

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE DETENCIÓN EN FLAGRANCIA DELICTIVA Y EL
TEST DE PROPORCIONALIDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES”**

**TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA**

AUTOR:

Bach. DIAZ SAJAMI CINTHYA CAROLINA.

ASESOR:

Dr. RAÚL YVAN LOZANO PERALTA



TRUJILLO- PERÚ

2019

DEDICATORIA

*A mis queridos y adorados
padres, Amparo y Oscar:
Gracias por haberme dado la
vida, por su inmenso cariño,
fortaleza, motivación de no
desistir, por su firmeza y
alentarme cuando todo
parecía difícil, por su
desvelo, lucha diaria, por
sus sabios consejos y
enseñanzas, que me sirvió
de guía en el camino
profesional y espiritual.
Gracias, esto es para
ustedes.! ¡Los amo!*

*A mi querida hermana, Yanet:
Gracias por creer en mí, por estar*

*conmigo en todo momento y por
ser parte de mi vida. Te quiero*

*A mi querido sobrino, Sebastián:
Gracias por estar conmigo en todo*

*momento y por ser parte de mi vida.
Te quiero.*

RESUMEN

El presente informe de tesis tuvo como objetivo general el determinar si la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva es Constitucional.

En la etapa de recopilación de información para la elaboración de la dispersión temática de los capítulos del marco teórico se utilizó las fuentes de consulta como libros, revistas jurídicas, tesis, artículos científicos, legislación y jurisprudencia, y los métodos exegético, dogmático y hermenéutico jurídico, como instrumento de recolección de datos e utilizaron las fichas.

En cuanto a los resultados de la investigación desarrollados en los capítulos del marco teórico se obtuvo que la detención policial procede en casos de flagrancia delictiva en donde su finalidad es asegurar la presencia del imputado ante la autoridad competente y efectividad del proceso penal, el plazo máximo es de 48 horas y de 15 días en terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y en delitos cometidos por organizaciones criminales, más el término de la distancia; el delito flagrante es cuando el delincuente es sorprendido en el acto que comprende el que se está cometiendo o acaba de cometer y como elementos se tiene la inmediatez temporal, la inmediatez personal y la necesidad urgente de intervención policial, y la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” es inconstitucional; porque contraviene el Estado Constitucional de Derecho, no cumple con el tests de proporcionalidad y no toma en cuenta los instrumentos internacionales.

La conclusión principal del trabajo de investigación es La ley N^a 30558 que

modifica el artículo 2 inciso 24 letra "f" de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva no es constitucional, porque no cumple con el test de proporcionalidad y razonabilidad e instrumentos internacionales sobre derecho humanos como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que se recomienda su derogación.

Palabras claves: Plazo razonable, detención policial, flagrancia delictiva.

ABSTRACT

The purpose of this thesis report was to determine whether Law No. 30558 that modifies Article 2, paragraph 24 letter "f" of the constitution, extending the term of detention in criminal flagrancy is Constitutional.

In the stage of gathering information for the elaboration of the thematic dispersion of the chapters of the theoretical framework, the sources of consultation were used such as books, legal journals, theses, scientific articles, legislation and jurisprudence, and the exegetical, dogmatic and legal hermeneutical methods, as a data collection instrument and used the cards.

Regarding the results of the investigation developed in the chapters of the theoretical framework, it was obtained that the police detention proceeds in cases of criminal flagrancy where its purpose is to ensure the presence of the accused before the competent authority and effectiveness of the criminal process, the maximum term it is 48 hours and 15 days in terrorism, espionage, illicit drug trafficking and in crimes committed by criminal organizations, plus the end of distance; the blatant crime is when the offender is caught in the act that includes the one that is being committed or just committed and as elements there is temporary immediacy, personal immediacy and the urgent need for police intervention, and the law No. 30558 that modifies Article 2 subsection 24 letter "f" is unconstitutional; Because it contravenes the Constitutional State of Law, it does not comply with the proportionality tests and does not take international instruments into account.

The main conclusion of the investigation work is Law No. 30558 that modifies article 2 subsection 24 letter “f” of the constitution extending the term of detention in criminal flagrance is not constitutional, because it does not meet the proportionality and reasonableness test e international instruments on human law such as the ruling of the Inter-American Court of Human Rights and Article 7 of the American Convention on Human Rights, so its repeal is recommended.

Keywords: Reasonable term, police detention, criminal flagrance.

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Abstract	v
Tabla de contenido	vi
CAPITULO I.- EL Problema	01
1.1. Planteamiento del problema	01
1.2. Enunciado	05
1.3. Hipótesis	05
1.3.1. Variables	05
1.4. Objetivos	06
1.4.1. General	06
1.4.2. Específicos	06
1.5. Material y procedimientos	06
1.5.1. Material	06
1.5.2. Métodos, técnicas e instrumentos	07
1.5.3. Procedimiento	08
1.5.4. Presentación de los datos	09

CAPÍTULO II. El Mandato De Detención Como Medida Legitimada Para Restringir La Libertad Personal	10
1. Introducción	10
2. Conceptualización	13
3. Finalidad	15
4. Modalidades de la detención	16
5. La detención policial	18
5.1. Marco normativo	18
5.2. Conceptualización	18
5.3. Finalidad	20
5.4. Presupuestos	22
5.5. Plazo	23
5.6. Su regulación en el derecho comparado	27
CAPÍTULO III.- La flagrancia Delictiva En El Derecho Nacional	29
1. Fundamentos político criminales	29
2. Etimología y conceptualización	32
3. Elementos	36
3.1. Inmediatez temporal	36
3.2. Inmediatez personal	39
3.3. Necesidad urgente de intervención policial	41
4. Requisitos o supuestos fácticos	42
4.1. Fumus comissi delicti	42
4.2. Periculum libertatis	44
5. Clasificación	45
5.1. Flagrancia clásica	46
5.2. Cuasi Flagrancia	48
5.3. Flagrancia presunta	50
5.4. Flagrancia de reconocimiento o virtual	54
6. El delito flagrante en la legislación comparada	54
6.1. Legislación chilena	54
6.2. Legislación Boliviana	55
6.3. Legislación colombiana	56

6.4. Legislación ecuatoriana	57
6.5. legislación venezolana	58
CAPÍTULO IV.- La Constitucionalidad de la Ley Nro. 30558 A la Luz Del Tribunal Constitucional Y Los Instrumentos Internacionales	
1. Contexto socio-jurídico de la ley nro. 30558	59
2. La Inconstitucionalidad de la ley Nro. 30558	61
2.1. Contraviene el estado constitucional de derecho	61
2.2. No cumple con el test de proporcionalidad	65
2.3. No toma en cuenta los instrumentos internacionales	67
CONCLUSIONES	69
RECOMENDACIONES	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

La Policía Nacional está facultada por la Constitución para efectuar la detención de una persona en el caso de flagrante delito; en ese sentido Gutiérrez, Walter (2015) señala que esta detención, es una medida cautelar realizada o preordenada para garantizar la futura aplicación del poder coercitivo del Estado y así las autoridades policiales y fiscales cuenten con la posibilidad de llevar a cabo las diligencias de investigación preliminar.

En la flagrancia delictiva suele distinguirse hasta tres clases de flagrancia las mismas que varían según el aspecto temporal que existe entre la conducta delictiva y la aprehensión de su autor; así acorde con San Martín, César (2015) se puede hablar de flagrancia en sentido estricto, cuando el sujeto es sorprendido y detenido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando el delito; la cuasi flagrancia que se presenta cuando un individuo ya ha ejecutado el hecho delictivo, pero es perseguido y detenido poco después; y la presunción de flagrancia que se presenta cuando solo hay indicios razonables que permiten pensar que él es el autor del hecho.

Su regulación lo encontramos en el artículo 2, inciso 24 literal f, de la Constitución Política que hasta antes de la reforma, prescribía:

“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención

preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales”.

Posteriormente con la reforma dada por la ley N^º 30558 en mayo del 2017 el tenor de la acotada norma queda de la siguiente manera:

“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

Del análisis de la modificación normativa se observa que se han agregado determinados supuestos que implican una valoración jurídica, como es el tiempo estrictamente necesario y plazo máximo; asimismo se ha modificado el plazo de detención hasta 48 horas, estos cambios dados en la norma constitucional a decir de Bustamante, José (2017) atañe a la búsqueda de brindar mayores facilidades a los miembros de la Policía Nacional y Ministerio Público en el desarrollo de los actos de investigación para alcanzar una investigación penal más eficiente en favor de la lucha contra el delito y mayores resultados en pro de la seguridad ciudadana. Para dotar de constitucionalidad a esta modificación normativa es imperante que cumpla con el test de proporcionalidad desarrollado de forma reiterada por el Tribunal Constitucional en los expedientes N^º 1875-2004-AA/TC; N^º 649-2002-AA/TC; M^º 1277-2003-HC/TC, pero en extenso se ubica en el expediente N^º 00045-2004-PI/TC donde explica claramente que el test de proporcionalidad para

examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden la determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad, de necesidad y el de proporcionalidad propiamente dicho. Ello también está relacionado con los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resaltan que en un Estado Constitucional de Derecho es un pilar fundamental una correcta como justa administración de justicia, para lo cual es necesario legislar sin dar la espalda a la realidad social y evitar el incurrir en limitaciones, yerros y vulneraciones mencionadas.

En la doctrina comparada Bernal, Carlos (2007) señala que con el principio de proporcionalidad se fijaría el componente de justicia en los actos y normas del poder estatal, mediante el cual se buscaría garantizar al individuo la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la optimización de los derechos fundamentales. Se entiende entonces que este principio o test de proporcionalidad está integrado por dos tres sub principios como el de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad que sirven de parámetro para examinar la constitucionalidad de las normas en los derechos fundamentales.

Sin embargo, basta una mirada a la realidad técnico-jurídica (norma) para darnos cuenta que ésta se ha visto desbordada por la sociedad (realidad judicial), ya que si bien el derecho a la libertad personal no es absoluto por consiguiente puede ser limitado en atención a determinadas supuestos de política criminal siempre y cuando sea de observancia obligatoria el test de proporcionalidad; lo cual, desde la postura de la autora de la investigación, ello no ha ocurrido, en primer lugar, al haberse modificado anteriormente los supuestos de flagrancia delictiva se puede

detener a una persona por solo indicios razonables (presunción de flagrancia) y la mayoría de autores coinciden que en este supuesto no existe flagrancia por lo que someterlo a un exceso de detención vulnera sus derechos ya que en este caso hablamos de presunción de inocencia aunado a la libertad personal; en segundo lugar se cuestiona el termino plazo estrictamente necesario y plazo máximo, ya que ello implica una valoración y la experiencia judicial demuestra los errores y excesos que se cometen en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona ya que nunca son puestos a disposición en el plazo señalado sobre todo en lo que atañe al término de la distancia; en tercer lugar la ampliación de 24 a 48 horas no cambia nada ya que si existe flagrancia, no habría razones para dilatar las investigaciones del ministerio público y por ende ponerlo a disposición del juez de la investigación, lo único que se buscaría más bien es dar más tiempo a los operadores de justicia para realizar los actos que tranquilamente lo pueden realizar en 24 horas; por lo que sería necesario evaluar esta reforma constitucional a la luz del test de proporcionalidad y plantear su inconstitucionalidad.

En ese mismo sentido Torres Manrique, Jorge (2017) señala que resulta insostenible que se haya prescrito al amparo de dicha norma legal, que la flagrancia se amplía hasta 48 horas (más término de la distancia), e incluso hasta quince días para el caso de los delitos cometidos por organizaciones criminales, por lo que no hay que olvidar que el bien jurídico más preciado del ordenamiento jurídico, después de la vida humana, es la libertad personal, en consecuencia, en orden de prelación tenemos que denunciar que la Ley N^a 30558, vulnera abiertamente la libertad personal.

En esa misma línea de comentario Arcos cotrado, Raúl (2017) expresa que si bien en muchos casos, el plazo de 24 horas resulta insuficiente para que las autoridades

puedan acopiar toda la información necesaria a efectos de solventar una imputación delictiva; sin embargo, es legítimo preguntarse si el ciudadano que viene premunido del derecho de presunción de inocencia, tiene que ceder su libertad personal ante la inoperancia del Estado que no activa políticas públicas de prevención para reducir la actividad criminal o que no dota de la logística necesaria a las autoridades para que en el plazo más corto puedan dilucidar la responsabilidad del ciudadano; no parece razonable que el Estado le imponga mayores restricciones a la libertad personal, solo porque se acentuaron los actos delictivos y por tanto todos somos sospechosos de algo.

1.2. Enunciado

¿La ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva es Constitucional?

1.3.- Hipótesis

La ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva no es constitucional, porque no cumple con el test de proporcionalidad y razonabilidad establecido por el Tribunal Constitucional e instrumentos internacionales sobre derecho humanos.

1.3.1.- Variables

- Variable independiente

La ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva.

- Variable dependiente

El test de proporcionalidad y razonabilidad establecido por el Tribunal Constitucional e instrumentos internacionales sobre derecho humanos.

1.4.- Objetivos

1.4.1.- General

- Determinar si la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” de la constitución ampliando el plazo de la detención en flagrancia delictiva es Constitucional.

1.4.2.- Específicos

- Explicar la regulación del mandato de detención en la constitución como medida legitimada para restringir la libertad personal.
- Explicar la flagrancia delictiva en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional.
- Analizar la constitucionalidad de la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f” a la luz del test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional e instrumentos internacionales.

1.5.- Material y procedimientos

1.5.1.- Material

A.- Fuentes de consulta

- Libros de doctrina nacional y extranjera
- Revistas especializadas
- Tesis de grado
- Artículos científicos y trabajos de investigación
- Constitución Política de 1993
- La ley N^a 30558
- Legislación comparada
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1.5.2.- Métodos, técnicas e instrumentos

A- Métodos

➤ Exegético

Este método permitió conocer los antecedentes y el contexto en que se dio la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “F” de la constitución que amplía el plazo de detención en flagrancia delictiva

➤ Dogmático

Este método permitió conocer el análisis y comentario de los distintos juristas sobre la regulación del mandato de detención en la constitución como medida legitimada para restringir la libertad personal, la flagrancia delictiva y la constitucionalidad de la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “F”.

➤ Hermenéutico jurídico

Este método permitió conocer la ratio legis o razón de ser sobre las normas referentes a la detención personal en flagrancia delictiva y la constitucionalidad de la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “f”.

B- Técnicas

➤ Fichaje

Esta técnica facilitó la recopilación de la información doctrinaria, legislativa y jurisprudencial sobre las instituciones jurídicas que fueron desarrolladas en el marco teórico acorde con los objetivos que persigue la investigación.

C- Instrumentos

➤ Fichas

Este instrumento permitió el registro de información a través de las fichas de registro de datos tipográficos consignados (bibliográficas y hemerográficas), y el acopio de información a través de fichas de investigación como textuales, resumen y de comentario.

1.5.3.- Procedimiento

A.- Recopilación de información documental

La investigadora recopiló información documental sobre el tema de investigación de las bibliotecas físicas y virtuales de universidades y estudios jurídicos privados, con la finalidad de poder fichar los datos tipográficos y de contenido, para luego proceder al fotocopiado del material bibliográfico y guardarlos en archivos de Word o pdf la doctrina, artículos científicos, sentencias del Tribunal Constitucional, legislación sobre el tema materia de estudio.

B.- Procesamiento y análisis de la información

Teniendo toda la información recopilada en el gabinete, se procedió al procesamiento de los datos en forma ordenada y en congruencia con los objetivos de investigación, para su posterior análisis integral como es con la doctrina, legislación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

C.- Elaboración y desarrollo de la dispersión temática del marco teórico

Se redactaron los capítulos del marco teórico acorde con la dispersión temática elaborada previamente con la finalidad de responder a los objetivos específicos de la investigación.

D.- Redacción de las conclusiones, recomendaciones y propuesta normativa.

En la etapa final de la tesis se redactaron las conclusiones de cada capítulo desarrollado en el marco teórico del trabajo de investigación, luego se elaboraron las recomendaciones pertinentes, poniendo énfasis en la constitucionalidad de la ley N^a 30558 que modifica el artículo 2 inciso 24 letra “F” a la luz del test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional e instrumentos internacionales.

1.5.4.- Presentación de los datos

En cuanto a los resultados por ser de naturaleza cualitativa como son los datos obtenidos de la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, se esquematizaron de manera nominal en los capítulos de la tesis.

CAPITULO II

EL MANDATO DE DETENCION COMO MEDIDA LEGITIMADA PARA RESTRINGIR LA LIBERTAD PERSONAL

1.- Introducción

La libertad personal es el bien jurídico más importante que detentan las personas después de la vida y el respeto de su dignidad como persona humana, el cual ha sido logrado como producto de largas luchas sociales con trascendencia jurídica como son la independencia de estados unidos y la revolución francesa, que implica capacidad de locomoción física interactuando y respetando los derechos de las demás personas, dentro del marco del ordenamiento jurídicos constitucional, que es en donde se le ha consagrado como derecho fundamental de la persona; en ese sentido Chirinos Ñasco, José (2016) acota:

“La libertad personal es el fruto de conquistas sociales como un proceso revolucionario que ha dado como resultado la obtención de derechos fundamentales que se retrotraen a la independencia de los Estados Unidos y la Revolución francesa, momentos históricos que han impregnado de libertad el mundo contemporáneo de nuestros tiempos, que tiene su partida de nacimiento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual trae como resultado a la libertad del ser humano. La libertad personal es el bien jurídico más importante después de la vida, por el cual permite trasladarnos de un lugar a otro, capacidad de locomoción física propiamente dicha, de realizar actividades de interrelación con otras personas en nuestro entorno y medio geográfico, claro que todas estas actividades deben de realizarse de conformidad respetando el derecho a los demás y normas de restricción o acceso a determinados lugares; en tal sentido, nuestra Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la libertad y la seguridad personal, como derecho de primer orden. Siendo esto así, la libertad personal está referida a la libertad de movimiento efectiva de la persona, mientras tanto la seguridad personal a la condición para que esa

libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de la libertad y evitar la arbitrariedad en la interpretación”.

Pero la libertad personal como bien jurídico no tiene un carácter absoluto, por el contrario, puede ser objeto de restricciones solamente de manera excepcional y en los casos expresamente señalados por la constitución y la ley y con sujeción a un debido proceso, para que la medida goce de legitimidad, al respecto San Martín, César (2015) expresa:

“La libertad personal puede ser objeto de restricción o de privación en el proceso penal, al igual que cualquier otro derecho, siempre y cuando se verifiquen las condiciones que la Ley en este caso determina expresamente para cada tipo de limitación. La SCIDH Gangaram Panday de 21-01-94 acoto que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), aunque con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente difundidos por la misma (aspecto formal). Como la libertad es un derecho fundamental, entendida como autodeterminación, por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita, y como derecho y garantía frente a toda privación ilegal o arbitraria de la misma en el devenir físico de su vida, su limitación ha de ser una excepción. A su vez, los motivos que autoricen su restricción han de ser interpretados restrictivamente, y aplicados atendiendo a las características del caso. Nuestra Constitución, de manera específica, por un lado, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal (art. 2.24 CP) y, de otro lado, establece una excepción a dicha regla al señalar que toda persona detenida debe ser informada mediante resolución escrita y motivada emitida por el juez penal o por las autoridades policiales en flagrante delito (art. 2.24.f CP). De esto se desprende que la libertad es un derecho fundamental, y que las medidas limitativas sean restrictivas o privativas, deben aplicarse con recto criterio, siempre y cuando sea necesario para los fines del proceso”.

Villegas Paiva, Elky (2017) expresa la libertad personal es un derecho fundamental que permite a la persona disponer y determinar su propia voluntad actuando de conformidad con ella salvo en los supuestos en los que la Constitución y las leyes así lo legitimen:

“El derecho a la libertad, en su manifestación de libertad personal (física o de locomoción), desde un enfoque positivo implica la posibilidad de realizar una actividad determinada y, desde una perspectiva negativa, es la prohibición de realizar cualquier acción tendiente a conminar a una persona a realizar aquello que no quiere. La libertad ambulatoria supone la posibilidad de que una persona se dirija al lugar que desee (aspecto positivo) y la prohibición de conducir a alguien contra su voluntad a otro (aspecto negativo). De esta forma la libertad personal puede ser definida como un derecho fundamental que permite a la persona disponer de sí misma y determinar su propia voluntad actuando de conformidad con ella sin que nadie pueda impedirlo, salvo en los supuestos en los que la Constitución y las leyes así lo legitimen. En ese sentido en nuestro ordenamiento jurídico se han previsto taxativamente, a nivel constitucional e infraconstitucional, los casos en que procede restringir el aludido derecho. Así, tenemos que conforme al artículo 2. inciso 24, literal f de la Constitución Política resulta legítimo detener a una persona en dos supuestos; cuando se le dé una detención por mandato judicial escrito y debidamente motivado, y en caso de delito flagrante por las autoridades policiales”.

Chirinos Ñasco, José (2016) relaciona el derecho a la libertad personal dentro del proceso penal y refiere que solamente puede ser restringido por una medida cautelar cuando es necesario garantizar hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se le condene:

“La libertad personal es el bien jurídico máspreciado, que tenemos las personas y por ende las medidas coercitivas que ataquen a ello deben estar debidamente sustentadas, tanto en forma como en el fondo, lo que implica un análisis lógico jurídico adecuado en el cual se concluya que exista un cierto grado de los hechos investigados y la

participación del afecto con la medida son ciertos. La restricción de la libertad en el curso de un proceso penal sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en un momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se la condene. El objeto preponderante de las medidas cautelares penales son las personas, sin que se desconozca que también recaen sobre las cosas”.

2.- Conceptualización

El mandato de detención implica necesariamente la privación de la libertad personal, en la doctrina comparada se precisa que la privación de la libertad ambulatoria debe dentro del plazo constitucionalmente establecido, en el cual la autoridad competente resuelve su situación jurídica, así tenemos a De hoyos Sancho, Montserrat (1998) y Montero Aroca, Juan et al (2001) quienes señalan respectivamente:

“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”.

“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 su sentido natural”.

En la doctrina nacional San Martín, César (2015) y Peña Cabrera, Alonso (2007) acotan que el mandato de detención es una medida provisional que detenta no solamente la policía en caso de flagrante delito o el poder judicial con mandato motivado, sino también los particulares, al expresar respectivamente:

“Es una medida provisionalísima y personal, que puede adoptar la autoridad policial o judicial, incluso los particulares, con motivo de la comisión de un delito, consistente en la privación del derecho a la libertad ambulatoria o libertad de movimientos, con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes. En tanto medida de coerción ha de preceder la imputación, comisión de un hecho punible y posible responsabilidad penal del afectado, y peligro para el proceso si no se adopta: presunción de incomparecencia”.

“La detención puede ser efectuada por la policía o por la ciudadanía a diferencia de la prisión provisional que sólo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente, por ende, no necesita de auto Jurisdiccional autoritativo. La detención implica una actuación inmediata por parte de los custodios del orden, a fin de viabilizar los actos de investigación más urgentes. En tal virtud la detención no se somete a los presupuestos que legitiman la prisión provisional. Por ello puede distinguirse entre una detención judicial, detención policial y la detención por particulares”.

Otros autores realizan precisiones dogmáticas sobre el mandato de detención, para Chirinos Ñasco, José (2016) no se trata de sujeción física de la persona sino de una terposición física de la persona que impedirán el libre movimiento físico, al señalar:

“La detención en sentido lato podemos definirla como la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, no es la sujeción física de la persona, sino a la terposición física de una o más personas u obstáculos, que impedirán el libre movimiento físico. 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 detención”.

Para Villegas Paiva, Elky (2017) el impedir la permanencia o acceso a determinado lugar no es un supuesto de detención, ya que lo esencial es impedir al sujeto el alejarse de un lugar en el que no desea permanecer, así lo precisa al expresar:

“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 le 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 detención. Este concepto amplio, si bien no es incorrecto en temimos 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”.

3.- Finalidad

En la doctrina se observa de manera consensuada que la finalidad del mandato de detención es la sujeción de la persona al proceso penal para garantizar los fines que perdigue definiéndose su situación jurídica; al respecto Salas Beteta, Christian citado por Villegas Paiva y Villegas Paiva, Elky (2017) refieren:

“El mandato de detención, 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”.

Para Gimeno Sendra, José (2015) la finalidad de la detención es garantizar la aplicación del ius puniendi, al acotar:

“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 fáctico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas preventivas que correspondan”.

4.- Modalidades de la detención

El nuevo código procesal penal regula taxativamente las diferentes formas que existen de detención, en ese sentido se señala a la detención policial, la detención preliminar y la detención judicial; en la doctrina San Martín, César (2015) refiere que existen varias modalidades como es la detención policial, la detención o arresto ciudadano, la detención judicial preliminar y la detención judicial convalidada; al expresar:

*“**Detención ciudadana o arresto ciudadano.** Es una facultad que asiste a todo ciudadano a privar de la libertad ambulatoria a otro en los casos de delito flagrante, dando cuenta inmediatamente de dicha detención a la autoridad policial y poniéndolo a disposición de ella, ese es su objeto. En consecuencia, tiene dos fases. Una fase facultativa que se inicia desde el momento en que el particular descubre en flagrancia al agente hasta el momento en que procede su detención. De otro lado, tiene una fase imperativa que empieza desde el momento en que el sorprendido en flagrancia es aprehendido hasta que, finalmente, es puesto a disposición de la Policía Nacional. Sus notas características son: (i) facultativo, a diferencia de la detención policial, por tanto, su incumplimiento no genera ninguna consecuencia de carácter penal para el ciudadano; (ii) procede en caso de flagrancia delictiva a tenor del artículo 259 NCPP]; autoriza a los ciudadanos a interrogar a los detenidos, ni a ejercer violencia; (iv) oral, no requiere de resolución autoritativa. **Detención judicial preliminar.** Es la medida de privación de la libertad*

personal dispuesta por el juez de la investigación preparatoria a solicitud fundamentada del fiscal, dictada mediante auto fundado, en supuestos de ausencia de flagrancia delictiva y cuando el imputado se encuentra debidamente individualizado. Como presupuestos materiales se exige: a) razones plausibles para considerar la comisión de un delito; b) motivos de detención: que se desprenda cierta posibilidad de fuga; y, c) delito de determinada entidad, como expresión del principio de proporcionalidad: que el delito este sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años. Otros supuestos de detención son el sorprendido en flagrante delito que logre huir y el que se fuga de un centro de detención preliminar. **Detención convalidada.** Es la medida jurisdiccional de continuación de la privación de libertad, siempre de carácter provisionalísima, que dicta el juez de la investigación preparatoria mediante auto fundado a instancia del fiscal contra el imputado detenido, bajo cualquier modalidad, a fin de garantizar la efectividad de los actos de investigación imprescindibles que se requieren para el debido esclarecimiento de los hechos. Como se trata de una medida de coerción es necesario que se cumplan los presupuestos generales correspondientes: *fumus comissi delicti* y *periculum libertatis*, subsistencia de razones que determinaron la detención, y como presupuestos específicos, de carácter implícito, se requiere que el delito investigado este sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, en especial, que resulte indispensable la necesidad de continuar actos de investigación para completar el esclarecimiento de los hechos, sobre todo respecto de los alcances del delito e involucramiento de personas en su comisión. **Detención incomunicada.** Es una modalidad de cumplimiento de la detención, dispuesta judicialmente, que consiste en el total aislamiento del imputado detenido respecto del mundo exterior, contacto verbal o escrito con terceros, de modo que ni puede recibir visitas, salvo con su abogado defensor, ni realizar o recibir comunicaciones, a fin de evitar, a través de la clausura de contactos o conversaciones con otras personas, una actitud activa del imputado sobre las fuentes de prueba. Como representa un especial agravamiento de la situación del imputado, solo se podrá decretar en supuestos excepcionales y cuando exista una justificación suficiente”.

5.- La detención policial

5.1.- Marco normativo

La detención policial tradicionalmente en las constituciones de 1979 y 1993 se ha mantenido con un plazo máximo de 24 horas para poner a disposición de la autoridad competente al detenido; con la más reciente modificación de la Carta Magna respecto al apartado f, inciso 20 del artículo 2 a través de la ley N^º 30558 del 9 de mayo del 2017, este plazo ha variado aunque se mantiene los presupuestos para la procedencia de la detención policial, con lo cual ha quedado actualmente redactado de la siguiente manera:

“...

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

5.2.- Conceptualización

Al respecto Chirinos Ñasco, José (2016) al definir la detención policial esboza un concepto muy amplio, al expresar que su función es el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho para dilucidar la situación jurídica del detenido, ya que ese concepto es aplicable al mandato de detención en general:

“La detención policial es una medida cautelar cuya función es asegurar el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho a fin que se puede dilucidar la situación jurídica del detenido hasta por el plazo máximo de veinticuatro horas; es decir, durante ese plazo máximo se deben realizar las diligencias correspondientes a fin de averiguar, primigeniamente la participación o no del ilícito, correspondiendo al representante del Ministerio Público, resolver su liberación o en su defecto este solicita ante el juzgado competente una medida restrictiva de la libertad más gravosa, de ser el caso”.

Otros autores como Bustamante Requena, José (2017) y Villegas Paiva, Elky (2017) respectivamente, son más precisos y acertados en sus definiciones al relacionar que la detención policial procede en casos de flagrancia delictiva, es decir cuando no existe de por medio orden escrita o mandato judicial:

“Como es sabido, la policía nacional está facultada por la constitución para efectuar la detención de una persona, cuando no se halle de por medio mandato escrito y motivado de un juez, solo en caso de flagrante delito. También es posible indicar que esta detención, es una medida cautelar realizada o preordenada para garantizar la futura aplicación del poder coercitivo del Estado y así, las autoridades policiales y fiscales cuenten con la posibilidad de llevar a cabo diligencias de investigación preliminares”.

“La detención policial es una medida precautelar de privación de la libertad personal adoptada por la policía, sin orden judicial, en los únicos supuestos de flagrancia delictiva, con el fin de asegurar la presencia del sujeto, descubierto precisamente en flagrante comisión delictiva, ante la autoridad competente y la efectividad del proceso penal”.

San Martín, César (2015) es más explícito todavía ya que no solo relaciona a la detención policial con la flagrancia delictiva, sino que precisa que para que se configure debe concurrir inmediatez personal, temporal y necesidad urgente, al expresar:

“Es la medida de privación de la libertad personal adoptada por la policía, sin orden judicial, en los supuestos de flagrancia delictiva: es la imputación como presupuesto material de la misma. Esta requiere inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente; esto es, el 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. La flagrancia es la prueba más directa del delito. Si el hecho es una falta o el delito esta conminado con pena privativa de libertad no menor de dos años, podrá ordenarse, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos urgentes, otra medida menos restrictiva (art. 259 NCPP). Al tratarse la detención policial como ejercicio de un deber impuesto a la Policía Nacional, su omisión trae como consecuencia, no solo responsabilidades de carácter administrativo, sino de carácter penal pues estaríamos frente a un delito de omisión de actos funcionales (art. 377 CP) u omisión o retardo injustificado de apoyo policial (art. 378 CP)”.

5.3.- Finalidad

En palabras de San Martín, César (2015) la finalidad de la detención policial constituye un acto de investigación indirecto ya que posibilita actos urgentes e inaplazables de realización en las diligencias de investigación preliminar, al expresar:

“La detención policial constituye el ejercicio de una obligación impuesta por la especial misión de la policía de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores, deber jurídico en el ejercicio de las funciones que le son propias. Su objeto es realizar determinadas diligencias de prevención y de investigación autónomas, si fuere el caso, y culminar el informe policial, de suerte que resulta ser, además de una medida de coerción, un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita actos urgentes e inaplazables, realización de diligencias de investigación preliminar. Se entiende que se ordena la detención de una persona

cuando se presume su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, y está sometida a un tiempo brevísimo: 24 horas en delitos ordinarios y hasta quince días en delitos exceptuados, son límites cuantitativos máximos, todos condicionados a la realización de las diligencias indispensables para los esclarecimientos de los hechos”.

Para Chirinos Ñasco, José (2016) la finalidad de la detención policial es evitar la posibilidad de la elusión de los efectos de la justicia ante la demora del poder judicial de una orden escrita y motivada que autorice la detención:

“La detención policial busca evitar la posibilidad de fuga o la elusión de los efectos de la justicia ante la demora que pueda significar el requerir ante el Poder Judicial la orden escrita y motivada que autoriza la detención. Por ello en clave constitucional, la breve privación de la libertad ambulatoria por un agente policial únicamente es legítima cuando exista la posibilidad de obtener una orden judicial previa, que ocurre cuando se presenta una situación de flagrancia, que implica pues la inmediatez temporal y personal con algún suceso delictivo”.

Sin embargo, consideramos que Ore Guardia, Arsenio (2014) es quien mejor explica las finalidades de la detención policial al establecer que se enmarcan en asegurar la presencia del imputado ante la autoridad competente y efectividad del proceso penal:

“La detención policial tiene dos finalidades, las cuales consisten en asegurar, por un lado, la presencia del imputado ante la autoridad competente y, por otro, la efectividad del proceso penal. El fundamento de la primera finalidad radica en la necesidad de que toda privación de libertad, por muy excepcional que fuese, debe estar sujeta al control de legalidad materializado en el deber, por parte del juez o del fiscal, de verificar la concurrencia o no de los presupuestos que hayan legitimado la procedencia de esta medida. La segunda finalidad de la detención policial consiste en asegurar la efectividad del proceso penal. Finalidad que se fundamenta en el deber de la policía de asegurar la fuente de prueba y evitar

que el sospechoso pueda contaminar o sustraer elementos de convicción determinantes para la fase de investigación previa o diligencias preliminares, sea en presencia o ausencia del fiscal, pero, en cualquiera de los casos, informándole inmediatamente de las acciones tomadas”.

5.4.- Presupuestos

A tenor de la doctrina y de su regulación en la constitución política, para que se configure la detención policial, debe enmarcarse en dos presupuestos, el primer presupuesto es de cumplimiento, que está referido a la existencia previa de una resolución judicial o mandato escrito debidamente motivado (fáctica y jurídicamente) por la autoridad competente en base a la cual la policía se le faculta para detener a una persona; y el otro presupuesto es de acción ya que la policía interviene de manera rápida y oportuna en los casos en que se configura flagrancia delictiva, Chirinos Ñasco, José (2016) al respecto refiere:

*“a) **Se sustente en un mandato escrito y motivado del juez;** es decir, se sustente en una resolución judicial emanada de un órgano jurisdiccional, en el cual, se exponen los fundamentos de hecho y derecho por las cuales se ordena la detención de un ciudadano el cual debe estar debidamente motivado en el cual se va a conocer el análisis lógico jurídico del juez para emitir su resolución, ante lo cual, la policía, al momento de intervenir, pone a disposición del órgano jurisdiccional requirente. b) **La detención se haya realizada con motivo de flagrante delito:** para este presupuesto es necesario que la intervención policial como es la detención sea considerada como un delito flagrante propiamente dicho, de lo contrario sería considerado como una detención ilegal, trayendo como consecuencias responsabilidades administrativa hasta incluso penales contra el agente policial interventor, es pertinente precisar que el plazo para que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad competente es de veinticuatro horas, a excepción de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, supuestos en los cuales el plazo es de 15 días, los cual*

precisamente por su complejidad y sensibilidad social demanda más tiempo para ser investigados”.

5.5.- Plazo

Para enmarcarnos en el plazo de la detención policial, el cual será materia de análisis en el capítulo IV de la presente tesis, es necesario primero enfocarnos sobre lo que se entiende por el derecho al plazo razonable, Gimeno Sendra, José (2015) refiere que es obligación de actuar en un plazo razonable a los poderes del Estado para restablecer inmediatamente el derecho a la libertad de la persona, al expresar:

“Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige frente a los órganos del poder judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y, en su caso, restablecer de manera inmediata el derecho a la libertad personal”.

En el contexto nacional Miranda Aburto, Elder (2018) señala que el plazo razonable es un derecho fundamental que subyacen a la Declaración Universal y a diversos instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, al comentar:

“El plazo razonable como derecho fundamental responde a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos que han de orientar todo nuestro ordenamiento jurídico. Este reconocimiento debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía institucional, que pueden ser tanto generales, como el caso de los principios del constitucionalismo liberal y democrático, como específicamente

dirigido a la materia de los derechos del imputado dentro de un proceso penal. El plazo razonable lo encontramos como una manifestación del debido proceso, sea en su fase formal o material, este derecho no solo se despliega en su etapa procesal sino también en su etapa pre jurisdiccional, es decir en las investigaciones en donde el titular de la acción penal es el Ministerio Público”.

Finalmente, Sevilla Gálvez, Guillermo (2017) precisa que el derecho al plazo razonable como derecho fundamental se encuentra comprendido dentro del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional, al explicar:

“El derecho fundamental al plazo razonable no tiene un reconocimiento expreso en la actual Constitución Política de 1993, es decir, que no se encuentra recogido en forma específica en la actual Constitución Política peruana de 1993; empero, no cabe duda de que se justifica su validez constitucional en el artículo 139, inciso 3, de la norma fundamental, que recoge los derechos al debido proceso y la tutela jurisdiccional; por lo que se puede considerar el derecho al plazo razonable que está comprendido dentro de los dos mencionados derechos fundamentales, y sin perjuicio, de ello, se pueden invocar tanto la doctrina jurisprudencial interna o doméstica como los diversos fallos del tribunal constitucional, la doctrina jurisprudencial desarrollada por la justicia supranacional así como los tratados sobre derechos humanos que conforman el denominado bloque de constitucionalidad. Pero el plazo razonable implica también otros supuestos distintos al plazo razonable del proceso penal, como son los plazos razonables de la investigación fiscal, de la detención judicial preliminar, para la puesta en libertad de quien cumplió su sentencia o haya cesado la medida cautelar de prisión preventiva o provisional en un establecimiento penitenciario, a pronunciarse sobre el pedido de cese de la referida medida cautelar o para resolverse un medio impugnatorio (apelación) interpuesto contra la resolución que deniega dicho pedido, entre presupuestos”.

Teniendo claro que el derecho al plazo razonable como derecho fundamental se encuentra comprendido dentro del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional y con pleno reconocimiento en los instrumentos internacionales, pasamos a explicar el plazo de la detención policial el cual ha sido ampliado mediante reforma constitucional, al respecto Bustamante Requena, José (2017) precisa:

“Los aspectos que en concreto han presentado una modificación o han sido incluidos son los siguientes: -La detención no durara más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones (supuesto incluido). -El plazo de detención sería hasta 48 horas (supuesto modificado). - En el caso de delitos cometidos organizaciones criminales el plazo máximo será de 15 días (supuesto incluido)”.

Villegas Paiva, Elky (2017) comentando el plazo de la detención policial refiere que el plazo máximo de duración tiene dos posibilidades, una concreta que es de 48 horas y de 15 días en los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y en delitos cometidos por organizaciones criminales, la otra es abierta que hace referencia al término de la distancia:

“El plazo de la detención policial ha sido variado conforme a la reforma constitucional así en primer lugar el plazo de 24 horas se ha ampliado al doble, siendo de 48 horas. Por otro lado, existen dos excepciones al plazo de detención policial por flagrancia delictiva, uno es el referido al término de la distancia y el otro para casos de espionaje, tráfico ilícito de drogas y ahora también para los casos de criminalidad organizada, siendo que en este último caso serían de 15 días. De la normativa reseñada se observa que se ha acogido el plazo máximo de duración de la detención policial, el mismo que tiene dos posibilidades, una concreta y otra abierta y genérica. La concreta es de 48 horas (15 días en los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y en delitos cometidos

por organizaciones criminales), mientras que la genérica es el término de la distancia. Como se observa, la detención policial desde el 10 de mayo de 2017 es como máximo de 48 horas (y ya no de 24 horas), pero solo podrá hacerse uso de ese plazo máximo cuando sea indispensable, pues la regla general es que dure solo lo estrictamente necesario, pudiendo, entonces, ser inferior este último plazo”.

Por su parte Bernal Pulido citado por Miranda Aburto, Elder (2017) comenta que el plazo estrictamente necesario en la detención policial implica ciertos criterios como grado de realización, de rapidez y seguridad, al comentar:

*“El plazo estrictamente necesario para las investigaciones no es un plazo que abre las posibilidades de desnaturalizar la detención incorporando nuevos plazos que atentaría presuntamente contra derechos fundamentales del imputado como la libertad individual y el derecho a la presunción de inocencia. Bernal Pulido emplea una serie de criterios para establecer la viabilidad del carácter necesario de la detención: **a) Grado de realización:** refiere a la mayor o menor cantidad de aspectos de la finalidad que consigue la medida. Estas razones están condicionadas a la existencia de premisas fácticas que demuestren la incapacidad material irremediable para actuar dentro del plazo de 24 horas. **b) Grado de rapidez;** refiere a la mayor o menor velocidad para conseguir el fin mediato. Las razones de la medida deben sustentar como la ampliación sería la medida necesaria para alcanzar el estado de cosas deseado lo antes posible, atendiendo a, que toda dilación constituye un sacrificio intolerable del derecho a la libertad. **c) Grado de seguridad:** refiere a la mayor o menor probabilidad de éxito en conseguir el fin. La ampliación de plazo debe poseer razones de índole fáctica que demuestren su posibilidad real, para alcanzar el estado de cosas deseados. Como muy bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español al interpretar la norma constitucional, donde señala que el plazo máximo es de 72 horas; y el otro plazo es el estrictamente indispensable y que este último puede ser menor al establecido en la ley por razones que ameritan cada caso concreto”.*

5.6.- Su regulación en el derecho comparado

La regulación del plazo de la detención policial en el derecho comparado también es variable, en algunos países es de 72 horas como España y México, 48 horas en Venezuela y 36 horas en Colombia, al respecto Chirinos Ñasco, José (2016) explica:

“España, el cual se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 17 de su Constitución en la cual se indica, la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de sesenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad Judicial. México, en su artículo 19 nos indica, ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastante para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del Indiciado. Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el Indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre el hecho particular en el acto mismo de concluir el plazo, y si no recibe la constancia mencionada dentro el plazo de tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad. Colombia en el artículo 23 de su Constitución nos indica, toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud del mandato escrito de la autoridad judicial

*competente, con las formalidades legales y por el motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del Juez dentro del plazo de treinta y seis (36) horas siguientes para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. **Venezuela** en su artículo 44 de su Constitución, nos indica, la libertad personal es inviolable, en consecuencia: Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial a menos que sea sorprendida infraganti. En este caso, será llevada ante la autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención”.*

CAPITULO III

LA FLAGRANCIA DELICTIVA EN EL DERECHO NACIONAL

1.- Fundamentos político criminales

El derecho penal como control formal de las acciones delictivas se orienta tanto a la prevención de los delitos como a sancionar a los que lo cometen, dentro de los cánones de la ley y al ser un proceso penal constitucionalizado, respeta los derechos y garantías fundamentales que la Carta magna le reconoce al imputado, en ese contexto Bazalar paz, Víctor (2017) expresa:

“El derecho penal, por un lado, busca la máxima eficacia en la prevención y castigo de los delitos, por otro lado, y al mismo tiempo, busca lograr dicha tarea respetando los derechos fundamentales y las garantías del imputado. Esta doble función produce una tensión que amenaza con romper el derecho penal en cualquier momento, y casi siempre lo hace en beneficio de la eficacia y seguridad. Esto es, que si bien, la policía y la fiscalía tienen la misión de perseguir el delito en salvaguarda del derecho fundamental a la seguridad, deben hacerlo dentro de las reglas de un Estado constitucional de derecho, que se erige como la forma lógica, racional, democrática y reglada de ejercitar la fuerza pública. De lo contrario, la institucionalización del derecho penal del enemigo, eliminando las garantías procesales como el debido proceso y el derecho a la defensa, implicaría reabrir una caja de pandora que históricamente ya ha mostrado sus consecuencias más atroces”.

La normatividad penal que se erige en aras de garantizar la seguridad de las personas es producto de la política criminal asumida por el Estado, una de esas medidas se le relaciona con la flagrancia delictiva, con la cual se le faculta a la policía intervenir y detener a una persona sin requerir mandato judicial, esta facultad se orienta a evitar la impunidad con acciones inmediatas y efectivas; al respecto Peña Cabrera, Alonso (2017) considera que su finalidad es proteger a la ciudadanía frente al delito y como

fin mediato, poner a disposición de las autoridades a los sospechosos de haber cometido un delito para viabilizar la eficacia de la investigación, al expresar:

“Con el término flagrancia se puede estar haciendo referencia a cuestiones diversas, a situaciones que incluso conforman el presupuesto de diferentes actuaciones; así, entre otras, es la circunstancia fáctica que permite una detención, el uso de armas de fuego, el ejercicio de legítima defensa o hasta la aplicación de un determinado procedimiento. Debe entenderse que esta actuación policial solo debe proceder en caso de flagrante delito, y no ante otras circunstancias. que por su naturaleza no justifican una reacción de tal intensidad. El fundamento material es la persecución de un hecho, que materialmente reviste caracteres de un delito. Los cometidos y objetivos de la flagrancia delictiva, se comprenden en el núcleo más duro de la política criminal, de proteger a la ciudadanía frente al delito y como fin mediato, poner a disposición de las autoridades (Ministerio Público), a los sospechosos de haber cometido un delito, así viabilizar la eficacia de la investigación. Sin duda, tiene vinculación con la tutela del orden público por parte de la Policía nacional, de contener los actos más lesivos para con los bienes jurídicos fundamentales, entonces de proteger estos intereses jurídicos tutelados por la norma penal, neutralizando las consecuencias perjudiciales del delito, haciendo cesar la actividad antijurídica”.

En esa línea de comentario, Araya vega, Alfredo (2016) refiere que la flagrancia delictiva busca evitar la impunidad y se orienta al éxito procesal a través de obtención de pruebas de forma inmediata, autorizando a los agentes policiales a privar de la libertad a una persona en determinados supuestos, al señalar:

“Por su propia naturaleza jurídica, la detención flagrante busca además evitar la impunidad de los delitos, el éxito investigativo mediante la ubicación de pruebas suficientes del hecho, el favorecer la persecución penal de los delitos por parte del Ministerio Público y con la participación activa de la ciudadanía en caso de requerirse en el momento por razones de urgencia. Es claro que el éxito procesal de los asuntos se logra a través de la obtención de las pruebas de manera inmediata, es por ello, que

el legislador, autoriza no sólo a los agentes policiales sino a la ciudadanía en general a sustituir a la autoridad jurisdiccional en casos de delitos en flagrancia y les habilita en determinados supuestos para privar de la libertad a una persona. De esta forma, los actos investigativos tendientes a la determinación del hecho son logrados desde el primer momento de su detención, debido a la obtención probatoria eficaz lograda a partir de la percepción directa, personal y con toda certeza”.

Para Bazalar paz, Víctor (2017) la flagrancia delictiva es un concepto adaptado a la realidad actual para evitar que el delincuente como consecuencia de su destreza o habilidad alcance u obtenga la impunidad, al comentar:

“La delincuencia contemporánea debe ser combatida y los bienes jurídicos protegidos de modo razonable, en dicho sentido, el derecho debe adecuarse a los nuevos tiempos con nuevos conceptos adaptados a la realidad actual y no facilitar premios que puedan o incentiven al delincuente a considerar que el despliegue de su habilidad para escapar ofrecerá como premio la impunidad. En dicho sentido, extender la posibilidad de la flagrancia, respecto a quien ha huido, es algo positivo para la sociedad, en tanto favorece a los intereses de la investigación del delito, que, en sentido contrario, si renunciara a la persecución, le ofrecería al sospechoso tiempo y condiciones para ponerse a buen recaudo, eliminar pruebas y presionar testigos, a partir de la convicción de que las condiciones para su impunidad le favorecen”.

Sin embargo, también existen autores que cuestionan las reformas de la política criminal que se hacen en referencia a la flagrancia delictiva, como Herrera Guerrero, Mercedes (2017) quien acota que la ampliación del concepto de flagrancia más que ser una medida preventiva son supuestos de represión de criminalidad cuya eficiencia en la práctica es cuestionable, al expresar:

“A partir de estos cambios legislativos se advierte que la política criminal que subyace a los mismos no es adecuada. El objetivo que el legislador se trazó consistía es disminuir la sensación de inseguridad ciudadana, no obstante, la prevención de delitos poco tiene que ver con este tipo de medidas. La ampliación del concepto de flagrancia que legitima

a la Policía para detener a una persona poco tiene que ver con medidas preventivas, se trata más bien de una represión de la criminalidad, cuya eficiencia es bastante cuestionable”.

2.- Etimología y conceptualización

Existe consenso en la doctrina nacional y comparada, en señalar que la palabra flagrancia proviene del término “flagar”, Chirinos Ñasco, José (2016) refiere que literalmente significa estar ardiendo; es decir, el delito flagrante es aquel que se está cometiendo o acaba de cometerse, al señalar:

“La palabra flagrancia viene del término flagar, que significa literalmente estar ardiendo; es decir, será delito flagrante aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse. Para la Real Academia 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 es aquello que se está llevando a cabo de forma actual e inmediata, sin lapso de tiempo”.

Para San Martín, César (2015) la flagrancia delictiva se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está frente a la comisión de un delito, al expresar:

“Se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito. Se trata de un hecho donde el autor es sorprendido, directamente o por el contrario es percibido de cualquier otro modo, en el momento del hecho o en circunstancias inmediatas a su perpetración, resplandeciendo sobre éste de manera ostentosa y escandalosa el hecho delictivo, circunstancia que necesariamente debe ser percibida directamente por el tercero que observa el evento delictivo, caso contrario decaería su configuración”.

Araya vega, Alfredo (2016) explica que la acción flagrante proviene del latín flagrans, flagrantis o flagrare que significa que actualmente está siendo ejecutado, y que la

acción flagrante ocurre cuando el hecho delictivo durante su comisión resplandece o enciende los sentidos de un tercero, al comentar:

“La acción flagrante parte de la etimología de flagrar, que proviene del latín flagrans, flagrantis o flagrare que significa que actualmente está siendo ejecutado, este latinajo proviene del verbo flagare que significa arder, resplandecer como fuego o llama, quemar. De modo que la acción flagrante ocurre cuando el hecho de un sujeto durante su comisión resplandece o enciende los sentidos de un tercero. Verbigracia: el sujeto es detenido con el objeto sustraído, flagra en si la comisión del hecho. De esta forma, la acción delictiva debe encontrarse ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama en el sujeto que la comete. Se trata de una detención en la que se está cometiendo el hecho de manera singularmente ostentosa o escandalosa que hace imprescindible la intervención de un tercero en el evento a efecto de cesar el delito. En virtud de esta circunstancia, veremos que para que surja un hecho flagrante se requiere además de su realización, la percepción directa e inmediata del hecho por parte de un tercero”.

En lo que respecta a su conceptualización Uriarte valiente, Luis y Farto Piay, Tomás (2007) consideran como delito flagrante cuando el delincuente es sorprendido en el acto que comprende el que se está cometiendo o se acaba de cometer:

“Considerara delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer, cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido cuando no solo está cometiendo el delito, sino también comprende al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución se mantiene o no se suspenda mientras el delincuente no se ponga fuera de inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente infraganti a quien se sorprenda inmediatamente después de cometido un delito con rastros que permiten presumir su comisión. La distinción es por tanto una cuestión de oportunidad y tiempo, dado que se refiere al momento en el cual el delito se está cometiendo”.

Araya vega, Alfredo (2016) relaciona el concepto de flagrancia delictiva con lo que en doctrina se conoce como el requisito de determinación suficiente y certera, la cual

se logra a través de la aprehensión sensorial del tercero respecto al hecho y al responsable, al describir:

“De modo clásico, la flagrancia consiste en sorprender al sujeto en el momento que comete el hecho (con las manos en la masa), sin que el responsable logre evadir la acción de la justicia. En estos casos, el hecho es flagrante o flagra, al estar siendo ejecutado o cometido en el momento, y el tercero tiene la certeza de su ejecución al encontrarse en combustión o ardiendo. Podría tratarse tal evidencia del hecho, en la ubicación del responsable en el momento del hecho, a través de la inmediación de las cualidades físicas, vestimentas, instrumentos del delito o la presencia de objetos del delito en su poder (por ejemplo, bienes de la víctima). Esta circunstancia particular de percepción directa e inmediata del hecho por parte de la víctima, un tercero o la autoridad pública, es lo que en doctrina se conoce como el requisito de determinación suficiente y certera, la cual se logra a través de la aprehensión sensorial del tercero respecto al hecho y al responsable”.

En la doctrina nacional Herrera guerrero, Mercedes (2017) resalta la importancia de la inmediatez temporal y personal al definir la flagrancia delictiva:

“La flagrancia delictiva exige las notas de inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente de intervención policial. Precisamente, lo característico de la flagrancia es descubrir al agente en el momento mismo en que realiza el hecho delictivo, sorprenderlo en el mismo lugar de ejecución del delito, o muy cerca de él, de tal modo que la actuación policial sea necesaria. El concepto de flagrancia resulta de gran importancia para delimitar el poder de la policía, pues la Constitución Política del Perú señala que este es el único supuesto por el que se puede detener a una persona sin orden judicial”.

Peña Cabrera, Alonso (2017) al definir la flagrancia delictiva resalta que se refieren a los actos ejecutivos y a la consumación, aunque con las reformas legales en algunos delitos se abarca también a los actos preparatorios, al describir:

“De forma resumida, diremos que la flagrancia propiamente dicha es aquella que faculta a los órganos policíacos, detener a una persona sin mandato judicial, cuando esta última se encuentra ejecutando el hecho punible o acaba de cometerlo, es decir, la correspondencia del instituto procesal se mide conforme las etapas del iter-criminis, que en esencia refieren a los actos ejecutivos y a la consumación; sin embargo, no olvidemos que la pluma incansable del legislador nacional, ha hecho que algunos delitos sean también penados en sus actos preparatorios”.

Villegas Paiva, Elky (2017) al comentar la flagrancia delictiva pone énfasis en los actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito, los cuales deben ser incluidos por razones de política criminal:

“Por otra parte, del concepto que nosotros hemos adoptado sobre la flagrancia se tiene que tal definición, 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 quedan abarcados por el concepto de flagrancia, pues los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia. Esto último obedece a razones de política criminal, que implican que, por ejemplo, los agentes policíacos tienen facultad y el deber de detener a quienes, habiendo ya asaltado el banco, huyen con el botín”.

Por su parte Bazalar paz, Víctor (2017) al definir la flagrancia delictiva resalta sus efectos procesales haciendo referencia al acuerdo plenario N^o 2-2016, precisando:

“En conclusión, el AP N^o 2-2016, fojas 8.a. sexto párr., establece que, si el concepto de flagrancia se utiliza, para efectos procesales, a fin de decidir un procedimiento a seguir, no hay nada que objetar a una interpretación más o menos amplia del mismo. Pero cuando lo que se pretende es fundamentar en él una excepción al contenido de un

derecho fundamental, la interpretación debe ser necesariamente restrictiva, por ejemplo, registro domiciliario, medidas cautelares”.

3.- Elementos

En la doctrina como en la jurisprudencia nacional se señalan como elementos o requisitos formales de la flagrancia delictiva a la inmediatez temporal, inmediatez personal y la necesidad urgente de intervención policial; aunque para otros autores como Araya vega, Alfredo (2016) son más explícitos y reconocen otros elementos como percepción sensorial directa, existencia del hecho punible actual y evidente, vinculación razonable del responsable con el hecho, al comentar:

“En el caso de la delincuencia en flagrancia, esta conducta delictiva ocurre cuando el sujeto es sorprendido por un tercero en el momento en que se está cometiendo (delito instantáneo), o que a través de sospechas razonables determinen que el sujeto acaba de cometerlo (delito permanente). La principal diferencia entre una flagrancia de otra que no lo sea, como lo hemos sostenido, está dada por la capacidad de ser sorprendido el sujeto en la comisión del hecho. Así, pueden existir conductas con efectos permanentes o instantáneos que podrían no estar en el supuesto flagrante; esto dependerá de la inmediatez del hecho y de la percepción sensorial del tercero. De este modo, el concepto de flagrancia debe estar compuesto por los elementos de inmediatez personal, inmediatez temporal, percepción sensorial directa con los hechos, necesidad o urgencia de intervención, hecho punible actual y evidente, constatación directa del tercero a efecto de conseguir una vinculación razonable del responsable con el hecho mediante el decomiso de objetos o instrumentos”.

3.1.- Inmediatez temporal

Bazalar paz, Víctor (2017) al referirse a este elemento lo relaciona con los cambios que se han presentado en su regulación normativa, al expresar:

“Inmediatez temporal significa: la acción delictiva se está desarrollando en el momento en que se sorprende, concepto que calza en el art. 259.1 del CPP. Por

el contrario, el art. 259.4 del CPP, establece que la inmediatez temporal significa que la acción delictiva se desarrolló hasta hace veinticuatro horas del momento en que se sorprende. El concepto de inmediatez temporal como en el momento o momentos antes o actual o inmediatamente después, cambió dramáticamente con el D. Leg. 983 del 21 de julio del 2007, que modificó el art. 259 del CPP, este establecía, que la inmediatez temporal significaba dentro de las veinticuatro horas y se reiteró con la publicación de la Ley 29569 del 25 de agosto del 2010. En consecuencia, si bien, en doctrina, hay dos formas de entender la inmediatez temporal, la primera, como la hacían las antiguas civilizaciones, y la segunda, una concepción de inmediatez temporal moderna que se corresponde con la realidad; sin embargo, la ley ha tomado posición, y actualmente, es legítima la captura del agente dentro de las veinticuatro horas de la realización del delito. El establecimiento de las 24 horas indica un límite que siempre tendrá pros y contras, sin embargo, el hecho de que el agente huya, no elimina el hecho de que posteriormente fuese descubierto con objetos, instrumentos o efectos del delito”.

La mayoría de autores como Araya vega, Alfredo (2016), Leiva Córdova, Elizabeth (2016) y De la oliva, Andrés (2007) señalan respectivamente que inmediatez temporal implica que la persona está cometiendo el delito o acaba de cometerlo, es decir existe coetaneidad con el delito:

“La inmediatez temporal ocurre cuando la aprehensión del sujeto se produce en un tiempo inmediato o marco temporal de coetaneidad al delito. El elemento central lo constituye el tiempo en que se comete del delito. Se refiere a lo que se hace o acaba de hacer. Está relacionado e íntimamente ligada a la evidencia. Para la determinación de una detención flagrante debemos distinguir los conceptos de ostensibilidad y la sospechabilidad delictual. La ostensibilidad (flagrancia clásica) se presenta cuando la detención flagrante parte de la inmediatez próxima al delito, es decir, se vincula al sujeto por acabar de cometer el hecho, existe evidencia directa de su comisión a través de su detención. La

sospechabilidad (cuasiflagrancia y flagrancia presunta) ocurre cuando no es ostensible la detención ni es coetánea al evento, sino que se vincula al imputado con el hecho a partir del hallazgo de evidencias del delito (objetos procedentes del delito que permitan su vinculación con el hecho objetos, señales, vestigios, vestimentas, marcas individualizantes o instrumentos empleados para cometerlo entre otros)”.

“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”.

“Lo constituye por ende el tiempo en que se comete el delito, hace referencia a lo que se hace o acaba de hacer, lo cual está relacionado e íntimamente ligada a la evidencia. En los supuestos de flagrancia clásica (el sujeto es aprehendido cuando está cometiendo el hecho) cuasiflagrancia (instantes inmediatos posteriores al mismo luego de la persecución) o flagrancia presunta (siendo vinculado en ese momento en relación al objeto o a los instrumentos del delito), la ley autoriza a cualquier persona a practicar la aprehensión del agente en tanto a través de sus sentidos lo haya descubierto. Por esto, el sorprendimiento del sujeto puede ser realizado durante o inmediatamente después de perpetrar el delito, por cuanto no importa la parte de la ejecución del acto delictivo en que se encuentre, ya que basta que se trate sólo una parte de ésta para que se configure”.

Por su parte Martínez-Pujalte, Antonio (1997) señala que la persecución del responsable puede perdurar indefinidamente hasta lograr su aprehensión:

“Establece que una vez iniciada la persecución del responsable inmediatamente después de acaecido el hecho, esta puede perdurar indefinidamente hasta lograr su detención o aprehensión, siempre y cuando no se interrumpa, es decir se dé un apaciguamiento. A este concepto de apaciguamiento la doctrina lo refiere como la acción de renunciar al seguimiento y ubicación”.

3.2.- Inmediatez personal

La doctrina es unánime al señalar que la inmediatez personal significa que el responsable se encuentra en el lugar de los hechos en el momento de la comisión del delito y se vincula directamente con los objetos o instrumentos empleados; en ese sentido De la oliva, Andrés (2007) acota:

“En la detención flagrante debe existir un vínculo fáctico entre el sujeto y el delito, lo cual podría ser referida como: sujeto vs hecho delictivo (detención en el momento del hecho o inmediatamente después); sujeto vs objeto-instrumento (detención con objetos o instrumentos); sujeto vs sujeto (inmediatamente después siendo reconocido). A este presupuesto de inmediatez personal en doctrina también se conoce como vinculación fáctica, entendida como la presencia física del justiciable en el hecho”.

Para Bazalar paz, Víctor (2017) y Villegas Paiva, Elky (2017) el responsable es encontrado en el lugar de los hechos en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, vestigios, etc.), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva, al expresar respectivamente:

“Establece la doctrina legal contenida en el AP N^o 2-2016. f.j. 8.a. segundo párr., que la segunda nota sustantiva que distingue la flagrancia es la inmediatez personal. El AP indica que la inmediatez personal, significa {que} el delincuente es encontrado en el lugar de los hechos. en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos. efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. En doctrina, hay dos formas de entender la inmediatez personal: la primera, que incluye solo a la clásica y a la cuasiflagrancia, y la segunda, que además comprende a la flagrancia por reconocimiento humano directo, a la flagrancia por medios tecnológicos (virtual) y a la presunta”.

“Que la inmediatez personal, significa que el presunto autor se encuentra en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del ilícito y se vincula al

objeto o a los instrumentos del delito, de modo que ello ofrecería una evidente demostración de su participación en el evento delictivo. Con respecto a la inmediatez personal, esta no supone ni implica que basta el solo haber estado físicamente por el lugar de los hechos, es decir la simple cercanía al lugar donde acontece un delito no es por si misma elemento objetivo que configure la situación de flagrancia delictiva, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas al interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia, sino que, por el contrario, tienen que aparecer otros elementos que relacionen a la persona con aquel suceso delictivo, por lo que no se debe detener por simples sospechas para luego investigar y que, en un caso así, ni la presencia del Ministerio Público convalidaría el acto de detención”.

Para Araya vega, Alfredo (2016) ocurre cuando el responsable es habido en la escena delictiva o en sus inmediaciones de modo que se infiera su participación en el delito, al señalar:

“La inmediatez personal o espacial ocurre cuando el sujeto autor del hecho sea habido en la escena delictiva, en sus inmediaciones o sea perseguido, en situación en que se infiera su participación en el delito como es el caso de ser encontrado con objetos, huellas o rastros que revelen que acaba de cometer el hecho. De modo necesario, la persecución del sorprendido en flagrancia debe haberse iniciado inmediatamente después del descubrimiento de la comisión del delito, estando el sospechoso aún en las proximidades del evento dañoso, de modo que a través de los sentidos el tercero logre vincularlo en relación con los objetos o instrumentos del delito. En los casos de cuasiflagrancia y flagrancia presunta, hemos sostenido que resulta imprescindible que el tercero a través de sus sentidos logre vincular de modo suficiente y directo al sujeto y el objeto o los instrumentos del delito. De este modo, en la detención flagrante debe existir un vínculo fáctico entre el sujeto y el delito, la cual podría ser referida en estos supuestos: sujeto vs hecho delictivo (detención en el momento del hecho o inmediatamente después), sujeto vs objeto-instrumento (detención con objetos

o instrumentos), sujeto vs sujeto (inmediatamente después siendo reconocido). A este presupuesto de inmediatez personal en doctrina también se conoce como vinculación fáctica, entendida como la presencia física del justiciable en el hecho”.

3.3.- Necesidad urgente de intervención policial

El tercer elemento hace referencia a la necesidad urgente de intervención policial que en palabras de Araya vega, Alfredo (2016) y San Martín, César (2015) constituye un medio eficaz para la protección de bienes jurídicos y evitar que eluda la justicia, al comentar respectivamente:

“En la detención por actuar delictivo flagrante y en supuestos de flagrancia delictiva aparente, la ley permite en determinados supuestos de hecho ceder a las garantías bases de los ciudadanos, orden judicial, ante la existencia de circunstancias tales que hacen necesaria, proporcional y racional la reacción estatal y civil y en este tanto autorizar la aprehensión del sujeto sin orden judicial previa. En esos casos de flagrancia delictiva, el tercero debe a través de sus sentidos y forma inmediata (personal y temporal), vincular al sujeto con un hecho delictivo, de modo que se autoriza su intervención sin autorización u orden jurisdiccional previa. Esta potestad es dada con la finalidad de impedir que prosiga la lesión a los bienes jurídicos de la persona afectada o que se impida al responsable lograr su huida y con ello abstraerse de la acción de la justicia”.

“Debido a la necesidad de intervenir urgentemente, no se requerirá una orden judicial previa para detener que se siga ejecutando el hecho punible. La necesidad de intervenir urgente se fundamenta en la posibilidad de que, al esperar la orden judicial para la detención del agente, este puede sustraerse de la acción de la justicia y vulnerar el bien jurídico de los agraviados”.

Para otros autores como Bazalar paz, Víctor (2017) y Leiva Córdova, Elizabeth (2016) este tercer elemento de la necesidad urgente de intervención policial, lo

relacionan con la imposibilidad de obtener una orden judicial previa que les autorice detener a un presunto responsable, señalando respectivamente:

“Que una persona sea privada de su libertad ambulatoria por un agente policial, únicamente, es legítimo, porque dicha persona estaría o habría cometido un delito, y no es razonable exigirle al policía una orden judicial previa para que recién lo detenga. pues, si el policía no realiza la detención se corre el riesgo de que se concrete el delito que se pretende evitar o que ya concretado el imputado pueda darse a la fuga desapareciendo las pruebas del evento. El peligro en la demora determina el carácter de urgencia de la medida, pues de tratarse de asuntos normales. que pueden esperar, la medida cautelar no se justificaría”.

“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”.

4.- Requisitos o supuestos fácticos

4.1.- Fumus commissi delicti

Este requisito tiene que ver con la apariencia del buen derecho que comprende la apariencia de la comisión del ilícito penal y la apariencia del presunto autor o responsable, al respecto Bazalar paz, Víctor (2017) manifiesta:

“La apariencia del buen derecho o fumus bonis iuris, en el derecho procesal penal, lo constituye el fumus commissi delicti o apariencia de la comisión de un delito y de su responsable. La apariencia de la comisión de un delito, significa que, preliminarmente deben existir razones objetivas suficientes que indiquen que en el mundo real se ha cometido un delito y que una persona concreta sería la responsable, entonces, este primer requisito, tiene naturaleza sustantiva. El AP N: 2-2016, en su foja: 8.a, segundo párr., establece que, entre las notas

adjetivas que distinguen la flagrancia se tiene a la percepción directa y efectiva que es lo mismo que inmediatez temporal y personal en la percepción del delito”.

Araya vega, Alfredo (2016) y Moreno Catena, Vicente et al (2005) relacionan el requisito de *fumus comissi delicti* con la atribución de un delito que se le hace al presunto responsable mediando de por medio una vinculación directa que se explica con la concurrencia de la inmediatez temporal y personal, al señalar respectivamente:

*“El principio *fumus comissi delicti* o también conocido como atribución de un delito, parte del hecho que, de forma previa, razonada e indiscutible, un tercero impute a un sujeto la comisión de un hecho delictivo; lograda tal imputación, la ley autoriza al tercero para la aprehensión del responsable sin orden judicial previa. Desde nuestra consideración, se trata de aquel supuesto fáctico en el cual para poder detener a un sujeto es imprescindible que exista una vinculación previa, directa e inmediata del hecho mediante el sorprendimiento de su acción flagrante. Se trata pues, de una percepción sensorial directa e inmediata personal y temporal por un tercero de la comisión del delito. Por esto, para la atribución del hecho se requiere, por un lado, la percepción sensorial directa y por otro la inmediatez del hecho. En resumen, para una detención flagrante se requiere la existencia de percepción sensorial directa e inmediata del tercero de la comisión del hecho delictivo o bien en parte de la fase de ejecución del *iter criminis*, hasta lograrse su aprehensión. En caso que el delito ya se haya consumado se requiere que de forma evidente se de una conexión material, directa e inmediata (huellas, instrumentos u otros) entre la comisión del suceso y el sujeto vinculado con el hecho delictivo”.*

“Que se trata de aquel supuesto fáctico en el cual para poder detener a un sujeto es imprescindible que exista vinculación previa, directa e inmediata del hecho punible mediante el sorprendimiento de su acción flagrante. Se trata pues, de

una percepción sensorial directa e inmediata, personal y temporal por un tercero de la comisión del delito. Por esto, para la atribución del hecho se requiere, por un lado, la percepción sensorial directa y por otro la inmediatez de hecho”.

4.2.- Periculum libertatis

Este requisito en palabras de Araya vega, Alfredo (2016) y Martínez-Pujalte, Antonio (1997) se relaciona con la necesidad de intervención de la policía nacional ante la comisión de un delito flagrante, pero resaltan que la intervención y detención debe realizarse dentro de los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad, al señalar respectivamente:

“Este concepto parte de la necesidad de intervención. Ante el descubrimiento de la delincuencia in flagrantis, es posible encontramos ante una urgencia de aprehensión del responsable, a efecto de hacer cesar la acción delictiva, frustrar la huida, evitar el ocultamiento o impunidad y el descubrimiento del hecho. Siendo la detención flagrante una excepción constitucional al principio pro libertatis, se requiere para su aplicación que se funde en los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. Es decir, debe ser realizada para alcanzar el objetivo constitucionalmente establecido (evitar que prosiga el hecho delictivo y someter al justiciable al proceso), tratarse de una medida necesaria (sólo en los casos señalados), ejecutarse por los medios adecuados y menos gravosos (no medios excesivos o innecesarios) y por el tiempo estrictamente necesario (entrega a la autoridad pública de inmediato). Por esto, las detenciones realizadas por parte de civiles, terceros o sujetos particulares, requieren del principio periculum para legitimar la aprehensión, es decir, fundarse en una necesidad de intervención”.

“Que la aprehensión debe ser realizada acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad para alcanzar el objetivo constitucionalmente establecido como es el evitar que prosiga el hecho delictivo y someter al sujeto

agente al proceso, debe tratarse de una medida necesaria sólo en los casos señalados, ejecutarse por los medios más adecuados y menos gravosos y el tiempo estrictamente necesario”

Por su parte Bazalar paz, Víctor (2017) al explicar el requisito de Periculum libertatis, lo aborda desde una perspectiva procesal, al consignar:

“En dicho sentido, la detención policial en caso de flagrancia tiene un fundamento procesal doble. Primero. en la necesaria intervención de la autoridad policial para terminar con la realización del delito, que es una situación anómala, porque está produciendo un daño social que debe terminar inmediatamente o porque es posible conseguir que el mal se corte y no vaya en aumento. El segundo fundamento procesal, es el aseguramiento provisional del presunto responsable de un ilícito penal, a efectos de impedir 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”.

5.- Clasificación

En la doctrina se identifica claramente como modalidades o clases de flagrancia a la flagrancia clásica, la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta, así citamos a Araya vega, Alfredo (2016) y Meneses Gonzales, Bonifacio et al (2016) quienes expresa de manera respectiva lo siguiente:

“La mayoría de ordenamientos procesales, bases del código tipo para Latinoamérica de Maier, estableció una definición procesal de flagrancia amplificada, de modo que contiene dentro de sus presupuestos: la flagrancia clásica (flagrancia propiamente dicha o en sentido estricto) así como los casos de cuasiflagrancia y flagrancia presunta; debiendo en estos casos incluirse para su determinación una inmediatez personal en la primera, y una proximidad temporal y espacial entre la aprehensión del imputado y la ejecución del delito en la segunda y tercera”.

“La doctrina procesal y la jurisprudencia han establecido tres tipos de detención en flagrancia, que en palabras de Ore Guardia, varían según el alejamiento temporal que existe entre la conducta delictuosa y la aprehensión de su autor. En este orden de ideas, los tipos de flagrancia se van a determinar de acuerdo al análisis de los requisitos de inmediatez temporal e inmediatez personal de la detención en flagrancia para cada caso en concreto. Asimismo, los tipos de flagrancia de acuerdo con la doctrina procesal y la jurisprudencia, distinguen tres modalidades: flagrancia tradicional o estricta, cuasi flagrancia y flagrancia presunta.

Para Bazalar paz, Víctor (2017) al explicar la clasificación de la flagrancia delictiva refiere que además de la flagrancia clásica, y como consecuencia de la evolución debe también considerarse a la flagrancia presunta y la flagrancia por reconocimiento que puede ser directo o virtual, al expresar:

“En doctrina, hay dos formas de entender la flagrancia. La primera, como la hacían las antiguas civilizaciones, que es la que básicamente hemos heredado. La segunda, una concepción evolucionada que se corresponde con la realidad, que comprende a la flagrancia presunta y a la flagrancia por reconocimiento (directo y virtual), que constituyen, los modernos supuestos de flagrancia, que permiten la captura del agente dentro de las 24 horas de la realización del delito. Entonces, no es jurídicamente posible excluir de plano a la flagrancia presunta y a la flagrancia por reconocimiento, siempre que, el proceso penal se rige por el principio de legalidad, y si bien, hay diferentes posiciones sobre la flagrancia, nuestro artículo 259 no hace distinción alguno, por tanto, la flagrancia presunta y a la flagrancia por reconocimiento son verdaderos tipos de flagrancia”.

5.1.- Flagrancia clásica

Para autores como Chirinos Ñasco, José (2016) y Villegas Paiva, Elky (2017), la flagrancia clásica o estricta es cuando el autor es encontrado realizando los actos de ejecución delictiva, es decir con las manos en la masa:

“Se produce cuando el hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto, es lo que comúnmente se conoce como, con las manos en la masa. El requisito de sorprender al delincuente no exige su asombro o sobresalto, se trata de que sea descubierta su acción delictiva en fase de ejecución o inmediatamente después de esta. El descubrimiento ha de producirse precisamente mediante la percepción sensorial del hecho por parte del sujeto que dispone la detención, es decir, este ha de tener conocimiento del hecho a través de sus sentidos lo que se efectúa normalmente mediante la vista, a este precepto doctrinario se le debe interpretar con el inciso 1 del artículo 259º del Código Procesal Penal”.

“El concepto de flagrancia propiamente dicha para efectos del CPP de 2004 es el que hemos anotado al principio de este apartado, esto es encontrar al justiciable realizando actos de ejecución propios del delito. En una expresión coloquial se puede decir que al presunto delincuente se le encuentra “con las manos en la masa”. Este concepto se corresponde con el inciso 1 del artículo 259 del citado código, que prescribe: El agente es descubierto en la realización del hecho punible”.

Otros autores como Araya vega, Alfredo (2016), Peña Cabrera, Alonso (2017) y Meneses Gonzales, Bonifacio et al (2016) dan una explicación más concreta cuando relacionan el concepto de flagrancia clásica con la fase externa del iter criminis que comprende la etapa de ejecución y de consumación, al expresar respectivamente:

“Es también conocida como flagrancia real, estricta, en sentido estricto (stricto sensu), o propiamente dicha. Luce referencia al descubrimiento del autor en el momento de la comisión de los hechos. Es decir, acontece cuando se acaba de cometer un delito y el responsable es percibido por un tercero en su comisión. En esta fórmula tradicional, el sujeto es sorprendido y detenido en el momento que ejecuta o consume el delito, es decir una vez que ha iniciado la fase externa

consumativa del iter criminis. En estos casos de flagrancia, debe recordarse que se autoriza al tercero a lograr la aprehensión del responsable, facultad inspirada en la obligación que tienen los particulares de auxiliar a la autoridad pública en el combate de la delincuencia y en hacer valer sus derechos de víctima, siempre y cuando resulte proporcionada la acción a partir del supuesto de hecho en que ocurre, para cumplir con los fines político sociales de justicia y lograr la detención del responsable junto con la obtención de los elementos probatorios necesarios para su juzgamiento”.

“De forma resumida, diremos que la flagrancia propiamente dicha es aquella que faculta a los órganos policíacos detener a una persona sin mandato judicial, cuando esta última se encuentra ejecutando el hecho punible o acaba de cometerlo, es decir, la correspondencia del instituto procesal se mide conforme las etapas del iter-criminis, que en esencia refieren a los actos ejecutivos y a la consumación; sin embargo, no olvidemos que la pluma incansable del legislador nacional, ha hecho que algunos delitos sean también penados en sus actos preparatorios”.

“El hallazgo del agente de un ilícito penal en circunstancias que configuran flagrancia supone que aquel ha superado con su actuación las fases internas del iter criminis y, por ende, que ya ha iniciado la fase ejecutiva o externa del delito, esto es, que está en plena ejecución o a punto de consumir el hecho delictivo. En este caso de flagrancia resulta definitiva que el agente policial perciba el hecho ilícito y al agente”.

5.2.- Cuasi flagrancia

Para Araya vega, Alfredo (2016) la quasi flagrancia se presenta cuando el agente es descubierto por un tercero durante la ejecución o consumación del hecho delictivo, al comentar:

“También conocida como flagrancia material. En ellas el agente es descubierto por un tercero durante la ejecución o consumación del hecho delictivo y a través de la persecución inmediata se logra su aprehensión. En este supuesto procesal

están presentes los siguientes elementos: La inmediatez personal y temporal (El autor es percibido, perseguido y detenido, luego de realizar el hecho delictivo), percepción sensorial directa (por la víctima, terceros o agentes policiales), persecución inmediata y sin interrupción (luego del hecho el sospechoso huye y es perseguido de manera inmediata y sin interrupción, es decir, no cesó la acción de aprehensión; también es posible que se trate de una persecución sucesiva, cuando un sujeto persigue y al no poder detener al responsable pide a otro que continúe la persecución y logre su aprehensión, en este caso se trataría de una percepción indirecta del hecho según las circunstancias). La diferencia entre la flagrancia clásica y la cuasiflagrancia, se centra en que en la primera el perpetrador es detenido por quien lo percibió directamente en el hecho, mientras que en la segunda el sujeto es detenido luego de una huida sea por el tercero o cualquier otro que tenga una percepción directa o indirecta del hecho”.

Sin embargo, mayoritariamente en la doctrina, existen autores como Chirinos Ñasco, José (2016), Meneses Gonzales, Bonifacio et al (2016), Peña Cabrera, Alonso (2017) y Villegas Paiva, Elky (2017) para quienes la cuasi flagrancia se le relaciona con la persecución y captura del autor inmediatamente después de haber cometido el hecho delictivo, al expresar respectivamente:

“Se produce cuando el autor es perseguido y capturado inmediatamente después de haber cometido el hecho punible. Un ejemplo gráfico, es el caso de quien arrebató una cartera a una dama y emprende la fuga, iniciándose inmediatamente la persecución por la Policía o incluso por la propia víctima, siendo aprehendido; bajo este precepto debe interpretarse con el inciso 2 del artículo 259° del Código Procesal Penal”.

“Para la configuración de la cuasi flagrancia se debe realizar la detención cuando el autor o agente es perseguido y capturado inmediatamente después de haber cometido el hecho punible. En este caso se cumple el requisito de inmediatez personal, al ser descubierto el agente perpetrando el hecho punible, ya sea por

la víctima, por terceros o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, de acuerdo a lo establecido por el inciso 3 del artículo 259 del CPP y ser perseguido posteriormente. De igual manera se cumple el requisito de inmediatez temporal, al detener al autor inmediatamente después de la comisión de la conducta ilícita”.

“Importa una situación que toma lugar una vez que el agente perpetró el delito, es decir. Una vez que lesionó, que dio muerte a su víctima, que dañó la propiedad pública y/o privada, toma la huida a fin de no ser aprehendido. Significarían actos posteriores a la efectiva consumación del injusto penal, pero que en ciertas figuras del injusto penal pueden ser reputadas como el trayecto de la ejecución a la materialidad del delito, como sucede en ciertos delitos patrimoniales como el hurto y el robo”.

“Por otro lado, la cuasiflagrancia se presenta cuando el sospechoso inmediatamente después de realizar el hecho ilícito, emprende la huida y es detenido, En otras palabras, una persona por encontrarse aun dentro de los alcances de la flagrancia puede ser detenida aun después que ejecuto o consumo la conducta delictiva, pero siempre y cuando no le hayan perdido de vista y sea perseguido desde la realización del hecho delictivo. Este concepto halla asidero en el inciso 2 del artículo del CPP de 2004, cuando se establece que el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto”.

5.3.- Flagrancia presunta

La flagrancia presunta o ficta es cuestionando por permitir la detención cuando no existe inmediatez temporal, personal y menos vinculación con los objetos o instrumentos del delito, al respecto Herrera Guerrero, Mercedes (2017) acota:

“En los casos de flagrancia presunta no hay inmediatez temporal ni personal. Esto supone un reto para que el Fiscal, quien debe reunir los elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito, a fin de tener una causa probable. Pero incluso aunque concurra flagrancia en sentido estricto o cuasiflagrancia, lo determinante es verificar en cada caso concreto, si el fiscal

cuenta con una probabilidad alta a) de la realización del hecho delictivo, b) de la participación del imputado en el delito”.

De manera distinta opina Bazalar paz, Víctor (2017) para quien en la flagrancia presunta si existe inmediatez temporal ya que la norma prescribe, que una persona es encontrada dentro de las 24 horas de realizado el delito con objetos, instrumentos y efectos del mismo, al expresar:

“La detención policial por flagrancia delictiva por flagrancia presunta es una institución del derecho procesal penal que tiene la naturaleza de una medida cautelar personal pre jurisdiccional, y que, en palabras sencillas, consiste en que un policía detiene a una persona, a pesar que, no existe mandato judicial, siendo el único fundamento de la detención, que dicha persona, es encontrada dentro de las 24 horas de realizado el delito con objetos, instrumentos y efectos del mismo. Por este dato objetivo y con el fin de recabar los suficientes elementos de convicción de cargo o de descargo, y, finalmente, para que el agente, de ser el caso, reciba eficazmente la pena que le corresponde, logrando su resocialización en su propio bien y en el de la sociedad, es que preventivamente permanecerá encerrado durante 48 de investigación, de conformidad, con el modificado art. 2.24.f de la Constitución”.

Con respecto a su conceptualización, la doctrina lo relaciona con la existencia de indicios razonables que permitan inferir que el sujeto es el autor del delito, así citamos a Chirinos Ñasco, José (2016), Araya vega, Alfredo (2016), Peña Cabrera, Alonso (2017) y Villegas Paiva, Elky (2017) quienes expresan:

“Es llamada también flagrancia presunta o ficta, se presenta cuando el autor es sorprendido con los objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo, es decir, es hallado con indicios razonables que permite colegir que el sujeto es autor delito, para el presente caso, no es hallado en el lugar de los hechos flagrancia propiamente dicha ni tampoco ha sido perseguido inmediatamente después de la consumación de los hechos cuasi flagrancia sino, se le encuentra

con objetos que hacen presumir la comisión de un delito, como se puede ver que se trata de una ficción de la ley para poder detener a una persona que no está comprendida en el supuesto de flagrancia, a fin de evitar que quede impune el delito. Este abarca a lo establecido en los incisos 3 y 4 del artículo 259º; un ejemplo es si se realiza un delictivo en una vía pública, el cual ha sido grabado por una video cámara de seguridad y en las horas 23 de los hechos, el sujeto activo es detenido por el personal policial, nos encontramos dentro de este presupuesto; ahora bien, esta detención debe interpretarse que se corre a partir de la detención del sujeto activo, más no se debe computar desde la comisión del evento delictivo”.

“Uno de los presupuestos procesales de detención flagrante más delicados sin duda es la flagrancia presunta, también conocida como flagrancia evidencial, diferida, virtual o ex post ipso. En ella se parte de las presunciones para su determinación, se equipará al sujeto base. El perpetrador no es sorprendido en ninguna fase del iter criminis (ni ejecución ni consumación), es decir no se le sorprende ni ejecutando ni consumando el hecho, tampoco es perseguido luego de su comisión. Sólo existen indicios razonables que harían suponerlo autor del hecho. Este supuesto coincide con la determinación normativa del supuesto en el tiempo inmediato a la comisión del delito el sujeto fuere encontrado el sujeto con rastros, señales, armas o instrumentos utilizados en la comisión del hecho; o señalado por las víctimas o por testigos presenciales como el autor del delito. Los elementos presentes en esta delincuencia son: inmediatez personal (hallazgo del responsable), percepción sensorial directa de materialidad (podría tratarse de los instrumentos, objetos, rastros, huellas, vestimentas o cualquier medio que permita relacionar al sujeto con el hecho), inmediatez temporal (existe un vacío normativo que debe ser llenado por el operador jurídico al establecerse el "acaba de cometerlo") y aprehensión del responsable de forma próxima en el tiempo y de manera material al evento”.

“No siendo el agente capturado en el decurso de la realización típica o ni bien haberlo cometido, se hace alusión a un acto de identificación del agente, sea por el sujeto pasivo de la acción o por un tercero (testigo). El perpetrador, no es sorprendido en ninguna fase del iter criminis (ni ejecución, ni consumación); es decir, no se le sorprende ni ejecutando ni consumando el hecho, tampoco es perseguido luego de su comisión. Solo existen indicios razonables que harían suponerlo autor del hecho. Se sale notoriamente del sustento material del delito flagrante, en lo concerniente a la temporalidad delictiva, esto es, el decurso de la realización típica, para ingresar a otros planos de valoración, sostenidos en la percepción, en la visualización que puedan dar indicativos valederos de que una persona acaba de cometer un hecho punible. Esta fórmula constituye en sí una presunción legal de flagrancia en atención a la identificación del agente, lo que hace viable la detención de la persona, no en el momento que comete el delito, sino luego de haber sido identificado por los medios ya indicados y siempre que la captura se realice dentro de las 24 horas siguientes”.

“Finalmente, la flagrancia presunta o ficta, se da cuando solo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito. Referida al individuo que no ha sido sorprendido ejecutando o consumado el hecho delictivo, y menos aún ha sido perseguido luego de cometer el ilícito, sino más bien ha sido perseguido luego de cometer el ilícito, sino más bien que a dicho sujeto se le encuentra con objetos que hacen presumir la comisión de un delito. Como se aprecia solo existe datos que hacen factible evidenciar que la persona es el sujeto activo de la acción, por lo tanto, desde esta perspectiva, al encontrarle en su poder el objeto robado o el arma usada para la consumación del hecho delictivo, implica una presunción de flagrancia. En tal sentido realmente no es una flagrancia, sino que se trata de una ficción de la ley para poder detener a una persona que no está comprendida en el supuesto de flagrancia, a fin de evitar que quede impune el delito, Este abarca a lo establecido en los incisos 3 y 4 del artículo 259 del CPP de 2004”.

5.4.- Flagrancia de reconocimiento o virtual

La flagrancia de reconocimiento es una modalidad de la flagrancia presunta que puede ser de manera directa es decir la persona es identificada o sindicada por el testigo por haberlo visto cometer el hecho delictiva, en cambio en la virtual no existe una tercera persona, la vinculación con el acto delictivo se realiza mediante medios digitales o informáticos, en ese sentido Araya vega, Alfredo (2016) refiere:

“La denominación de virtual responde a que la vinculación del sujeto con el evento delictivo acontece a partir de los registros digitales presentes en zonas públicas o establecimientos privados (videos, imágenes, etc.) de modo que su aprehensión inmediata se logra desde la observación del suceso por un tercero a través del medio tecnológico. En estos casos se requiere que la detención sea inmediata al evento delictivo, rechazándose las acciones investigativas posteriores realizadas para la determinación del responsable. Verbigracia, el responsable es percibido por el dependiente a través de los controles de cámaras de video de un establecimiento comercial hurtando bienes, o el caso los agentes de policía que aprovechando que existen cámaras de video en lugares públicos ubican a un oficial en un centro de vigilancia virtual y observan la realización flagrante del delito. En estos casos, se requiere que la detención del responsable sea inmediata temporal y personalmente, es decir que el tercero que la realice reciba la información del evento por parte de la persona que maneja el sistema virtual de seguimiento al responsable a través de ese medio tecnológico”.

6.- El delito flagrante en la legislación comparada

6.1.-Legislación chilena

El Código procesal penal chileno del 2004, regula la flagrancia delictiva en su artículo 130 al prescribir:

“Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

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

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

6.2.- Legislación boliviana

La constitución boliviana del 2009 regula la flagrancia delictiva en su artículo 23 numeral iv al prescribir:

“Artículo 23

IV.- Toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento. El único objeto de la aprehensión será su conducción ante autoridad judicial competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas”.

En el Código de procedimiento penal Ley N° 1970 del 25 de marzo de 1999, la flagrancia delictiva lo ubicamos en los artículos 227 y 230 que prescriben:

“Artículo 227º.- (Aprehensión por la policía). La Policía Nacional podrá aprehender a toda persona en los siguientes casos:

1. Cuando haya sido sorprendida en flagrancia;
2. En cumplimiento de mandamiento de aprehensión librado por juez o tribunal competente;
3. En cumplimiento de una orden emanada del fiscal, y,
4. Cuando se haya fugado estando legalmente detenida.

La autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona deberá comunicar y ponerla a disposición de la Fiscalía en el plazo máximo de ocho horas”.

“Artículo 230º.- (Flagrancia). Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de intentarlo, de cometerlo o inmediatamente después mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o los testigos presenciales del hecho”.

6.3.- Legislación colombiana

El Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley N° 906, vigente desde el 31 de agosto del 2004, en su artículo 2 y 301 regula la Flagrancia delictiva:

“ARTÍCULO 2º. LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado

deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”.

“Artículo 301: Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando

- 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.*
- 2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución y voces de auxilio de quien presencie el hecho.*
- 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él”.*

6.4.- Legislación ecuatoriana

El Código de procedimiento penal de Ecuador vigente desde el 13 enero del 2000 regula la flagrancia delictiva en sus artículos 161 y 162 que prescriben:

Art. 161.- Detención por delito flagrante. - Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial. El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías penales, e informará de este hecho inmediatamente al fiscal. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención. Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite”.

“Art. 162.- Delito flagrante. - Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención”.

6.5.- Legislación venezolana

El código orgánico procesal penal de Venezuela vigente del 14 de noviembre del 2001, dedica un capítulo exclusivo denominado “De la aprehensión por flagrancia” cuyo artículo único prescribe lo siguiente:

“Artículo 248. Definición.

Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado”.

CAPITULO IV

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 30558 A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1.- Contexto socio-jurídico de la ley N^a 30558

A tenor de la Constitución política y el código procesal penal, la Policía Nacional está facultada para efectuar la detención de una persona en el caso de que exista flagrancia delictiva, cuya finalidad es garantizar la realización de todas las diligencias necesarias para la aplicación de ser el caso del poder coercitivo del Estado.

El delito flagrante a nivel constitucional lo ubicamos en el artículo 2, inciso 24 literal f, de la Constitución Política que hasta antes de la reforma prescribía que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia; posteriormente con la reforma dada por la ley N^a 30558 en mayo del 2017 el plazo de detención policial es modificado y ampliado, estableciendo que la detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Del análisis de la modificación normativa se observa que el legislador ha agregado determinados supuestos que implican una valoración jurídica, como es el tiempo estrictamente necesario y plazo máximo; asimismo se ha modificado el plazo de detención hasta 48 horas, estos cambios dados en la norma constitucional no condicen con el test de proporcionalidad desarrollado de forma reiterada por el Tribunal Constitucional en los expedientes N^a 1875-2004-AA/TC; N^a 649-2002-AA/TC; M^a 1277-2003-HC/TC, pero en extenso se ubica en el expediente N^a 00045-2004-PI/TC donde explica claramente que el test de proporcionalidad para

examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden la determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad, de necesidad y el de proporcionalidad propiamente dicho; al respecto Bernal pulido, Carlos (2007) acota:

“Que con el principio de proporcionalidad se fijaría el componente de justicia en los actos y normas del poder estatal, mediante el cual se buscaría garantizar al individuo la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de la optimización de los derechos fundamentales. Se entiende entonces que este principio o test de proporcionalidad está integrado por dos tres sub principios como el de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad que sirven de parámetro para examinar la constitucionalidad de las normas en los derechos fundamentales”.

Asimismo, tampoco guarda relación sistemática con lo normado por la Convención Americana de Derechos Humanos y la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resaltan que en un Estado Constitucional de Derecho es un pilar fundamental una correcta como justa administración de justicia, para lo cual es necesario legislar sin dar la espalda a la realidad social y evitar el incurrir en limitaciones, yerros y vulneraciones mencionadas.

Este panorama queda evidenciado al comparar la realidad técnico-jurídica (norma) con la sociedad (realidad social y judicial), para darnos cuenta que ésta se ha visto desbordada, ya que si bien el derecho a la libertad personal no es absoluto por consiguiente puede ser limitado en atención a determinadas supuestos de política criminal siempre que sea de observancia obligatoria el test de proporcionalidad; lo cual, desde la postura de la autora de la investigación, ello no ha ocurrido; *en primer lugar*, al haberse modificado anteriormente los supuestos de flagrancia delictiva en el código procesal penal, se faculta al a policía nacional el detener a una persona por solo indicios razonables (presunción de flagrancia) y la mayoría de autores

coinciden que en este supuesto no existe flagrancia por lo que someterlo a un exceso de detención vulneraría sus derechos ya que en este caso hablamos de presunción de inocencia aunado a la libertad personal; *en segundo lugar*, se cuestiona el término plazo estrictamente necesario y plazo máximo, ya que ello implica una valoración y la experiencia judicial demuestra los errores y excesos que cometen tanto los miembros de la policía como los operadores jurisdiccionales, en detrimento de los derechos fundamentales de la persona, ya que nunca son puestos a disposición en el plazo señalado, sobre todo en lo que atañe al término de la distancia; *en tercer lugar*, la ampliación de 24 a 48 horas no cambia nada ya que si existe flagrancia, no habría razones para dilatar las investigaciones del ministerio público y por ende ponerlo a disposición del juez de la investigación, lo único que se buscaría más bien es dar más tiempo a los operadores de justicia para realizar los actos que tranquilamente lo pueden realizar en 24 horas; por lo que sería necesario evaluar esta reforma constitucional a la luz del test de proporcionalidad y plantear su inconstitucionalidad.

2.- La inconstitucionalidad de la ley N^o 30558

2.1.- Contraviene el Estado Constitucional de Derecho

Al respecto Guevara Vásquez, Iván (2018) señala que el Estado legal de derecho se habría afirmado por encima del Estado constitucional de derecho, para beneplácito de formas de pensar positivistas, y en perjuicio del desarrollo mismo del nuevo modelo de Estado de derecho, al expresar:

“Si el límite es infranqueable hacia abajo, también lo es hacia arriba, pues tampoco se puede ampliar el plazo de 24 horas, en una línea principista, pues ello supondría instaurar un régimen de cierta desprotección del ser humano, en condiciones normales o de regularidad, considerando que, por factores de

seguridad ciudadana, se amplía el plazo de detención policial, debido al incremento del crimen y al desarrollo de las organizaciones delictivas. La ampliación del régimen regular de detención preliminar y policial de 24 a 48 horas pone, hasta cierto punto pone en cuestionamiento al Estado constitucional de derecho, afirmando más bien un Estado legal de derecho, o, en otro, términos, afirmando un mero carácter formal del Estado constitucional o un predominio claro o casi absoluto del plano formal sobre el plano material del asunto. Esto hace que tengamos un desarrollo teórico que no se condice con un subsistema de normas al respecto, lo que constituye, en cierta medida, como un síntoma evidente de un positivismo jurídico que se resiste aún a ser cancelado definitivamente en el país. En ese sentido, el Estado legal de derecho se habría afirmado por encima del Estado constitucional de derecho, para beneplácito de formas de pensar positivistas, y en perjuicio del desarrollo mismo del nuevo modelo de Estado de derecho, en primer lugar, y, en segundo lugar, del nuevo modelo procesal penal de corte acusatorio garantista. Así se constituye la reciente reforma constitucional en un factor impropio para con el garantismo jurídico-penal, por lo que el nuevo tenor del artículo 2, inciso 24. literal f) de la Constitución Política del Estado no reuniría el suficiente contenido de constitucionalidad material, siempre dentro de la visión del Estado constitucional de derecho como superación del Estado legal de derecho”.

Por su parte Torres Manrique, Jorge (2017) refiere que el bien jurídico máspreciado de nuestro ordenamiento jurídico, después de la vida humana, es la libertad personal, y que, en este orden de prelación, tenemos que denunciar que la Ley N^º 30558 vulnera abiertamente el segundo derecho fundamental, al comentar:

“Sin embargo, resulta insostenible que se haya prescrito, al amparo de dicha norma legal, que la flagrancia se amplió hasta cuarenta ocho horas (más el

término de la distancia), inclusive hasta quince días para el caso de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Esto, en tanto que, la vulneración a cuanto menos un derecho fundamental resulta indefendible. En ese orden de ideas, no hay que olvidar que el bien jurídico máspreciado de nuestro ordenamiento jurídico, después de la vida humana, es la libertad personal. En consecuencia, en este orden de prelación, tenemos que denunciar que la Ley N^a 30558, vulnera abiertamente el segundo derecho fundamental. Empero, cuando la detención policial se extiende a cuarenta ocho horas más el término de la distancia, se torna excesiva como inaceptable. Ergo, entre los derechos menoscabados, como producto de la aplicación de excesiva duración de la detención policial, podemos referir: i) la libertad individual, ii) legalidad, iii) presunción de inocencia, iv) defensa. v) preclusión, entre otros. Así, incluso podríamos ir más allá, esta es poner sobre el tapete el terna de que si la detención policial por flagrancia tiene que abrazar el tiempo estrictamente necesario (plazo razonable), prolongar dicho tiempo, no solo constituye un oceánico contrasentido, sino que, la vulneración de derechos fundamentales, se torna mayúscula como condenable. Además, dicha ampliación del plazo de la detención policial tampoco se condice con la titularidad de la investigación que le asiste al ministerio público”.

Arcos Cotrado, Raúl (2017) explica que la ampliación de la detención policial por flagrancia es desproporcionada y produce la afectación de la libertad personal, ergo, recomienda tomar acciones menos gravosas para sintonizar con un Estado Constitucional de Derecho, al señalar:

“Un sector, considera más bien que la medida es desproporcionada y que puede dar lugar a la arbitrariedad por parte de las autoridades involucradas en la detención, lo que redundará en una irrazonable afectación de la libertad personal, ergo, tomar acciones menos gravosas para los ciudadanos, sería sintonizar con un Estado Constitucional de Derecho. Es cierto que en muchos casos, el plazo de 24 horas resulta insuficiente para que las autoridades puedan

acopiar toda la información necesaria a efectos de solventar una imputación delictiva; sin embargo, es legítimo preguntarse si el ciudadano que viene premunido del derecho de presunción de inocencia, tiene que ceder su libertad personal ante la inoperancia del Estado que no activa políticas públicas de prevención para reducir la actividad criminal o que no dota de la logística necesaria a las autoridades para que en el plazo más corto puedan dilucidar la responsabilidad del ciudadano; el Estado está en la obligación de proteger a los ciudadanos, por ende, no parece razonable que el Estado le imponga mayores restricciones a la libertad personal, solo porque se acentuaron los actos delictivos y por tanto todos somos sospechosos de algo”.

Finalmente, Villegas Paiva, Elky (2017) acota que el legislador improvisó esta reforma constitucional referido a la ampliación del plazo para la detención policial por flagrancia delictiva, al no tomar en cuenta las consecuencias legales y la falta de normas infraconstitucionales:

“El plazo de la detención policial ha sido variado, conforme a la reforma constitucional, así el plazo de 24 horas se ha ampliado al doble, siendo de 48 horas. Aquí se debe mencionar el yerro en que ha incurrido el legislador, y que a su vez demuestra la falta de análisis y debate que debe existir en cada reforma de las leyes peruanas, y especialmente cuando se trata de la norma jurídica fundamental de nuestro país. Decimos esto, por cuanto, si bien el artículo 2.24 f) de la Constitución prevé un plazo máximo de hasta 48 horas para la detención policial por flagrancia, por su parte el artículo 264 del CPP del 2004, artículo vigente hasta el momento, establece que la duración de la detención policial por flagrancia delictiva tiene una duración máxima de 24 horas. Con ello se demuestra que el legislador no se tomó el tiempo para analizar todas las posibles consecuencias de la reforma constitucional ocurrida, y de la necesidad de tener que acompañar a dicho cambio constitucional las normas infraconstitucionales.

2.2.- No cumple con el test de proporcionalidad

Bustamante Requena, José (2017) refiere que los subprincipios de idoneidad y necesidad, demuestran que la ampliación del plazo de detención policial por flagrancia delictiva, no se justifica debido a la vulneración de derechos fundamentales del detenido como es la libertad personal al anteponer el interés social en la preservación de la seguridad ciudadana:

“Se tiene el principio de idoneidad denominado también de adecuación o conformidad de medios, implica el cálculo o acción de sopesar los medios empleados para lograr los fines buscados; el principio de necesidad por la cual la restricción de un derecho por el poder estatal será permitida en cuanto resulte inevitable e indispensable, es decir necesaria para satisfacer un derecho fundamental, procurando ocasionar el menor daño posible. Estos principios demuestran en la práctica que la medida adoptada de la ampliación del plazo de detención policial por flagrancia delictiva, no se justifica por la vulneración de derechos fundamentales del detenido como la libertad personal, ya que los autores de la reforma pusieron por delante atender debidamente el interés social en la preservación de la seguridad ciudadana (finalidad del artículo 44 de la norma constitucional) sin tener en cuenta las consecuencias legales, en donde una clara falencia de esta reforma legal es que, en su artículo único, ha omitido indicar las modificaciones a los artículos del Código Procesal Penal”.

Para Sánchez Gómez, Silvia (2017) la modificación no resulta razonable si se tiene en cuenta que los legisladores lo que buscaron era tener herramientas para enfrentarse al crimen organizado y sin embargo la ampliación del plazo de 24 a 48 horas esta dirigida a delitos comunes, al señalar:

“Ahora bien, ampliar el plazo de detención policial por flagrancia de 24 a 48 implica concretamente una mayor restricción sobre el derecho fundamental de la libertad personal, El tema, viene dado por si dicha ampliación está

justificada de manera proporcional, en la medida que se persigue proteger un bien jurídico como es la seguridad ciudadana y prevenir posibles infracciones penales. Al respecto, hubiera sido interesante que se incluya cifras y estadísticas, ello en la medida en que se tendría certeza de si realmente la restricción resulta justificada a fin de evitar la ejecución de presuntas amenazas a la sociedad en la probable comisión de otros hechos delictuosos. Respecto al sub principio de necesidad este tampoco se cumple ya que resulta gravoso sobre el derecho a la libertad personal, el otorgar más plazo para efectuar todas las diligencias que se deben efectuar desde la efectiva detención de parte de la autoridad policial. La modificación así planteada no resulta razonable si se tiene en cuenta que los legisladores lo que buscaron era tener herramientas para enfrentarse al crimen organizado y sin embargo la ampliación del plazo de 24 a 48 horas esta dirigida a los otros delitos o delitos comunes que no sean terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y delitos cometidos por organizaciones criminales. En relación con el plazo máximo de detención policial, siendo un límite concreto, es claro que bajo ninguna circunstancia se podrá sobrepasar dicho límite, salvo el tiempo adicional que resulte de la aplicación del término de la distancia, no obstante, ello, puede haber algunas circunstancias concretas en las que no se supere el plazo máximo (las 48 horas), empero la detención deviene en inconstitucional, para ello es que se incorpora el tiempo estrictamente necesario. Este viene a ser un límite temporal abierto e indeterminado, que se concretizara atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. La razón es que la duración estrictamente necesaria es una exigencia de razonabilidad, de modo que no es razonable que una detención dure más allá de lo estrictamente necesario”.

Finalmente, Miranda Aburto, Elder (2017) al comentar el plazo estrictamente necesario en la detención policial por flagrancia delictiva refiere que éste debe guiarse de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad aplicable al caso concreto, al expresar:

“El plazo estrictamente necesario para las investigaciones no es un plazo que abre las posibilidades de desnaturalizar la detención incorporando nuevos plazos que atentarían presuntamente contra derechos fundamentales del imputado como lo libertad individual y el derecho a la presunción de inocencia. Resulta ser un plazo inconstitucional cuando la detención policial dure más de lo que estrictamente necesaria a pesar de que no sobrepase el plazo máximo constitucional de la detención como en el caso micro comercialización o micro producción en casos de flagrancia cuando se utiliza el plazo máximo a pesar que las investigaciones duran mucho menos del plazo de ley. El límite máximo de la detención debe ser establecido en mención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida. entre otros. La detención policial debe guiarse del plazo estrictamente necesario que tiene por finalidad de coadyuvar con las investigaciones, teniendo como indicador esencial la complejidad del caso, pero este además está regulado bajo los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad aplicable al caso concreto”.

2.3.- No toma en cuenta los instrumentos internacionales

Sobre este punto Torres Manrique, Jorge (2018) refiere que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en uno de sus fallos señala que nadie puede ser sometido a detención por causas o métodos que aun calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad, al señalar:

“En el presente punto corresponde citar el párrafo 47 del Caso Gangaram Panday vs Surinam, de la Corte IDH, el que enseña que se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o

encarcelamiento por causas o métodos que aun calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Al respecto, a la luz de la referida jurisprudencia, la Corte IDH es contundente al señalar que la legitimidad o justeza, se impone a la mera legalidad, en tanto que lo que se afecta son derechos fundamentales. Por ello, la ampliación del plazo de detención policial en flagrancia, que juridiza la Ley N° 30558, no encuentra sustento válido en los predios de la ansiada justicia”.

Más adelante Torres Manrique, Jorge (2018) al comentar de la Convención Americana de Derechos Humanos acota que al ampliarse el plazo de detención policial en flagrancia, se vulnera el contenido del artículo 7 inciso 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos, al expresar:

“Por otro lado, es preciso dejar constancia que, al ampliarse el plazo de detención policial en flagrancia, se vulnera el contenido del artículo 7 inciso 5 de la Convención Americana sobre derechos humanos. Ello ocurre cuando el legislador desconoce de política criminal, los principios generales del derecho, los postulados del derecho Constitucional, lo que registra la Convención americana de Derechos Humanos, la Corte interamericana de Derechos Humanos, la justicia. Ello, además, a la luz del estado constitucional de derecho, Derecho Procesal Garantista, la correcta como justa administración de justicia, el neoconstitucionalismo, el derecho global y sistema jurídico imperante. Entonces termina legislando de espaldas a todo ello, incurriendo en limitaciones, yerros y vulneraciones mencionadas”.

CONCLUSIONES

- Concluimos que la Ley N^ª 30558, mediante la cual se amplía el plazo a 48 horas de la detención policial en flagrancia delictiva, deviene en inconstitucional puesto que contraviene el Estado Constitucional de Derecho y por ir contra el espíritu garantista del código procesal penal, pues al realizarse el análisis de esta medida coercitiva mediante el test de proporcionalidad establecido por el Tribunal Constitucional, en atención a los tres sub principios de idoneidad, necesidad y razonabilidad, se tiene que la aplicación de esta disposición no es la más idónea y por ende en su aplicación se genera una vulneración de derechos fundamentales como la libertad personal.
- Concluimos que respecto al mandato de detención es una medida provisional que implica la privación de la libertad personal dentro del plazo legal establecido, su finalidad es la sujeción de la persona al proceso penal para garantizar los fines que persigue y su situación jurídica, entre sus modalidades se tiene la detención policial la cual tradicionalmente en las constituciones de 1979 y 1993 se ha mantenido con un plazo máximo de 24 horas para poner a disposición de la autoridad competente al detenido; sin embargo se establece en la Ley N^ª 30558 que el plazo máximo de duración tiene dos posibilidades, una concreta que es de 48 horas y de 15 días en terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y en delitos cometidos por organizaciones criminales, la otra es abierta que hace referencia al término de la distancia; por lo que se resalta que esta ampliación del plazo de detención policial genera una vulneración del derecho al plazo razonable como derecho fundamental, el mismo que se encuentra comprendido dentro del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional, el plazo de la detención policial en el derecho comparado es variable.

- La flagrancia delictiva busca evitar la impunidad y se orienta al éxito procesal a través de obtención de pruebas de forma inmediata, autorizando a los agentes policiales a privar de la libertad a una persona en determinados supuestos, se considera como delito flagrante cuando el delincuente es sorprendido en el acto que comprende el que se está cometiendo o acaba de cometer, como modalidades se identifica a la flagrancia clásica, la cuasi flagrancia, la flagrancia presunta y de reconocimiento o virtual, sin embargo en esta situación el Juez tiene que hacer un control de legalidad de la detención ya que la ampliación del plazo a 48 horas desde la detención con el fin de recabar los medios de prueba que permitan desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, tendrán un efecto negativo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, esto en atención de a que mediante del test de proporcionalidad resulta inconstitucional esta figura jurídica en algunos casos, al existir una vulneración a los derechos del imputado en el proceso y afectándose su derecho a la defensa reflejada a una detención que se da en un plazo desproporcional.
- Concluimos que lo que establece la Ley N^º 30558 en relación al plazo de 48 horas de la detención policial, no toma en cuenta los instrumentos internacionales como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde señala que nadie puede ser sometido a detención por causas o métodos que aun calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad; por lo que citada norma devendría en inconstitucional.

RECOMENDACIONES

- Se propone iniciar una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra ley N^a 30558, porque por en el fondo y la forma, contraviene a la Constitución, en atención a que se aparta de los instrumentos internacionales referentes al plazo de detención policial, generando una vulneración del derecho al plazo razonable de esta medida coercitiva. Su finalidad es lograr que la norma cuestionada sea declarada como inconstitucional y se disponga su consiguiente derogatoria
- Se propone la elaboración de un Proyecto de Ley con el fin de sustentar la derogación de la ley N^a 30558 que modifica la constitución en su artículo 2 inciso 24 letra “f” por ser inconstitucional ya que contraviene el Estado Constitucional de Derecho, no cumple con el tests de proporcionalidad debido a que los sub principios de idoneidad, necesidad y razonabilidad son afectados por la vulneración de derechos fundamentales como la libertad personal, y por no tomar en cuenta los instrumentos internacionales como el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos u el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Realizar una capacitación progresiva y permanente a los miembros de la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial y Defensoría del Pueblo, para que entiendan al plazo razonable de la detención policial como derecho fundamental de la persona, y por ende respeten el plazo estrictamente necesario para el desarrollo de las diligencias urgentes o apremiantes, sin tener la necesidad de llegar al plazo máximo de detención.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAYA VEGA, Alfredo. (2016). Nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia. Lima: Jurista editores.
- ARCOS COTRADO, Raúl. (2017). Ampliación del plazo de detención personal: la respuesta del Estado ante la creciente criminalidad. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.
- BAZALAR PAZ, Víctor. (2017). Análisis a la casación N^º 692-2016-LIMA NORTE, Flagrancia, flagrancia presunta y diligencias preliminares. En HEYDEGGER, Francisco. (2017). El proceso inmediato. Lima: Instituto pacífico.
- BERNAL PULIDO, Carlos. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- BUSTAMANTE REQUENA, José. (2017). La reciente reforma constitucional de la denominada detención policial en caso de flagrancia. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.
- CHIRINOS ÑASCO, José. (2016). Medidas cautelares en el código procesal penal. Lima. Idemsa.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat. (1998). La detención por delito. Pamplona: Arazandi.
- DE LA OLIVA, Andrés. (2007). Derecho procesal penal. Madrid: Universitaria Ramón areces
- GIMENO SENDRA, José. (2015). Derecho procesal penal. Madrid: Civitas.
- GUEVARA VÁSQUEZ, Iván. (2018). La reforma constitucional de la ampliación del plazo de la detención policial como factor impropio en el garantismo jurídico-penal.

En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 128, agosto, Lima: Gaceta jurídica.

-GUTIÉRREZ, Walter. (2015). La constitución comentada, análisis artículo por artículo. Tomo I, Lima: Gaceta jurídica.

-HERRERA GUERRERO, Mercedes. (2017). El carácter excepcional del proceso inmediato en el decreto legislativo N^º 1194. En HEYDEGGER, Francisco. (2017). El proceso inmediato. Lima: Instituto pacífico.

-HEYDEGGER, Francisco. (2017). El proceso inmediato. Lima: Instituto pacífico.

-LEIVA CÓRDOVA, Elizabeth. (2016). El proceso inmediato en casos de flagrancia. Lima: Lex and iuris.

-MARTINEZ-PUJALTE, Antonio. (1997). La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

-MENESES GONZALES, Bonifacio et al. (2016). Proceso inmediato para investigar y sancionar delitos flagrantes como respuesta a la criminalidad. Lima: Grijley.

-MIRANDA ABURTO, Elder. (2017). El plazo estrictamente necesario de la detención. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.

-MIRANDA ABURTO, Elder. (2018). El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la conducta dilatoria del imputado en el proceso penal. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 122, febrero, Lima: Gaceta jurídica.

-MONTERO AROCA, Juan et al. (2001). Derecho jurisdiccional. Tomo III, proceso penal, Valencia: Tirant lo blanch.

-MORENO CATENA, Vicente et al. (2005). Derecho procesal penal. Valencia: Tirant lo blanch.

- ORE GUARDIA, Arsenio. (2014). Manual de derecho procesal penal, Tomo II, las medidas de coerción en el proceso penal. Lima: Reforma.
- PEÑA CABRERA, Alonso. (2007). Exégesis del nuevo código procesal penal. Lima: Rodhas.
- PEÑA CABRERA, Alonso. (2017). El proceso inmediato como manifestación de simplificación procesal en el nuevo código procesal penal y su limitada actuación en el marco de la política criminal del derecho penal securitario. En HEYDEGGER, Francisco. (2017). El proceso inmediato. Lima: Instituto pacífico.
- SAN MARTÍN, César. (2015). Derecho procesal penal, lecciones. Lima: Instituto peruano de criminología y ciencias penales.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Silvia. (2017). ¿Salvaguardar la seguridad ciudadana en sacrificio de la libertad personal? En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.
- SEVILLA GÁLVEZ, Guillermo. (2017). Vulneración del derecho al plazo razonable del proceso. En revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 116, agosto, Lima: Gaceta jurídica.
- TORRES MANRIQUE, Jorge (2017). Crítica a las modificaciones constitucionales de ampliación del plazo de detención policial. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.
- TORRES MANRIQUE, Jorge (2018). Límites constitucionales de la detención policial en la jurisprudencia del tribunal constitucional. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 128, agosto, Lima: Gaceta jurídica.
- URIARTE VALIENTE, Luis y FARTO PIAY, Tomás (2007). El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada. Madrid: La Ley.

-VILLEGAS PAIVA, Elky. (2017). La detención policial en caso de flagrancia. En Revista de gaceta constitucional y procesal constitucional, Tomo 114, junio, Lima: Gaceta jurídica.