>
12/08/03	1601-2003-HC	El hallazgo de droga en un inmueble configura	<i>"El accionante también alega que la detención efectuada contra sus defendidos es arbitraria puesto que no</i>

		flagrancia delictiva	<i>estuvo basada en delito flagrante. Al respecto, es necesario señalar que, tal como consta en la referida acta de registro, se encontró droga en el inmueble que ocupaban los beneficiarios, con lo cual se configura la flagrancia delictiva”.</i>
27/12/04	2096-2004-HC	La inmediatez temporal y personal son requisitos insustituibles de la flagrancia. La inmediatez personal exige “prueba evidente de la participación en el hecho delictivo”	<i>“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito presenta dos requisitos insustituibles: a) inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes; b) inmediatez personal, 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”.</i>
17/03/05	962-2005-HC	Flagrancia en el delito de resistencia y violencia contra la autoridad	<i>“(…) al instarle a no continuar ejecutando obras de construcción en terrenos del Estado respondió con violencia, conjuntamente con otras personas, impidiendo así la labor del Fiscal y de la Policía, tendentes a la constatación de los hechos relatados. Se agrega en dicha instrumental que los denunciados “bloquearon” la carretera en el acceso a la zona</i>

			<i>comprometida impidiendo el ingreso y salida de personas y de vehículos, razones por las que fueron detenidos por delito flagrante de resistencia y violencia contra la autoridad”.</i>
23/06/05	3467-2005- HC	Flagrancia estricta, cuasi flagrancia y presunción de flagrancia según la Ley 27934	<i>“A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Ley 27934 (...)establece el concepto de flagrancia de delito en los siguientes términos: «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 después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo”.</i>
23/06/05	3467-2005- HC	La flagrancia que se deriva de un hecho flagrante	<i>“Según el documento de fojas 12 ha quedado acreditado que la Policía Nacional intervino a George Roberto Díaz Marín, hallándosele pasta básica de cocaína, la que obtuvo, de acuerdo con su manifestación, en el domicilio de Robert Epifanio León Rodríguez, alias Negro, y Paulina Rodríguez Reyes, alias Serrana; y que, en condiciones de actual comisión del hecho punible, la policía allanó el</i>

			<i>domicilio de los demandantes a quienes se les encontró pasta básica de cocaína, armas de fuego, pólvora, municiones y bienes de dudosa procedencia, siendo detenidos por dichos delitos flagrantes”.</i>
29/08/05	5451-2005- HC	Según el TC, hay flagrancia cuando se presenta cualquiera de los dos requisitos de inmediatez. No exige prueba evidente de participación en el hecho delictivo	<i>“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito requiere que se presente cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que 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”.</i>
17/10/05	7376-2005- HC	El TC vuelve a considerar como requisitos insustituibles a la inmediatez temporal e inmediatez personal. Vuelve a exigir prueba evidente de la participación	<i>“Es importante resaltar que este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que la flagrancia en la comisión de un delito requiere dos requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en ese</i>

		delictiva	<i>momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, y que ello ofrezca una prueba evidente de su participación”.</i>
06/01/06	9724-2005- HC	La inmediatez temporal y personal son los dos requisitos imprescindibles de la flagrancia. Para la inmediatez personal se exige prueba evidente de participación en el hecho delictivo	<i>“Lo anterior demuestra la inexistencia, en el presente caso, de los dos requisitos imprescindibles para que se configure la flagrancia, a saber, la inmediatez temporal, que implica que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y la inmediatez personal, que importa que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, y que ello suponga una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”.</i>
16/03/06	1923-2006- HC	La presencia del recurrente en el lugar de los hechos configura un supuesto de flagrancia	<i>“En el caso de autos, la detención se efectuó por el supuesto de flagrancia, pues el personal policial a cargo del operativo consideró que la presencia del recurrente en el lugar daba indicios suficientes de su participación en el delito de tráfico ilícito de drogas”.</i>
16/03/06	1923-2006- HC	La inmediatez temporal y personal como requisitos autónomos para la configuración de la flagrancia. No se	<i>“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito requiere que se presente cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el</i>

		<p>exige prueba evidente de la participación en un hecho delictivo</p>	<p><i>delito se esté cometiendo o que 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".</i></p>
16/03/06	1923-2006- HC	<p>La flagrancia se puede deducir de la "preocupación" de una persona por la suerte de otro.</p> <p>El aparente conocimiento de la carga ilícita que otro lleva, supone la secuela de inmediatez temporal y personal que exige la flagrancia</p>	<p><i>"De autos (fojas 28) se advierte que el recurrente fue intervenido por la Policía (...) en los ambientes del counter del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", momentos después de producida la detención del ciudadano español Baldomero Contreras Ayas, en otro ambiente, antes de su abordaje, a quien se le sorprendió con un cargamento importante de droga. La intervención del recurrente se produjo, tal como lo manifiesta uniformemente la autoridad policial, en circunstancias que indagaba por la situación del ciudadano español detenido, a quien justamente (tal como se estableció posteriormente, por las propias declaraciones del recurrente) había acompañado al aeropuerto para despedirlo y con quien había compartido gran parte del tiempo que dicho ciudadano pasó en el país</i></p>

			<p><i>(aproximadamente una semana). Su preocupación por la suerte de alguien a quien por razones físicas no veía (los ambientes de ambas detenciones son distintos e incomunicables) y que suponía embarcado, revelaba un aparente conocimiento de la carga ilícita que se portaba y de la detención que el ciudadano extranjero sufría. Este hecho, a juicio del Tribunal, supone la secuela de inmediatez temporal e inmediatez personal que configura la flagrancia, pues revela indicios razonables de participación en el delito que se investiga, de no poca envergadura”.</i></p>
17/05/06	2617-2006-HC	<p>La inmediatez temporal y personal como requisitos autónomos para la configuración de la flagrancia. Para la inmediatez personal se requiere que el sujeto esté relacionado con el objeto o instrumentos del delito</p>	<p><i>“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”.</i></p>

17/05/06	2617-2006- HC	Flagrancia en el delito de corrupción de funcionarios	<i>“(…) El denunciante, que se encontraba entre los acompañantes de mesa, había hecho previa entrega de una cantidad de dinero al demandante, miembro en actividad de la PNP, bajo amenaza de cargos en su contra y de promesas de exculpación. Este dinero fue arrojado debajo de la mesa cuando se produjo la intervención, pero los billetes fueron cotejados con una serie anteriormente fotocopiada y se demostró debidamente la verosimilitud de la denuncia. Este hecho, a juicio de este Colegiado, supone la secuela de inmediatez temporal e inmediatez personal que configura la flagrancia, pues revela indicios razonables de la participación del recurrente en el delito que se investiga (corrupción de funcionarios)”.</i>
17/05/06	5266-2006- HC	El TC considera que hubo flagrancia pero no menciona qué tipo de flagrancia y tampoco las circunstancias en que se produjo la detención	<i>“De lo expuesto precedentemente se concluye que la Policía Nacional del Perú actuó conforme a la Constitución Política del Perú, pues el demandante fue detenido por considerarse que existió flagrancia del delito que se le imputa y, dentro de los términos que la ley señala, el Fiscal correspondiente, en ejercicio de sus funciones de defensor de la legalidad,</i>

			<i>se apersonó a verificar dicha detención y en la oportunidad debida no advirtió irregularidad alguna, asistiendo y dirigiendo la investigación preliminar”.</i>
14/03/07	6142-2006- HC	La detención después 10 horas de la supuesta comisión del delito no cumple con el requisito de la inmediatez temporal	<i>“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”.</i>
14/03/07	6142-2006- HC	Detención en flagrancia por posesión de pasta básica de cocaína en una investigación por delito de corrupción de funcionarios	<i>“Sin embargo resulta pertinente hacer la salvedad de que, si bien la detención del beneficiario no cumplió con los requisitos concurrentes establecidos en la Norma Suprema respecto de los delitos de extorsión y de lesiones por arma de fuego, en cambio sí concurrió la flagrancia respecto del delito de tráfico ilícito de drogas, pues se tiene del acta de</i>

			<i>registro personal, obrante a fojas 20 del principal, que al actor se le halló en posesión de pasta básica de cocaína”.</i>
20/12/07	6569-2006- HC	La flagrancia se caracteriza por la presencia de inmediatez temporal, personal o espacial y proporcionalidad	<i>“(…) la autoridad policial está autorizada legalmente para detener a una persona al momento que está cometiendo el hecho calificado como delito, es decir en comisión flagrante de delito, figura jurídica que se caracteriza por la presencia de inmediatez temporal, inmediatez personal o espacial y proporcionalidad configuradas en base a la presencia de temporalidad respecto de la fecha, momento y circunstancias de la consumación del hecho tipificante del ilícito penal atribuido”.</i>
20/12/07	6569-2006- HC	Según el TC, el reconocimiento del agraviado así como la copia de la denuncia policial en la que se detallan las circunstancias de la detención, confirman la inmediatez personal y temporal así como la proporcionalidad de	<i>“(…) la detención del favorecido del habeas corpus se produjo a solicitud de don Gerardo Venegas Vargas, agraviado en el presunto delito de robo, quien reconoció al detenido como uno de los 3 (tres) sujetos que momentos antes de la detención referida lo amenazaron con arma de fuego, despojándolo de sus especies y dinero, agregándose como documento adjunto a este informe la copia fotostática simple de la denuncia policial puesta por don</i>

		<p>la medida. No precisa el tiempo que transcurrió entre el hecho y la detención</p>	<p><i>Gerardo Venegas Vargas ante la comisaria mencionada en la que se refiere de manera detallada a las circunstancias de la detención de don Germis Amado Reyes Herrera, confirmándose así la presencia de inmediatez personal y temporal como también la proporcionalidad en la medida policial referida”.</i></p>
31/10/08	1957-2008- HC	<p>La flagrancia presenta dos requisitos insustituibles: Inmediatez temporal e inmediatez personal. Esta última supone “que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación”</p>	<p><i>“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”.</i></p>
10/12/08	4085-2008- HC	<p>El derecho a la inviolabilidad del domicilio puede limitarse, entre otros supuestos, en caso de flagrancia delictiva o peligro inminente de</p>	<p><i>“[L]os terceros, sean particulares o agentes públicos, en principio, están prohibidos de penetrar el ámbito domiciliario donde habita una persona, salvo que medie el consentimiento de ésta, exista una autorización judicial, se haya configurado una situación de</i></p>

		perpetración de un delito	<p><i>flagrancia delictiva o el peligro inminente de la perpetración de un hecho ilícito sea una realidad. Asimismo, la norma constitucional ha regulado dos supuestos de entrada legítima, como son las razones de sanidad o de grave riesgo.</i></p> <ul style="list-style-type: none">- <i>El ingreso al domicilio con el consentimiento del titular del derecho: este hecho constituye un supuesto de entrada legítima en términos constitucionales.</i>- <i>La autorización judicial que habilita al agente público para ingresar al domicilio: la Constitución es clara cuando establece como requisito sine qua non para el ingreso a un domicilio –a efectos de realizar actividades investigatorias– la existencia de un mandato judicial, el mismo que se entiende tiene que estar debidamente motivado y su procedencia debe obedecer a un acto jurisdiccional regular.</i>- <i>Frente a la existencia del delito flagrante: el agente público queda plenamente legitimado para ingresar al domicilio si es que su intervención se convierte en necesaria para impedir la consumación del ilícito penal, la fuga del delincuente o la</i>
--	--	---------------------------	--

			<p><i>desaparición de los instrumentos que facilitaron la concreción del acto delictivo.</i></p> <p><i>- El peligro inminente de la perpetración de un delito: si es que se tiene el conocimiento fundado, la certeza clara y manifiesta de la comisión inminente de un delito, se configura otra excepción a la inviolabilidad de domicilio y en consecuencia el agente público puede operar libremente.</i></p> <p><i>- Las razones de sanidad o grave riesgo: la Constitución ha dejado en manos del legislador la regulación de estas dos excepciones que legitiman la entrada a cualquier domicilio. Estos dos supuestos se fundan en el estado de necesidad o fuerza mayor”.</i></p>
09/01/09	3757-2008- HC	Persecución policial por el delito de robo agravado y detención en flagrancia por el delito de micro-comercialización de droga	<p><i>“De la propia versión de la demandante –cuando se encontraba en su vivienda escuchó ruidos y bulla fuerte, al salir observa que su hijo Jonatan Casapía se estaba peleando con un sujeto en la vereda y su amigo se estaba peleando con otro en la pista (...) que luego en el interior de su casa, luego de 8 o 10 minutos apareció en compañía de otros 6 sujetos, para proceder a detener a los favorecidos y que la droga fue</i></p>

			<p><i>encontrada a 30 metros aproximadamente del interior 4, del Jirón Echenique 874- se puede concluir que fueron detenidos en flagrancia toda vez que existe la inmediatez de los hechos y la detención, más aún si del análisis del Atestado Policial [...]las Actas de Hallazgo, Recojo y Comiso [...], queda claro que la intervención de los beneficiarios se realizó en mérito a una persecución que se venía realizando a los favorecidos por la comisión del delito de robo agravado en agravio de don Ítalo Edgardo Angulo Moreno y don Luis Roberto Sánchez Terán, los que se apersonaron a la comisaría de Magdalena a comunicar los hechos, por lo que proceden al seguimiento y captura de los favorecidos”.</i></p>
27/04/09	1871-2009- HC	<p>El TC vuelve a considerar la inmediatez temporal y la inmediatez personal como requisitos insustituibles de la flagrancia</p>	<p><i>“Según lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la flagrancia en la comisión de un delito presenta dos 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 y situación; y</i></p>

			<p><i>con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”.</i></p>
01/06/09	5423-2008- HC	<p>Con el Dec. Leg 989 (22.07.2007) se extiende la inmediatez temporal a las 24 horas después de la comisión de los hechos</p>	<p><i>“Que, con fecha 11 de septiembre de 2008, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios confirma la decisión (fojas 115 a 118) precisando que el favorecido fue detenido veinticuatro horas después del incendio y saqueo de las instalaciones del Gobierno Regional y que por su capacidad de convocatoria sobre quienes ocasionaron los daños, debía ser investigado (fojas 117). Dado que su detención por parte de agentes de la PNP obedeció al supuesto de flagrancia personal contemplado en el artículo 4º de la Ley 27934, modificada por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 989, enfatiza no se configura un acto arbitrario o ilegal”.</i></p> <p><i>“Que el artículo 4º de la Ley N° 27934, (...) modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 989, publicado por el diario oficial El Peruano, el 22 de julio de 2007, establece que existe flagrancia “cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o</i></p>

			<p><i>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 veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.</i></p>
01/06/09	5423-2008- HC	El TC rechaza las sospechas e indicios como elementos para constituir la flagrancia	<p><i>“Que la flagrancia debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso, por lo que solo se constituirá cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar. La mera existencia de sospechas o indicios no es un elemento suficiente para constituir la flagrancia”</i></p>

01/06/09	5423-2008- HC	Para afirmar la flagrancia se requiere evidencias o elementos materiales que acrediten los requisitos de inmediatez temporal y personal	<p><i>“Que por ello, si en el presente caso el Ministerio Público pretendía hacer valer la flagrancia, o más precisamente las circunstancias en que se produjo la detención del favorecido, debió haber presentado las evidencias o elementos materiales que demostraran no solo la detención por parte de la autoridad policial, sino también otros instrumentos, medios y testimonios que fundamentaran dicho accionar”.</i></p> <p><i>“Por todo ello es que se concluye que en este caso, la detención en flagrancia por autoría mediata por dominio del hecho carece de fundamento dado que no se cumple con los requisitos de inmediatez temporal y personal exigidos por este Tribunal Constitucional”.</i></p>
09/06/09	4846-2008- HC	El hecho de ser ejercida por autoridad competente y en virtud de una orden judicial o en flagrancia delictiva no determina necesariamente la	<p><i>“Sin embargo, el hecho de ser ejercida por autoridad competente y en virtud de una orden judicial o en flagrancia delictiva no determina necesariamente la legalidad o no arbitrariedad de la detención. (...)”.</i></p> <p><i>“Como es de verse, la recurrente fue detenida en virtud de una requisitoria judicial por un proceso que se le sigue</i></p>

		<p>legalidad de una detención</p>	<p><i>por delito de robo agravado, y en lugar de ser puesta a disposición del órgano jurisdiccional en el plazo de ley, fue retenida indebidamente en la Comisaría, por lo menos, cinco días, a fin de proceder a investigarla por presuntos actos delictivos respecto de los que tiene la calidad de citada. Tales actos, sin duda, constituyen una vulneración del derecho a la libertad individual, convirtiendo en ilegal la detención producida contra la recurrente”.</i></p>
07/07/09	3325-2008-HC	<p>La detención por flagrancia 48 horas después de producidos los hechos excede los límites de inmediatez temporal fijados por el TC</p>	<p><i>“Que aun cuando en el expediente se cuente con indicios que ameriten una investigación sobre la presunta responsabilidad penal del favorecido, la actuación policial por flagrancia se ha extendido por un lapso de cuarenta y ocho horas (29 y 30 de octubre), traspasando cualquier límite legal e inobservando los requisitos de inmediatez temporal y personal exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.</i></p>
20/08/09	2194-2009-HC	<p>Flagrancia en el delito de falsificación de documentos</p>	<p><i>“Del análisis de autos, sin embargo, se puede concluir que los favorecidos fueron detenidos en flagrancia toda vez que existe la inmediatez de los hechos y la detención, más aún si del análisis del Atestado Policial (...), de</i></p>

			<p><i>los Partes Policiales (...) de las Actas de Verificación, de Constatación, de Registro Personal, de Incautación y de Recepción (...), queda claro que la intervención de los beneficiarios se realizó en mérito a una persecución que se venía realizando a los favorecidos por la comisión del delito de usurpación de funciones, falsificación de documentos, falsedad genérica y asociación ilícita para delinquir en agravio de los moradores de los caseríos de Ishanca y Tayapampa del distrito de San Luis, los que se apersonaron a la comisaría de Carlos Fermín Fizcarrald a comunicar que “dos personas desconocidas se encontraban recolectando firmas para la revocatoria del Alcalde de la Provincia Carlos Fermín Fizcarrald, pero utilizando el nombre de “Programa Juntos”, aduciendo que las firmas eran para la ampliación de programa juntos”, por lo que procedieron al seguimiento y captura de los favorecidos”.</i></p>
22/08/09	3366-2009- HC	Elementos que acreditan la inmediatez temporal y personal	<p><i>“En el presente caso, estos elementos se acreditan con las siguientes instrumentales: i) el acta de intervención policial (f. 11), en la que</i></p>

		que exige la flagrancia	<p><i>se indica que se encontró a una persona realizando la venta de droga –PBC- el que al percatarse de la presencia policial se dio a la fuga, siendo aprehendido (sic) por los efectivos policiales; ii) el acta de registro domiciliario [...] y iii) el acta de registro personal (f. 12), en la que se manifiesta que [...] al realizar el registro al beneficiario se le encontró “(...) al interior del bolsillo delantero derecho del pantalón una bolsita de plástico transparente conteniendo 39 envoltorios de papel periódico (ketes) conteniendo una sustancia blanquecina pulverulenta (...) al parecer pasta básica de cocaína (PBC”.</i></p>
13/10/09	3995-2009- HC	Flagrancia en delito de funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas	<p><i>“Si bien es cierto que la garantía de la inviolabilidad de domicilio se encuentra reconocida en nuestra Constitución; sin embargo, no está exenta de restricciones, la que se presentó en el caso de autos, al existir flagrancia respecto al delito de funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas, previsto en el artículo 243º-C del Código Penal...”.</i></p> <p><i>“En consecuencia, ante la renuencia de la propietaria de permitir el acceso</i></p>

			<p><i>por el local comercial donde se encontraba las tragamonedas, el personal policial y la fiscal emplazados estaban legitimados para ingresar por el portón del mismo inmueble (Calle Jorge Chávez) para ingresar al local comercial a fin de incautar las máquinas tragamonedas”.</i></p>
28/12/09	6423-2007- HC	<p>El tipo de habeas corpus procedente para cuestionar una detención arbitraria por ausencia de flagrancia, es el habeas corpus clásico o principal</p>	<p><i>“El hábeas corpus traslativo precisamente se diferencia del hábeas corpus clásico o principal en que este último tiene lugar en todos aquellos supuestos de detención arbitraria donde exista ausencia o insuficiencia del presupuesto material habilitante (mandato judicial motivado o flagrancia delictiva), mientras que aquel tiene lugar en todos aquellos casos en que habiendo tenido inicialmente el fundamento habilitante, es seguida de una mora judicial o administrativa que de manera injustificada mantiene privada de la libertad a una persona. Así este tipo de hábeas corpus procede, entre otros, en los siguientes supuestos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>- Por vulneración del derecho a ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo establecido por la Constitución o</i>

			<p><i>la ley;</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Por afectación del derecho al plazo razonable de la detención judicial preventiva,</i> - <i>Por vulneración del derecho a la libertad personal del condenado que ha cumplido la pena”.</i>
11/01/10	5696-2009- HC	Flagrancia en el delito de tráfico ilícito de drogas	<p><i>“En el caso de autos se aprecia que con fecha 12 de setiembre de 2009, personal policial de la Comisaría PNP Ciudadela Chalaca, luego de tomar conocimiento de que un vehículo camión estaba ingresando al AA.HH. Puerto Nuevo – Callao con la finalidad de abastecer de drogas a los micromercializadores de drogas del lugar, procedieron a su búsqueda, siendo ubicado a la altura de la cuadra 5 de la avenida Los Misioneros, intervenido, a horas 21:50 p.m. al beneficiario Henry Heli Bustamante Campos, quien conducía dicho vehículo, hallándose en su poder un (01) envoltorio con sustancia cristalina al parecer clorhidrato de cocaína, y en el llavero del vehículo nueve (09) envoltorios con sustancia blanquecina, al parecer PBC (...) razón por la cual fue inmediatamente detenido por los efectivos policiales”.</i></p>
18/03/10	3691-2009-	La flagrancia	<p><i>Que por tanto, y estando a lo</i></p>

	HC	delictiva como presupuesto válido para el ingreso de la fuerza pública al domicilio de una persona	<i>anteriormente expuesto, resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidente de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en caso de la persecución continuada del infractor que se refugia en él. Ello implica que el objetivo de tal intromisión domiciliaria no es otro que la urgente intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión del delito en cuestión (decomiso de los objetos del delito, entre otros)”.</i>
18/03/10	3691-2009- HC	La intervención urgente por flagrancia se justifica en los delitos instantáneos, mientras que, en los delitos permanentes, dicha situación de	<i>“La intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente”. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas,</i>

		<p>extrema urgencia no se presenta</p>	<p><i>drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia”.</i></p>
18/03/10	3691-2009- HC	<p>Una denuncia telefónica por sí sola no habilita a la autoridad policial a intervenir un domicilio bajo el pretexto de flagrancia delictiva</p>	<p><i>“Esto es así porque una llamada telefónica de una tercera persona que denuncia la posesión de objetos o elementos ilícitos en el interior de un domicilio no puede comportar el conocimiento fundado, directo e inmediato de la realización del hecho punible (que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes) que habilite a la autoridad pública a prescindir del mandato judicial correspondiente pretextando la configuración de la situación delictiva de la flagrancia”.</i></p>
13/04/10	272-2010-HC	<p>Flagrancia evidencial en el delito de falsificación de documentos</p>	<p><i>“Que la copia y los trozos del original de la resolución fiscal de archivamiento, que luego sería materia de denuncia por falsificación, habrían hecho concluir al fiscal Carhuavilca Narcizo que se trataba de una flagrancia evidencial, habida</i></p>

			<i>cuenta de que los intervenidos tenían en las manos la resolución materia de presunta falsificación y se encontraban en el despacho de quien decía ser el agraviado de tal falsificación”.</i>
14/04/10	103-2010-HC	El TC omite pronunciarse sobre la detención policial en flagrancia por considerar que “a la fecha” la restricción de libertad que sufre el demandante deriva de una decisión judicial	<i>“Que, finalmente, en cuanto al extremo de la demanda que denuncia la afectación de los derechos del actor, que se habría configurado con la supuesta ausencia de la situación flagrancia delictiva al momento de su detención policial, corresponde declarar su rechazo por cuanto a la fecha la restricción al derecho a la libertad personal dimana del cuestionado pronunciamiento judicial –cuyo análisis constitucional resulta improcedente–, máxime si la presunta arbitrariedad se sustenta en la valoración de medios probatorios que compete en exclusividad a la jurisdicción ordinaria, y no a la justicia constitucional, encargada de examinar casos de otra naturaleza”.</i>
14/07/10	12-2008-AI	Sobre la constitucionalidad de lo previsto en los Dec. Leg. N° 983 y N° 989	<i>“En relación al artículo 3° del D. Leg. 983 que modifica el art. 259 del NCPP, que regulaba la flagrancia, se ha producido la sustracción de la materia porque la Ley n° 29372 ha definido la flagrancia en términos,</i>

			<i>ahora sí, acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias N° 1958-2008-PHC; N.º 5423-2008-PHC y n° 1871-2009-PHC), y no como se proponía en la legislación modificada, extendiendo dicha situación a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”.</i>
16/07/10	5445-2009-HC 5691-2009-HC (Acumulación)	Flagrancia en el delito de proxenetismo	<i>En efecto, según el Parte S/N de fecha 23 de noviembre de 2008-intervención policial (f. 4 del Exp. N.º 5445-2009-PHC/TC), el 22 noviembre de 2008, a horas 21: 25 horas, ante las continuas quejas de vecinos que en el inmueble ubicado en la Av. Universitaria N° 2940, de la Urb. La Alborada, Comas, se ejercía la prostitución clandestina, se realizó una labor de inteligencia en el inmueble, observándose a menores de edad que salían del interior, por lo que ante la flagrancia y las evidencias se realizó la intervención en el inmueble, donde fueron intervenidos la menor de iniciales A.G.H.V., don Alan Luis Ravello García y otras personas”.</i>
15/09/10	89-2010-HC	Extensión temporal de la flagrancia en el marco de la	<i>“(…) no se aprecia agravio del derecho a la libertad personal del favorecido, pues este ha sido detenido</i>

		<p>violencia familiar</p>	<p><i>inmediatamente después de agredir a su conviviente el día 31 de agosto de 2009 a las 9 y 30 de la mañana, en las inmediaciones del asentamiento humano Ricardo Palma (...) habiendo sido intervenido aproximadamente a las 10 y 20 de la mañana (f. 6), para ser puesto a disposición del fiscal correspondiente”.</i></p> <p><i>“No se acredita arbitrariedad en la detención del favorecido por las siguientes consideraciones: a) la ley n° 27934, Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, el artículo 4° y la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. 9724-2005-PHC/TC), que señala que para configurar la flagrancia, se requiere de inmediatez temporal, que implica que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; de inmediatez personal, que importa que el presunto delincuente se encuentre en dicho momento en el lugar de los hechos y con los instrumentos del delito, y que ello suponga una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo; b) la Ley N.º 29372, que modifica los artículos 259.º y 260.º del Código</i></p>
--	--	---------------------------	---

			<p><i>Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, que precisa que la detención policial y arresto ciudadano en el flagrante delito procede: “1.º sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. 2.º 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 huella que revelan que acaba de ejecutarlo. 3º 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.”; y c) la Ley N.º 26260, Ley de Protección frente a la violencia familiar, que en el tercer acápite de su artículo 5.º, modificado por el artículo único de la Ley N.º 26763, dispone que: “En caso de flagrante delito o de muy grave peligro de su perpetración, la Policía Nacional está facultada para allanar el domicilio</i></p>
--	--	--	--

			<i>del agresor. Podrá detener a este en caso de flagrante delito y realizar la investigación en un plazo máximo de 24 horas, poniendo el atestado en conocimiento de la fiscalía provincial penal que corresponda”.</i>
23/03/11	511-2011-HC	El TC omite pronunciarse sobre la flagrancia alegada debido a que se produjo la sustracción de la materia	<i>“Que en el caso de autos, de la propia demanda a fojas 2 y del recurso de agravio constitucional (fojas 135) se desprende que el recurrente había sido detenido en la comisaría por el término de 24 horas de presentada la demanda, es decir, hasta el 14 de diciembre del 2010 por una supuesta flagrancia; de lo que se colige que carece de objeto emitir pronunciamiento de fondo sobre la alegada amenaza o afectación de los derechos invocados, toda vez que se ha producido la sustracción de la materia justiciable, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente”.</i>
28/03/11	354-2011-HC	El fundamento de la flagrancia es la situación particular de urgencia en la que concurren los requisitos de inmediatez	<i>“En este sentido cabe señalar que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del</i>

		temporal e inmediatez personal	<i>hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación particular de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta la necesaria intervención policial”.</i>
22/06/11	1757-2011-HC	Ejemplo de cuasi flagrancia en el delito de robo agravado	<i>“El Tribunal Constitucional estima que la detención del favorecido se produjo en una situación de flagrancia en razón de que la agraviada (del robo) realizó la sindicación inmediatamente después de ocurrido el hecho, y que los policías vieron el estado en que esta se encontraba y el ingreso violento de un sujeto a un inmueble empujando a la dueña, ante lo cual decidieron intervenir al sujeto, que trató de huir por los techos (...)”.</i> <i>“A mayor abundamiento, a fojas 34 obra el Acta de Registro Personal y</i>

			<i>Comiso de droga e incautación efectuada al favorecido, en la que se señalan los objetos que le fueron encontrados: el bolso de la agraviada con sus pertenencias, también un reloj, una sencillera, dos bujías; entre otras cosas (...)</i> ”.
12/01/12	4575-2011- HC	El beneficiario cuestiona la ausencia de flagrancia en la detención. El TC no se pronuncia sobre este extremo	<i>“Al respecto afirma que el 7 de setiembre del 2011, a horas 14:04 p.m., se constituyeron al puesto policial fronterizo de Tilali el fiscal y el efectivo policial emplazados para realizar una intervención. Señala que fuera del recinto, a unos 12 metros de distancia, encontraron una mochila conteniendo una sustancia que parecía droga, por lo que detuvieron a efectivos policiales, entre los que se encontraba el beneficiado. Indica que la mochila no fue conducida con la cadena de custodia respectiva, por lo que la prueba sería incierta, y que, al no haberse encontrado droga alguna en posesión de los detenidos, en sus habitaciones o entre sus pertenencias, no se puede imputar flagrancia”.</i>
29/03/12	4847-2011- HC	Flagrancia en el delito de usurpación de bien inmueble	<i>“Del análisis de autos este Colegiado concluye que el favorecido y su conviviente fueron detenidos en flagrancia en el delito de usurpación, toda vez que según se aprecia en el</i>

			<p><i>Atestado Policial [...] don Jimmy Eloy Gonzales Ortiz solicitó intervención policial en el inmueble de su propiedad [...] porque un sujeto desconocido había ingresado aprovechando que el inmueble se encontraba desocupado y alegando ser hijo del anterior inquilino para lo que presentó copia simple de un contrato privado de compra-venta del comprador Justo Chávez Guardia (su padre). El mencionado sujeto resultó ser el favorecido, quien ante el requerimiento de los efectivos, no pudo acreditar la propiedad del inmueble que justifique su presencia. Debe tenerse presente, además, que el favorecido manifestó tener la posesión del inmueble; sin embargo, en el atestado solo se consigna que en el inmueble solo se encontró un colchón y una mesa; objetos que pertenecen a doña Rosario Enriqueta Rivera Rivera, de acuerdo con su declaración, que obra a fojas 148 de autos, y quien refiere haber sido la anterior inquilina del inmueble (...)."</i></p>
27/06/12	1203-2012- HC	Se declara la validez de la actas de constatación y de comiso sin la	<p><i>"En el caso de autos se cuestionan la validez de las actas de constatación y de comiso (fojas 43 y 47) porque en ellas no habría participado el</i></p>

		<p>participación del representante de Ministerio Público</p>	<p><i>representante del Ministerio Público. Sin embargo, este Colegiado considera que en este caso la no participación de un representante del Ministerio Público no determina la invalidez de las actas por cuanto la Policía, en ejercicio de sus funciones, elaboró las mencionadas actas para dejar constancia del comiso de los materiales que servían para la elaboración de la pasta básica de cocaína y de las personas que fueron detenidas durante la intervención. Asimismo el que el Gobernador del Distrito de Chazuta haya intervenido en dichas actas, no implica que haya actuado en reemplazo del fiscal”.</i></p>
15/10/12	3684-2012-HC	<p>Las alegaciones iniciales de la fiscal sobre la existencia de flagrancia habrían sido falsas. El TC considera que las actuaciones fiscales no comportan una afectación directa al derecho a la libertad</p>	<p><i>“Que en el caso, de autos este Tribunal advierte que en un extremo de la demanda se alega que la fiscal, pese a que el favorecido no fue encontrado en flagrancia ni se le hallaron bienes de propiedad de la agraviada que prueben la imputación y justifique su detención, formuló el requerimiento de mandato de detención preventiva, y que sustentó dicho requerimiento con el argumento de que el favorecido fue detenido en flagrancia, lo cual es falso. Al respecto, el Tribunal Constitucional</i></p>

			<p><i>viene subrayando en reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad [Cfr. RTC 07961-2006-PHC/TC, RTC 05570-2007-PHC/TC y RTC 00475-2010-PHC/TC, entre otras], resultando que actuaciones fiscales como la cuestionada en la demanda no comportan una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual que pueda dar lugar a la procedencia de la demanda en la medida en que aquellas no determinan la restricción de la libertad individual, que es el derecho fundamental materia de tutela del hábeas corpus, por lo que este extremo debe ser declarado improcedente conforme al artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional”.</i></p>
23/01/13	3681-2012-HC	Presunción de flagrancia en el delito de hurto de agua en agravio del Estado	<p><i>“En el presente caso, a fojas 30 de autos obra el Acta de Intervención Policial en la que se consigna que don Severo Félix Chavarría Valle fue intervenido el 23 de mayo del 2011, a las 10:45 de la mañana; que éste, al</i></p>

			<p><i>ser interrogado por la procedencia del agua que llevaba en el camión cisterna, indicó que ésta provenía del Río Tambillo; el favorecido no mostró ninguna autorización para transportar ni vender agua; y que dicha intervención se realizó por una denuncia telefónica que alertaba que un camión cisterna estaba abasteciéndose de agua de un canal de regadío, razón por la cual el intervenido fue llevado a la Comisaría notificándole su detención por el presunto delito contra el patrimonio, hurto de agua en agravio del Estado”.</i></p>
18/04/13	729-2013-HC	<p>Beneficiario cuestiona detención ilegal por ausencia de flagrancia. TC declara improcedente la demanda por sustracción de la materia y porque los hechos que sustentan la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente</p>	<p><i>“Afirma que el 18 de junio de 2012 se llevó a cabo una abusiva e ilegal detención policial del favorecido puesto que en su caso no se presentó ningún supuesto de flagrancia del delito. Precisa que los hechos que se le atribuyen habrían acontecido meses antes de su detención, tal como se desprende de la declaración de la agraviada cuando menciona que los actos ilícitos sucedieron en los meses de febrero y marzo, así como el 4 de junio de 2012, resultando que el 18 de junio de 2012 el investigado únicamente habría intentado abrazarla y besarla, lo que ella habría</i></p>

		<p>protegido del derecho a la libertad personal</p>	<p><i>rechazado. Aduce que el fiscal emplazado, sin hacer un análisis serio del caso y lejos de verificar si la detención era legal, procedió a disponer actos de investigación en su contra pese a que la detención policial fue arbitraria”.</i></p> <p><i>“Al respecto, este Tribunal viene subrayando en reiterada jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva en cuanto a la imposición de las medidas coercitivas de la libertad personal, pues ante una denuncia penal, la formulación de la acusación o el pedido fiscal de restricción de la libertad personal de una persona, es finalmente el juez penal competente el que determina su restricción en aplicación de las normas procesales de la materia y mediante una resolución motivada; lo mismo ocurre con las investigaciones del delito en sede policial”.</i></p>
--	--	---	---

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN Y ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

3.1. PANORAMA JURÍDICO (CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PENAL) DE LA FLAGRANCIA

Bajo la última redacción del artículo 259° del Código Procesal Penal, 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 Decreto Legislativo N° 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 concorra 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 si mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Bajo este último supuesto se tiene que al igual que en el Decreto Legislativo 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 del 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 en ella, sino en acto de investigación policial, lo cual, se entiende como inconstitucional por vulnerarse el espíritu del artículo 2°, inciso 24, literal f) de nuestra Constitución.**

Hecha esta descripción, pasaremos a describir en forma precisa, la postura del Tribunal Constitucional respecto a la flagrancia, así tenemos:

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 descubierto in fraganti, mientras que las notorias evidencias y la relación de causalidad se dirigirían a configurar los otros tipos de flagrancia.

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.

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 ...”*.

En forma precisa, en cuanto a la inmediatez 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)*”.

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.

Posteriormente, 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.

Conforme se observa, hasta el propio Tribunal Constitucional no mantuvo una postura uniforme respecto al delito flagrante, generando inseguridad e incertidumbre jurídica en los justiciables.

Esta disfunción del máximo intérprete constitucional de la propia Constitución, concibe una idea razonada de que el Estado, en base a una política criminal no determinada, varió la posición jurídica de la flagrancia a fin de contrarrestar la inseguridad jurídica que azota nuestro país; por ello, el legislador también erró en no mantener una posición uniforme respecto a la flagrancia, modificando la norma procesal que la conceptualiza, y tales modificaciones en sí son realmente representativas, porque extienden aún más los alcances de esta herramienta jurídica, incluso colisionando con su propia naturaleza.

Pero tal es la necesidad urgente que exige ahora la situación social, que se termina utilizando al Derecho Penal y Procesal Penal, como las primeras herramientas para combatir la delincuencia, incriminando aún más la punibilidad de los hechos, no sólo desde el plano sustantivo, sino del adjetivo, claro ejemplo es la "*presunción de flagrancia*".

Y es que no importó al legislador ir contra el derecho constitucional a la "*presunción de inocencia*", que incluso redactó textualmente un supuesto que atenta contra este

derecho, situación que denota la suma urgencia –y quizás desesperación– por parte del Estado, de detener a las personas, que de una u otra forma, estén vinculadas a la presunta comisión de un hecho punible, sin necesidad de los famosos presupuestos planteados por el propio Tribunal Constitucional, como fueron la inmediatez personal y temporal.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

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.

La detención constitucional de flagrancia faculta a la policía en función a detener a una persona cuando se manifiesta alguno de los estados de flagrancia que prevé la nueva ley procesal.

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.

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) cuasi 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.

Existe una política criminal que adopta al Derecho Procesal Penal como una de las herramientas del ordenamiento jurídica que el Estado primero coge, a efectos de criminalizar aún más determinadas conductas, que en forma natural, no constituyen flagrancia.

Esta política criminal ha variado en el tiempo, pues, la flagrancia sufrió modificaciones significativa en cuanto a su conceptualización, que incluso el Tribunal Constitucional no

ha sido capaz de detener estas deliberadas modificaciones, en salvaguarda de la Constitución.

Es más, al estar en juego el derecho fundamental a la “*presunción de inocencia*”, el Tribunal Constitucional no se exigió a sí mismo, a salvaguardar este derecho y proteger así a la sociedad, en caso recaiga contra alguno de sus ciudadanos, la denominada “*presunción legal de flagrancia*”, que como ya se desarrolló, atenta contra dicho derecho fundamental.

4.2. RECOMENDACIONES

La política criminal adoptada por los legisladores no debe representar como primera *ratio*, la penalización, en este caso de la flagrancia, extendiendo su naturaleza a otros aspectos o modalidades que desnaturalizan su razón de ser, más aún si tal extensión, de una u otra forma, directa o indirectamente vulnera derecho constitucional como la presunción a la inocencia.

Los legisladores deben adoptar una política criminal de menor rigor, pues, generalizan las conductas criminalizándolas en forma discriminada, y con ello desnaturalizan la figura de la flagrancia, debiendo, por su parte, buscar otras herramientas jurídicas para garantizar la seguridad ciudadana, como por ejemplo, la prevención de ilícitos a través de medidas socioeducativas que resulten eficientes y eficaces.

El Tribunal Constitucional debe fungir con mayor rigor, compromiso y seriedad, sus funciones como supremo intérprete y guardián de la Constitución, pues al permitir la ampliación de una determinada herramienta legal en perjuicio de un derecho fundamental, tácitamente renuncian a la naturaleza que da vida a sus funciones, y con ello, desamparan el Estado Social y Democrático de Derecho.

En vista a ello, se debe retornar a la definición de flagrancia, que sólo enmarque los presupuestos de inmediatez personal y temporal, pues, en caso de huellas y objetos

del delito, está presente la detención preliminar, incluso su convalidación, que en forma igual o quizá más efectiva, resguarda la debida administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- VILLEGAS PAIVA, Elky. *La detención y la prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Gaceta Penal y Procesal Penal, Primera Edición, Octubre 2013.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., Tomo 2, Primera Edición, 2013.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*. Idemsa, Julio 2010.
- Revista “Jurídica” N° 219, del martes 07 de octubre de 2008, Año 05.
- <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3144>
- https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_04.pdf
- http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/flagrancia_-_evolucion_segun_el_tc_-_1996-2013.pdf

ANEXOS