

la etapa de juzgamiento al momento de la determinación de la pena, propuesta que tal vez no se podría promulgar, lo cual no sería óbice para que no se pueda implementar dentro de las buenas prácticas de este sistema acusatorio, por lo que las partes podrán solicitar al Juez que actúe en sujeción al principio de proporcionalidad en el debate de la pena.

#### **IX. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Por estas consideraciones hablar solo de un principio de proporcionalidad material, que solo llegue a orientar y limitar al arbitrio judicial en la praxis judicial de la determinación de la pena; no sería correcto, por haberse comprobado sus limitaciones al momento de concretizar la pena; de igual manera, si bien el desarrollo de los Sub Principios de Proporcionalidad se han desarrollado a nivel de ponderación de los conflictos de intereses entre derechos fundamentales, los mismos no son aplicables para la fundamentación de la pena.

A pesar que nuestra Constitución y las normas ordinarias establecen que las decisiones deben ser fundamentadas y justificadas, además de que el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha reiterado este mandato constitucional; seguimos advirtiendo dentro de las sentencias condenatorias una falta de motivación, respecto a la pena.

Por tanto, los investigadores han recurrido en la actualidad a procedimientos metodológicos a fin de brindar una adecuada determinación de las penas, con las herramientas brindadas por nuestros legisladores; en ese sentido, considero que el Principio de Proporcionalidad a nivel procesal sería de utilidad en la determinación de la pena como un límite ante el arbitrio judicial del Juez a través de sus elementos como son: Estar en sujeción al Principio de Proporcionalidad al momento de iniciar el debate de la pena, internalización de dicho concepto por parte del Juez para conducir y fundamentar la pena en base al contradictorio realizado entre las partes.



## LA LECTURA DEMOSTRATIVA DE LA FLAGRANCIA DELICTIVA

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Anibal Alberto Leon Zambrano<sup>77</sup>

### SUMARIO:

1) Introducción, 2) Supuestos normativos de la flagrancia delictiva, 3) Lectura demostrativa de la flagrancia. 4) Detención policial por flagrancia delictiva. 5) Detención por flagrancia practicada por particulares. 6) Conclusiones. 7) Bibliografía.

### RESUMEN

El Decreto Legislativo N° 1194, modificó del proceso especial inmediato, regulado en el Código Procesal Penal, estableciendo como uno de sus supuestos, la obligatoriedad del Fiscal Penal de proceder a su incoación, en el caso de flagrancia delictiva (literal a inciso 1 del Artículo 446). Es por ello, que en dicho proceso, cobra peculiar importancia, el análisis de esta institución jurídica, siendo necesario hacer un estudio de la misma, a través de su lectura demostrativa, que es entendida como la presencia de elementos objetivos existentes al momento de la detención de una persona, sin perjuicio de la presencia de elementos subjetivos que no reemplazan a los objetivos, sino que los complementan y tornan comprensible su presencia y significado.

<sup>77</sup> Fiscal Provincial Penal Titular de San Juan de Miraflores, con estudios de maestría y doctorado en la Universidad Nacional Federico Villarreal.

### PALABRAS CLAVES:

Flagrancia, proceso inmediato, lectura demostrativa, elementos objetivos, elementos subjetivos.

### ABSTRACT

Legislative Decree N° 1194, changed the special process immediately, regulated in the Criminal Procedure Code, establishing as one of its assumptions, the mandatory Criminal Attorney proceeding to initiate, in the case of criminal flagrancy (literal to paragraph 1 of Article 446). It is therefore in the process, takes particular importance, the analysis of this legal institution, being necessary to make a study of it, through its demonstrative reading, which is defined as the presence of existing objective elements at the time of detention of a person, notwithstanding the presence of subjective elements that do not replace the goals, but complement and become understandable their presence and meaning.

### KEYWORDS:

Flagrante delicto, immediate process, demonstrative reading, objective factors, subjective elements.

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia a nivel nacional del Decreto Legislativo N° 1194<sup>78</sup>, no solamente trajo como consecuencia la modificación del proceso especial inmediato, regulado en el Código Procesal Penal, sino el volver a reflexionar sobre algunas instituciones jurídicas muy trascendentes; no se ignora que hay instituciones que son examinadas en innumerables ocasiones, porque su importancia es tal, que nuestra curiosidad de desentrañar su esencia exige ocuparnos nuevamente; y en tal escenario, encaja perfectamente la flagrancia delictiva.

En efecto, la importancia de este tema radica en que, con la aplicación del proceso inmediato, el Fiscal Penal al momento de resolver un caso con una persona detenida, debe analizar si se encuentra ante una situación de flagrancia delictiva, pues de ser así, surge su obligatoriedad de proceder a la incoación del proceso inmediato; sin embargo, puede presentarse también un caso en el que, existiendo flagrancia delictiva, no se cuenten con los elementos materiales de prueba suficientes, para sustentar un pedido ante el Juez Penal, en dichas cir-

<sup>78</sup> El Decreto Legislativo 1194, publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el día 30 de agosto del año 2015, puso en vigencia el proceso inmediato a nivel nacional, desde el día 28 de noviembre del año 2015.

cunstances no sería viable la aplicación del proceso inmediato, correspondiendo las reglas del proceso común; finalmente, puede presentarse una situación en la que, la detención de la persona no se haya dado en flagrancia delictiva, ante lo cual, sería inviable proceder a la aplicación del proceso inmediato; en este contexto, surge la trascendencia de analizar la flagrancia delictiva, como presupuesto fundamental en las decisiones fiscales al momento de optar por la incoación de un proceso inmediato.

Al respecto, nuestra hipótesis de trabajo, es la siguiente: la flagrancia presenta una **lectura demostrativa**; lectura que es entendida como la presencia de **elementos objetivos** existentes al momento de la detención de una persona y que guardan relación con la comisión de un delito en términos del artículo 259 del Código Procesal Penal, que torna razonable el haberse privado de la libertad a una determinada persona; todo ello, sin perjuicio de la presencia de **elementos subjetivos** que no reemplazan a los objetivos, sino que los complementan y tornan comprensible su presencia y significado.

Para verificar la hipótesis vamos a analizar los supuestos normativos de la flagrancia y luego ahondaremos en su lectura demostrativa.

## 2. SUPUESTOS NORMATIVOS DE LA FLAGRANCIA DELICTIVA

El artículo 259 CPP indica lo siguiente: “La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

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

Con relación al **primer supuesto**, se le ha denominado actual o presente o bien flagrancia propiamente dicha, dado que, la misma se produce cuando la persona es sorprendida en los precisos momentos en que está cometiendo un hecho con ribete de delictivo; esta modalidad es la que más se acerca a la acepción original o etimológica de la flagrancia.

En ese sentido, a través de nuestros sentidos percibimos como un sujeto está desplegando, realizando, ejecutando un comportamiento, que al ser valorado, la calificamos como ilegal.

De lo señalado en los párrafos anteriores queremos realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, en esta primera modalidad cobra relevancia el hecho de **sorprender** o descubrir a una persona en el momento mismo en que está ejecutando el acto; es decir, a través de los sentidos debemos de captar el preciso momento en que el sujeto está realizando una conducta probablemente delictiva. En efecto, una cosa es observar cómo se incendia una casa y otra muy diferente es el de presenciar como la persona de “x” le está prendiendo fuego a la casa de “z”; recién en este último supuesto se puede hablar de flagrancia delictiva que justifique detener, inmediatamente, a “x” como sujeto que ha ocasionado el incendio en la casa de “z”.

En segundo lugar, para sorprender a alguien basta que uno haya percibido la conducta de aquél a través de cualquier de nuestros **sentidos**; esto es, no solamente con la vista podemos sorprender a alguien, sino al percibir sonidos u olores, incluso con el tacto o el propio gusto.

En tercer lugar, cuando empleamos nuestros sentidos, los mismos o cualquiera de ellos, nos debe arrojar la **actualidad** de la ejecución del acto por parte de la persona a detener. En efecto, la fracción I del artículo 259 CPP emplea la fórmula: “... la realización del hecho punible”; aquí el verbo denota un tiempo presente, actual; es decir, que percibimos como se está realizando un determinado comportamiento o acto. Ahora bien, es irrelevante que el sujeto captor entienda si esa actualidad es equiparable a la tentativa acabada o inacabada, si está en consumación o en fase de agotamiento, ello son juicios nomológicos que escapa al ciudadano común y corriente que está facultado por la ley a detener a una persona que se vea sorprendida en una situación de flagrancia delictiva.

En cuarto lugar, y sin ánimo de contradecirnos con lo señalado en las últimas líneas del párrafo anterior, el sujeto debe de realizar una inmediata valo-

ración a nivel de lo profano en torno al probable carácter *ilegal* del comportamiento desplegado por el agente a detener. En efecto, y ello por la propia lógica de la institución de la detención, todo aquel que detiene a alguien se considera amparado por la ley en la medida que considera que la detención que ha practicado se encuentra justificada al haber capturado a un sujeto que estaba ejecutando un comportamiento contrario a las normas legales.

En ese sentido, empleamos el término *ilegal* antes que el *delictivo*, porque consideramos que una persona promedio no realiza juicios de valoración en torno a la dicotomía delictivo/no delictivo, sino de legal/ilegal; ello, además, porque el calificativo de delictivo implica el manejo de categorías normativas ajenas al conocimiento del ciudadano promedio, quien, por el contrario, es más cercano a conocer el juicio de anti-normatividad, al estar vinculado sus comportamientos a los patrones de permitido o no permitido por las normas legales.

Asimismo, este juicio de anti-normatividad es efectuado por el sujeto captor en un nivel básico o primario, sin mayor exigencia de criterios nomológicos o de inmediata ubicación y recuerdo de la norma legal específica que ha sido violada por el acto de la persona a detener. En ese sentido, recurrimos a la fórmula del grado de conocimiento a nivel o a lo esfera de lo profano.

Sin embargo, ya cuando la persona detenida ingresa al ámbito de custodia de una autoridad – por ejemplo, cuando es puesto a disposición del Ministerio Público o del Juez – su comportamiento será analizado bajo el prisma de lo delictivo; esto es, si la conducta del detenido se adecua o no a un prisma típico, y de esta forma resolver su situación jurídica.

Por otro lado, esta modalidad en estudio descansa en el hecho de percibir como la persona está en pleno proceso de ejecución de un hecho delictuoso y, en esa circunstancia, procedemos a su detención. En ese sentido, las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho delictivo ocupan y han ocupado siempre un primer plano en la noción de la flagrancia actual o presente; partiendo de que todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, sólo puede ser detenido el delincuente *in fraganti* si un tercero percibe a través de los sentidos – descubre – que esa persona está cometiendo un hecho delictivo.

Al respecto, Montserrat de Hoyos, comenta lo siguiente: “Para que un particular pueda detener a una persona por concurrir una situación de flagrancia, es necesario que haya apreciado a través de los sentidos la comisión de un de-

lito, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución del acto delictivo, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes, siempre y cuando exista conexión material directa e inmediata (huellas, instrumentos) entre el hecho producido y la persona o personas que se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible”.<sup>79</sup>

En esa inteligencia, compartimos, en parte, la opinión de la jurista española, en el extremo de exigir el descubrir a la persona en el supuesto de comisión actual del delito, el cual, a su vez, dota de contenido a la primera modalidad de la detención por flagrancia delictiva. En ese escenario, recordamos las palabras de Santero: un cadáver que fluye sangre o una casa que se incendia no son situación de flagrancia, sólo lo será si un sujeto es sorprendido en la comisión del delito. En ese orden de ideas, en la primera modalidad de la flagrancia deberá darse una percepción sensorial, así como, la inmediatez tanto temporal como espacial; esto es, que la persona detenida fue sorprendida en los precisos momentos en que está realizando su hecho delictuoso, procediéndose, inmediatamente, a su captura, en un lugar que puede ser el mismo escenario de los hechos o bien en sus inmediaciones. Finalmente, nos distanciamos con la opinión de Montserrat de exigir también el sorprender a la persona en todos los demás casos de flagrancia delictiva, y ello lo planteamos al oponer tal exigencia en el supuesto de persecución policial, donde un policía sorprende al probable pero es otro el policía quien lo detiene.

Con relación al **segundo supuesto**, no se está ante el concepto etimológico de flagrancia, sino ante la validación de un tipo de detención al extender el ámbito de lo comprendido por flagrancia; por lo que, para entender esta segunda modalidad debemos de estudiarla en el ámbito de la política criminal; es decir, en el diseño de lucha contra la criminalidad elaborado por el gobierno, que extiende el ámbito de aplicación de instrumentos que considere idóneos y eficaces para el combate a la delincuencia.

Ahora bien, en esa perspectiva, se ha considerado que extender el ámbito de aplicación de la detención por flagrancia facilita la ubicación y captura de

<sup>79</sup> HOYOS SANCHO, Montserrat de. “La detención por delito”, Editorial Aranzadi, Madrid, 1998, p. 87.

aquellas personas que, probablemente, han intervenido en la comisión de un hecho delictivo, para su posterior procesamiento. En ese sentido, ha surgido la denominada *flagrancia inmediatamente posterior a la realización de un hecho delictivo*; es decir, la validación de una serie de supuestos de ubicación y captura, que surgen inmediatamente después de la comisión de un hecho calificado por la ley como delito.

Sin embargo, para no reñir con los principios y garantías propios de un Estado constitucional de derecho, ha sido necesario establecer límites que tornen razonables y proporcionales la aplicación de los supuestos antes señalados y de esta manera calificar como legal la privación de libertad que ha sufrido una determinada persona.

En esa inteligencia, un **primer límite** es la temporalidad entre el hecho cometido y la aplicación de los supuestos señalados en la ley; así, y de acuerdo con la norma en cita, la detención debe practicarse “cuando se acaba de cometer el hecho punible”. En ese sentido, no debe haber un intervalo de tiempo desproporcional e irrazonable entre el hecho cometido y la detención de la persona que lo realizó, esto es lo último debe darse como momento subsecuente del primero.

Un **segundo límite** es entender el supuesto en estudio a través de la figura de la persecución, esto es cuando el órgano persecutor ha sorprendido a la persona materia de la detención. En principio, por persecución entendemos al proceso de seguimiento y captura que puede realizar cualquier persona, inmediatamente después de haberse cometido el hecho delictivo, con la obligación de entregar con la misma prontitud a la Policía y ésta, dentro del término de la distancia, al Ministerio Público.

Este proceso debe ser analizado en clave jurídico y no físico, debido al contenido valorativo que presenta sus elementos o requisitos.<sup>80</sup> Es decir, revisa-

80 Para entender lo señalado, presentamos el siguiente caso: uno de los requisitos de la persecución es que la misma sea ininterrumpida, y para ello – como se verá más adelante – la tesis de que el perseguidor no pierda de vista al perseguido es la más dominante. En esa inteligencia, se llegaría a una conclusión absurda de interrupción de la persecución cuando el perseguido voltee la esquina y por un lapso de segundos el perseguidor lo ha perdido de vista, o de igual forma cuando el perseguidor, a raíz de su falta de una contextura atlética idónea, descansa por unos segundos, con la finalidad de recobrar el aire, para

do a través de los test de razonabilidad y proporcionalidad, en el estudio de los siguientes elementos:

**1. Ser sorprendido.-** Para el legislador secundario la percepción sensorial es un requisito de la persecución. Ahora bien, si se revisa lo comentado en el apartado anterior se podrá observar que el sorprender o descubrir a la persona en plena ejecución de un hecho delictivo es elemento fundamental de la flagrancia; sin embargo, tal afirmación lo hicimos en el contexto de la denominada flagrancia actual, presente o propiamente dicha, la cual es la primera modalidad de flagrancia. En esa inteligencia, en la flagrancia actual o presente, es propia de su definición el sorprender a la persona del ejecutor del acto, dado que, esta modalidad descansa en el supuesto de que el sujeto esté en pleno proceso de realización del hecho delictivo, siendo lógico que la persona que lo captura esté presenciando dicha realización o ejecución del comportamiento delictivo. Sin embargo, ¿qué ocurre si consumado el hecho, el sujeto activo huye de la escena? En esa situación aún es posible su detención a través de una persecución inmediata, realizada aquel quien lo haya sorprendido, por ejemplo, policías.

**2. Descansa en actos materiales.-** Ello significa que la persecución se realiza a través de actos observables, visibles, materializados en el espacio-tiempo. Y va desde el momento en que el probable es **sorprendido** hasta el seguimiento y captura del mismo. Estos actos pueden ser realizados por la víctima, por terceras personas, o en combinación de ambos sujetos. Aunque no implica un relato momento a momento, pero si es la materia del examen de justificación de la detención.

**3. Es ininterrumpida.-** Implica que la persecución se da a través de actos continuos; es decir, presenta una unidad normativa antes que intervalos o cortes en el espacio-tiempo. Pueden darse varios actos para el seguimiento y captura del agresor, pero los mismos constituyen una unidad de sentido normativo-valorativo.

luego reiniciar la persecución; desde una perspectiva física, esto es, sin cortes o rajaduras en la continuidad espacio-tiempo, se llegaría a lo que hemos denominado “conclusión absurda” de la interrupción de la persecución, cuando en realidad la misma, y en clave normativo-valorativo sigue vigente al establecer que los lapsos o intervalos de tiempo son razonables y proporcionales para mantener actualizado el proceso persecutorio.

En ese escenario se han levantado dos tipos de opiniones a la hora de definir lo ininterrumpido de la persecución por flagrancia: En primer lugar, está aquella tesis de la *visibilidad*. De acuerdo con la misma la persecución es ininterrumpida mientras el perseguidor **no pierda de vista** al perseguido; es decir, mientras siga dentro de su radar óptico. En ese sentido, el contacto visual es garantía que el proceso de persecución se encuentra aún vigente y en constante movimiento.

En segundo lugar, está la tesis de la *cognoscibilidad*. De acuerdo con esta tesis, la persecución es ininterrumpida mientras el perseguidor tenga la certeza y seguridad de la localización exacta del perseguido, a pesar que no lo está observando. Por ejemplo, supongamos que el agente policial observa que el agresor ha ingresado a un determinado fraccionamiento, no habiendo una segunda salida; en esa inteligencia, a pesar que no se le ve al agresor, se tiene conocimiento que se encuentra refugiado en alguna de las casas del citado fraccionamiento y no tiene ningún otro lugar donde huir; en ese escenario, el agente policial puede esperar los respectivos refuerzos para ingresar al mencionado lugar y de esta forma capturar al agresor, dado que, para esta segunda tesis, la persecución no se ha interrumpido.

Al respecto, la ventaja de la segunda tesis es que protege la integridad del perseguidor que no tiene que ofrendar su vida para satisfacer lo que exige la tesis de la visibilidad; y favorece así el objetivo de los cuerpos de seguridad pública. Sin embargo, el riesgo es que puede presentar, en el caso concreto, límites difusos, dado que, cuál es el contenido y delimitación de lo que se entiende por el *lugar donde se encuentra el agresor*.

Ahora bien, consideramos que ambas posiciones pueden ser razonablemente invocadas en función al caso concreto. En esa inteligencia, si estamos ante una persecución a través de vehículo automotor, es obvio que el o los perseguidores mantendrán contacto visual con el vehículo de la persona a quien están persiguiendo, por lo que, la tesis del contacto visual será la de postular en este caso concreto.

Si por el contrario, estamos ante un caso de robo y secuestro en interior de una agencia bancaria, donde adentro se hayan cortado las cámaras de video y solamente se tenga la comunicación telefónica, es obvio que los perseguidores enarbolarán la tesis del conocimiento certero y seguro del lugar donde se encuentran las personas perseguidas, aún si no los tienen dentro de su alcance visual.

Como se aprecia, será el caso concreto quien defina cuál de las dos posiciones se va a emplear para defender el carácter de ininterrumpida de la persecución; claro está, que si ambas, por más esfuerzo que se efectúe no pasan los test de razonabilidad y proporcionalidad, se considerará como interrumpida la persecución, calificándose como ilegal la detención practicada bajo esta modalidad de la flagrancia delictiva.

**4. Es inmediata.**- Es usual que el legislador secundario haya establecido el tiempo de partida de la persecución: ni bien se ha consumado el hecho delictivo; es decir, la reacción de perseguir al agresor debe ser rápida y oportuna. En ese orden de ideas, es importante la exigencia de que el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y la persecución sea muy corto – *post factum inmediato* –, ya que de esta manera no habrá dudas en cuanto a la atribución de los hechos a la persona que se encuentra directamente relacionada con los mismos.

Por otro lado, está **el tercer supuesto** que prevé el artículo 259 CPP: el señalamiento de personas o vía registros electrónicos, durante las primeras 24 horas de haberse consumado el delito. Esta modalidad de detención por flagrancia delictiva se produce cuando la víctima o algún testigo presencial identifican, señalan al detenido como la persona que acaba de cometer un hecho que la ley señala como delito, al coincidir con él en un mismo espacio físico – no se debe confundir con las diligencias de reconocimiento cuyo ámbito de aplicación y medios de reconocimiento es mayor: rueda de personas, fotografía, video, audio, etc.

El señalamiento tiene que ser espontáneo e inmediato a la comisión de un hecho delictivo, sin sobrepasar las primeras 24 horas de haberse cometido el delito; de esta manera, la detención que se practique descansará en un recuerdo claro y actual del hecho cometido. Asimismo, si la captura se procedió en inmediaciones del lugar de los hechos, coadyuvará a calificar como legal la detención, dado la presencia de una inmediatez espacial entre la identificación y la detención. En resumida cuenta, la espontaneidad, la inmediatez temporal, así como, la espacial serán los elementos a valorar a fin de establecer la legalidad de esta modalidad de detención por flagrancia delictiva.

Pero, también este tipo de detención puede darse por vía de registros electrónicos. En esa inteligencia, la información no se limita al dicho de la víctima o

testigo presencial, sino por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen; debiéndose observar la regla de las primeras 24 horas de haberse cometido el ilícito penal – más adelante, nos referiremos a este caso.

Por último, está **el cuarto supuesto**, el cual consiste en el señalamiento que arroja posesión de determinados objetos, lo cual justifica la detención de una persona, claro está dentro de las primeras 24 horas de haberse realizado el delito. Así, en primer lugar, está la posesión del instrumento del delito, lo utilizado o empleado por el agresor para cometer el hecho delictivo (V.gr. la navaja por la cual amagó a la víctima para apoderarse de sus pertenencias); también está la posesión del objeto del delito, el cual se entiende por la cosa por la cual recayó la conducta del agresor (V. gr. el celular que se le desapoderó a la víctima). Asimismo, está la posesión del producto, el cual consiste en las ganancias, réditos o beneficios obtenidos a consecuencia de la comisión del delito (V.gr. el dinero por la venta ilegal de armas o drogas).

Pero, la persona ya ha cometido el delito, lo consumó; pero aún sin un señalamiento directo procede su detención, al habersele encontrado indicios, huellas o cualquier vestigio que lo relacione con un delito que se acaba de cometer (V. gr. prendas de la mujer que horas antes acaba de ser violada o asesinada; sudadera con sangre; o el pantalón corto de un niño de 5 años que acaba de ser mutilado). En ese orden de ideas, se requiere de un previo señalamiento, sino la posición de cualquier vestigio que haga presumir razonablemente que intervino en un delito.

Asimismo, y en aras del respeto a los derechos humanos, también esta detención debe efectuarse en forma inmediata, esto es, ni bien se ha realizado el hecho delictivo y dentro de las primeras 24 horas de haberse cometido el delito; y tomado conocimiento del mismo, se le ha debido encontrar a la persona con los indicios de tal hecho, que haga presumir fundadamente su participación en el mismo.

Así, si una persona oye un ruido en algún sector de su casa e inmediatamente va a observar, encontrándose que una ventana exterior está rota, y al seguir su trayecto se percata que su televisor no se encuentra en el lugar donde lo dejó; en ese sentido, sale inmediatamente de su casa, corre unos metros y observa a un sujeto que está llevándose dicho televisor. Al respecto, la persona

va a su encuentro y procede a amagarlo con fines de captura. Aquí la detención se justifica, en la medida que, para una persona promedio, hay una relación de inmediatez entre el ruido de la ventana rota, la desaparición del televisor y el hecho de ubicar a una persona que está llevándose dicho objeto.

### 3. LECTURA DEMOSTRATIVA DE LA FLAGRANCIA

Se parte de la lectura probatoria que *per se* generó la flagrancia, de lo contrario por qué se detuvo a una determinada persona. Ahora bien, piénsese en una cámara de seguridad pública que graba los precisos momentos en que una persona del sexo masculino golpea en la acera pública a una persona del sexo femenino, para luego retirarse a unos metros, en el paradero de autobuses, mientras la mujer yace en el suelo; minutos después llega la policía y detiene al hombre, brindándole a la dama los primeros auxilios que requiere y conduciéndola al hospital, así como se identifica a potenciales testigos presenciales: la información probatoria obtenida por la cámara de seguridad racionaliza la intervención policial oportuna e inmediata, justificando la detención de quien golpeó a la mujer, aunado con las entrevistas que in situ se recabó.

En ese sentido, la autoridad policial deberá acreditar la concurrencia de una suposición razonable de que se está cometiendo una conducta delictiva, la cual variará en cada caso concreto y debe ser acreditable empíricamente. Así, a saber, la autoridad deberá señalar detenidamente cuál era la información (hechos y circunstancias) con la que contaba **en ese momento** para suponer razonablemente que la persona en cuestión estaba cometiendo una conducta ilícita o, por el contrario, si el registro o revisión fue autorizado libremente por el posible afectado, entendiéndose que existe consentimiento cuando fue prestado consciente y libremente; es decir, ausente de error, coacción o de un acto de violencia o intimidación por parte de los agentes de policía.

Continuando con el caso planteado, durante las 24 horas que tiene el Ministerio Público para realizar los actos de investigación, manteniendo detenido a una persona, se asegura el video de la cámara de seguridad pública, ordenándose la práctica sobre el mismo de los respectivos peritajes; se practica el examen médico tanto a la víctima como al detenido; se realizan inspecciones y se elaboran informes periciales. Toda esta información, aunado con los primeros datos obtenidos en la detención, constituirá la base probatoria para sustentar una futura acusación—*el obligar a la Fiscalía, a iniciar el proceso inmediato no ha sido una deci-*

*sión correcta*, porque si bien la flagrancia debe de “arrojar algo”, no menos cierto es también, que la investigación robustecerá tales elementos.

Ahora bien, como se indicó al inicio del presente artículo, por lectura demostrativa de la flagrancia se entiende a la presencia de elementos objetivos existentes al momento de la detención y que guardan relación con la comisión de un delito en términos del artículo 259 del Código Procesal Penal, que torna razonable el haberse privado de la libertad a una determinada persona; todo ello, sin perjuicio de la presencia de elementos subjetivos que no reemplazan a los objetivos, sino que los complementan y tornan comprensible su presencia y significado.

En ese orden de ideas, *los elementos objetivos* vendrían a constituir desde indicios, huellas o vestigios – que hagan presumir fundadamente que el detenido acaba de intervenir en un hecho delictuoso – hasta la posesión del instrumento, objeto o producto del delito. Piénsese que un domingo cercano a la medianoche, una patrulla policial observa que la puerta de acceso a un local comercial ha sido groseramente forzada, viendo además que diversas personas ingresan y salen con mercadería. En ese sentido, los efectivos policiales, descienden del vehículo y se acercan a dicho local, lo que origina que las personas se dispersen y huyan, a excepción de un determinado sujeto, el cual la policía logra restringir su libertad para proceder a intervenirlo, dado que se puede apreciar que porta diferentes I fone, I Pad e I Pod, aun con sus precios de venta; y sin poder justificar los mismos, la policía procede a su detención.

En ese orden de ideas, la limitación al derecho humano de libertad personal, es de carácter excepcionalísimo y su escrutinio del más estricto rigor; por ello, cuando se aduzca flagrancia, debe acreditarse que hubo elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal.

En cambio, *la variable subjetiva*, vendría determinada por los testimonios de aquellos que participaron en la detención, ya sea porque presenciaron los hechos o bien – y sin perder de vista la inmediatez, entendida como el momento subsecuente a la comisión del delito – tomaron conocimiento de los hechos acontecidos y de los datos del probable autor de los mismos por parte de la víctima o algún testigo que presenció los hechos o por registros electrónicos presenciados por la autoridad. Piénsese en el caso propuesto, esto es, el de las golpizas captadas por una de las cámaras de seguridad pública, a través de la tecnología, los

efectivos policiales están presenciando la comisión de un delito, pudiendo comunicarlo de manera inmediata a la patrulla policial más cercana, proporcionar las características del agresor y proceder a su detención.

La flagrancia, siempre es una condición que se configura al momento en que se realiza la detención. De ahí que la policía no tiene facultades para detener a una persona ante la sola sospecha de que pudiera estar cometiendo un delito o de que estuviera por cometerlo; y, tampoco puede detener para investigar ante la sospecha de que ha cometido un delito.

En esa inteligencia, la flagrancia descansa en que la comisión del delito ha arrojado una luz de evidencias demostrativas que conectada con la inmediatez de la detención actualiza cualquiera de las razones normativas para privar de una persona de su libertad.

La lectura demostrativa de la flagrancia plantea que, mientras existan un mínimo rastro de huellas, vestigios o indicios – variable objetiva – relacionados con la inmediata comisión de un delito o dentro de las primeras 24 horas de haberse cometido el delito – que se ha tomado conocimiento por parte de una determinada fuente: variable subjetiva –, se puede proceder a la detención por flagrancia, con independencia que sea en el mismo lugar de los eventos o en uno distinto – a razón en este último caso de persecución. De nueva cuenta, el ejemplo de unas golpizas captadas por una de las cámaras de seguridad pública torna razonable que la policía, de manera inmediata, intervenga al agresor quien se encontraba a unos metros – en concreto en una parada de autobuses – de donde yacía la víctima.

La detención del activo en flagrante delito no requiere que éste se abstenga de huir, pues precisamente por haber sido sorprendido en la comisión del ilícito resulta evidente que no lo efectuó porque la detención hizo prácticamente imposible que se diera a la fuga, como sucede si en la detención de aquél intervinieron elementos de la policía, pues la flagrancia en la detención no se destruye por el hecho de que el delincuente voluntariamente se haya puesto a disposición de la autoridad.

En ese contexto, el señalamiento presenta autonomía con la persecución, dado que la detención inmediatamente después no depende que el detenido se haya alejado del lugar de los hechos; incluso el señalamiento por información o indicios puede originar la luz probatoria que justifique proceder a la detención de una determinada persona, incluso mediante denuncia anónima, en la medida

que se esté en un momento posterior o subsecuente a la comisión del delito.

Así, las circunstancias para acreditar empíricamente la sospecha razonable objetiva son relativas a los objetos materiales del ilícito, los sujetos, lugares y horarios descritos por las víctimas y los testigos de algún delito con las denuncias que haya recibido la policía. Sin embargo, en la actualización del supuesto de sospecha razonada, no existe la condición fáctica descrita, la comisión del delito evidente y apreciable de forma directa, pero sí las condiciones circunstanciales que justifican la realización de un control preventivo provisional por parte de los agentes de la autoridad, ya sea porque haya una denuncia informal o anónima, o porque el sujeto exteriorice acciones que objetivamente den lugar a considerar que se pretende ocultar la realización de un delito. Este supuesto se actualiza si las circunstancias objetivas y particulares del delito y el sujeto corresponden ampliamente con las descritas en una denuncia previa, o bien si los sujetos controlados muestran un alto nivel de desafío o de evasión frente a los agentes de la autoridad. En consecuencia, si después de realizar el control provisional legítimo los agentes de la policía advierten la comisión flagrante de algún delito, la detención del sujeto controlado será lícita, y también lo serán las pruebas descubiertas en la revisión que, a su vez, tendrán pleno valor jurídico para ser ofrecidas en juicio.

En suma, la lectura demostrativa de la flagrancia exige saber qué información probatoria se contaba al momento de la detención para que sea razonable la misma, esto es la flagrancia siempre arroja algo: una huella, vestigio, rastro o indicios relacionado con testimonios de la víctima o de algún testigo presencial o de quienes – pensando en autoridades del Estado – que recibieron una información, por ejemplo de denuncia anónima o informal, con independencia que coincida o no el lugar de los hechos con la detención, pero si limitado a la inmediatez de la detención con el acto delictivo, bajo la fórmula del momento subsecuente a la comisión del delito.

#### 4. LA DETENCIÓN POLICIAL POR FLAGRANCIA DELICTIVA

La detención policial, según Ortells Ramos, es la privación de libertad realizada por la Policía, de duración determinada por la ley, practicada con el fin de poner a una persona a disposición del Juez, para que pueda ser ejecutada la detención judicial que, en su caso, se acuerde.<sup>81</sup>

81 ORTELLS RAMOS, Manuel. “Las medidas cautelares en el proceso penal”. En: *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 244, Madrid, 1978, p. 408

Para San Martín Castro, la detención policial constituye una potestad de la policía, pues a ella *prima facie* le corresponde apreciar los presupuestos legales de su imposición. Se trata, sin embargo, de una potestad orientada al cumplimiento de los fines de un proceso penal a cargo del Órgano Jurisdiccional y es, en todo caso, una consecuencia del carácter de competencia o prevención que corresponde a los poderes policiales. Como excepción al principio de jurisdiccionalidad previa, puede ser acordada y practicada sin un precedente mandato judicial.<sup>82</sup>

Gimeno Sendra comenta que la detención preliminar policial es una medida cautelar, porque es realizada en función de la incoación de un proceso penal, preordenada a garantizar la futura aplicación del *iuspuniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al Juez el primer sustrato fáctico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares que correspondan.<sup>83</sup>

La detención policial en casos de delitos flagrantes constituye una situación sumamente singular, respecto a la regla representada por el general respeto y protección que depara nuestra ley a la libertad personal, y la excepción, constituida por la detención mediando orden judicial escrita y debidamente fundamentada.

La detención policial consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona realizada por la Policía. En tal sentido, cabe entenderla como una obligación que tienen los miembros de la policía para privar de la libertad a una persona imputada de un delito en atención a los presupuestos que exige la Constitución y las leyes.<sup>84</sup>

82 SANMARTÍN CASTRO, César. “Derecho procesal penal”, Volumen II, Editorial Grijley, Lima, 1999, p. 804.

83 GIMENO SENDRA, Vicente. / MORENO CATENA, Víctor / ALMAGRO NOSETTE, José. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. “Derecho procesal penal”, 4ta. Edición, Tomo II, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 354

84 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Manual de derecho procesal penal”, Editorial Idemsa, Lima, 2004, p. 821. Al respecto, el citado jurista precisa que aparte del mandato de autoridad judicial y el caso de flagrante delito, no existe otra forma legal de proceder a la detención por la autoridad policial. No hay detención por *sospecha* o por *indocumentado*, en cuyos casos se deberá procurar superar el estado de sospecha o establecer mediante las fórmulas más rápidas la identidad de la persona intervenida

Se le denomina también “detención gubernativa”, en tanto la práctica hace que la policía dependa del Ministerio del Interior y, por ende, del Poder Ejecutivo. Podemos recordar, en este sentido, que al iniciarse la República y no existiendo aún la policía, la detención la ordenaban y practicaban otros representantes del Ejecutivo, tales como el Prefecto, el Intendente o el Gobernador.<sup>85</sup>

La facultad concedida al personal policial para efectuar la detención de las personas, cuando son sorprendidas flagrantemente en la comisión de ilícitos penales, en el Derecho Comparado posee, casi en la generalidad de los casos, rango constitucional.<sup>86</sup> Esto obedece al principio de restricción de los casos en que puede afectarse la libertad de las personas, conforme al cual debe considerarse la inexistencia de zonas intermedias entre lo aceptado en la ley como detención legítima y el ejercicio de la libertad.

La detención policial puede ser definida, conforme a lo señalado por el profesor, Julio Díaz - Maroto y Villarejo, como “aquella medida cautelar y provisional por la que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado privan de libertad a una persona, sobre la que pueda presumirse su participación en un hecho delictivo, durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndola en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

La detención policial no solo significa la necesaria reacción inmediata del Estado frente al delito y el delincuente, en procura de ofrecer seguridad a los ciudadanos agraviados en su derecho, evitando prima facie la indeseable aparición de la justicia por mano propia, sino la posibilidad de efectuar una debida identificación del autor del hecho; poder recuperar los bienes sustraídos, en su caso; llevar al detenido ante la autoridad fiscal o judicial competente, de ser ello necesario; colocando a los órganos jurisdiccionales, finalmente, merced a los elementos probatorios e indicios recogidos en la mejor condición posible para administrar justicia.

85 ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “La detención en casos de flagrancia”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 106, Lima, 2002, p. 101.

86 Brasil, artículo 5, numeral LX; Chile, artículo 19, inciso 7, letra c); Colombia, artículo 32; Costa Rica, artículo 37; Ecuador, artículo 24, inciso g); Nicaragua artículo 33, inciso 1; Panamá, art. 21; Paraguay, artículo 12; Uruguay, artículo 15; Venezuela, artículo 44, inciso 1.

## 5. LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA DELICTIVA PRACTICADA POR PARTICULARES

La base jurídica del arresto ciudadano está dado por la colaboración y no la obligación por parte de la ciudadanía con la Policía, quien sigue teniendo el rol de velar por el orden interno. Ahora bien, esta colaboración debe darse en casos de **EXCEPCIÓN**: la policía cumple un rol indispensable en materia de seguridad ciudadana que no puede ser asumido por un particular, el mismo sería un colaborador con la justicia, a quien excepcionalmente se le permite privar de la libertad a un sujeto en flagrancia delictiva.

En ese sentido, el arresto ciudadano debe considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. Por la subsidiariedad, el arresto ciudadano constituye una aprehensión ciudadana que sólo puede adoptarse en ausencia (en el lugar y tiempo del delito flagrante) de las agencias de persecución.<sup>87</sup> El carácter de medida provisional se manifiesta como una transitoria y brevísima privación de la libertad,<sup>88</sup> para la entrega inmediata del arrestado a la Policía. Y el carácter proporcional exige que su dictado y ejecución permita ser el instrumento adecuado para el aseguramiento de los fines del proceso penal. En ese sentido, los fines del proceso penal son dos: la solución del conflicto de intereses generado por la comisión de un delito y la legitimación del Estado para la imposición de una sanción; por lo que, como el delito flagrante, *per se*, ha generado una relación de conflicto entre el responsable y la víctima (cuya pretensión de sanción será recogida por el Ministerio Público) importa la necesidad de aseguramiento del responsable a efectos que se solucione el citado conflicto; y si se da la necesidad de abrir un proceso judicial, permitirá, a través de una prisión preventiva (si se dan los presupuestos) que el Estado, en su momento, imponga la sanción merecedora.

Estos lineamientos justificarían la figura del arresto ciudadano, y al mismo tiempo, importa alejarnos de la tesis del ejecutivo: que la ciudadanía parti-

87 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Exégesis del nuevo Código Procesal Penal”, Editorial Rodhas, Lima – Perú, 2006, p. 697.

88 “Fugaz”, en términos de Vázquez Rossi. Véase: VAZQUEZ ROSSI, Jorge. “Derecho procesal penal. La realización penal”, Tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 248.

cipa en la paz social. Esta tesis es demasiado difusa e importaría, incluso, una manipulación política. La ciudadanía no es instrumento para dispersar marchas violentas, ni convulsiones sociales; tampoco el espíritu de esta institución procesal está dado por la formación de escuadrones civiles que, en aras de la paz social, se enfrente a todo tipo de violencia y delincuencia en las calles. *El arresto ciudadano sólo puede estar legitimado cuando apunta a las necesidades y fines del proceso penal, considerando al ciudadano no como el brazo extendido de la justicia o venganza privada, sino como un colaborador, en ausencia in situ, de la autoridad policial, sustituyéndolo, provisionalísimamente, en su labor de aprehensión de delincuentes in fraganti.*

En ese orden de ideas, el arresto ciudadano se traduce en una privación provisionalísima de libertad de una persona ante la eventualidad de quedar sometida a un procedimiento penal. Es esta última característica la que permite distinguir el arresto de otras formas de limitación provisional de la libertad ambulatoria.

El arresto ciudadano se caracteriza por su provisionalidad y taxatividad, pues tratándose de una limitación de la libertad personal únicamente podrá acordarse en los casos expresamente previstos en la ley. El arresto será calificado de arbitraria cuando se acuerde sin concurrir alguna de las causas previstas legalmente o cuando se lleve a cabo infringiendo el procedimiento legalmente establecido.

El arresto ciudadano, es una medida cautelar de naturaleza personal; está sometida a los principios generales que presiden la adopción de las medidas de coerción, salvo el principio de jurisdiccionalidad, puesto que, es practicado por los particulares.

El arresto ciudadano o aprehensión destaca la circunstancia fáctica de tomar o detener a alguien. Se trata de una medida sin orden judicial y caracterizada por la inmediatez de la reacción respecto de la comisión de un hecho de apariencia delictiva.

Su justificación se encuentra en la flagrancia, es decir, concomitancia con la comisión, hablando las normas pertinentes de que procederá cuando una persona intente cometer un delito, en el momento de cometerlo, inmediatamente después, cuando es perseguido o encontrado con los efectos del delito.

Pareciera que en todos estos casos se da una evidencia del delito y ello permite que la medida sea ejecutada por los particulares y, por supuesto, por la policía, la misma que no sólo tiene al respecto la facultad de hacer sino el deber.

Esto último permite diferenciar la detención policial con el arresto ciudadano, ambos en situación de flagrancia. En el primer caso trátase de un deber cuyo incumplimiento pues ubica al representante de aquélla ante la comisión de ilícito penal. En el segundo, se trata de una autorización, vale decir propiamente de una facultad que se otorga al ciudadano no revestido de autoridad, con lo que sus omisiones no podrán ser catalogadas de punibles; ni tampoco una usurpación de funciones en la medida que el ciudadano no ejerce el arresto asumiendo una función policial, sino el ejercicio de una potestad legal, que recae sobre su condición de ciudadano.

La naturaleza jurídica, por tanto, del arresto ciudadano es la de ser una facultad excepcional de colaboración con la Policía, se dice, conectada con la idea de fortalecer la seguridad ciudadana, entendida como la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos.

Sin embargo, en lo que se refiere a la intervención de la sociedad en la lucha contra la delincuencia, la misma denotaba, hace varios años atrás, la presencia de iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial, a los delincuentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social –policía, administración de justicia...- mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora los mismos términos significan otra cosa, cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delincuentes.

Comenta Diez Ripollés, que el énfasis en los objetivos perseguidos puede variar significativamente, más centrada la comunidad en su deseo de eliminar la inseguridad y miedo generados por la delincuencia en el espacio social donde tiene lugar la interacción social, y en asegurar unas compensaciones satisfactorias por los daños causados, mientras que para la policía la delincuencia es sobre todo

un problema de orden público. Pero en último término todo se reduce a que la comunidad, mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito. De esos afanes han surgido valiosos programas de diseño urbanístico o viario anticrimen, útiles programas de difusión de técnicas de autoprotección de las víctimas o de demanda de intervención inmediata, pero también programas de control vecinal que capacitan a los residentes de un barrio para informar de cualquier ciudadano desconocido y de aspecto inusual que transite por sus calles lo cual, en aras a su mayor eficacia intimidatoria, se recuerda mediante los correspondientes indicadores callejeros, o policías de proximidad una de cuyas funciones específicas es recoger la mayor cantidad posible de información vecinal *en principio* delictivamente intrascendente.

***No obstante, el detentar posición a favor de la doctrina de la seguridad nacional consistirá en recorrer un camino que transforma la excepcionalidad de la participación comunitaria en la persecución del delito al fomento (como regla) del desempeño por la propia comunidad de las funciones propias de los órganos formales del control social.***

Los argumentos eficientistas que pretenden justificar esa retirada masiva de las fuerzas de orden público de tantos espacios colectivos ignoran unos cuantos argumentos de fondo, desde la exigencia democrática de que el Estado es el único que ha de tener el monopolio de la fuerza, hasta la constatación de que el diferenciado acceso a la seguridad privada es un nuevo y creciente factor de desigualdad social. Y tampoco quieren recordar unas cuantas razones que versan precisamente sobre la eficiencia, desde las defectuosas prestaciones llevadas a cabo por un sector profesional cuyo meteórico incremento de efectivos ha contrastado con el notorio desinterés de la administración pública en el aseguramiento de su capacitación, hasta los motivos que han impedido a las fuerzas de orden público acometer una reestructuración que les hubiera hecho capaces de atender adecuadamente a la mayoría de esas demandas sociales de seguridad que ahora ha de atender, a su costa, la comunidad.

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad ***en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la***

***comunidad del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes.*** Lo que constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud.

Por tal razón, la naturaleza facultativa – de colaboración del arresto ciudadano no debe descansar en la doctrina de la seguridad ciudadana, por los riesgos ya apuntados, sino en los fines del proceso penal, el cual, dentro del marco de un modelo acusatorio – adversarial, consiste, por un lado, en la discusión y solución de un conflicto de intereses generado por la comisión de un delito, y por otro lado, en la legitimidad de la imposición de una sanción (pena o medida de seguridad) por parte del Estado. De lo contrario, se seguirá recorriendo el camino del populismo y facilismo, alimentando los temores e inseguridades de la colectividad.

La aprehensión del delincuente por parte del ciudadano, además, coadyuva a proveer a la averiguación o indagación del hecho ilícito.<sup>89</sup> Aquí lo que se previene es el proceso penal formal, tratando de proveerse a sus necesidades probatorias formales, mediante actividades tales como el recojo de elementos probatorios, registro de los mismos, protección de elementos que requerirán pericias, elaboración de relación de testigos, toma de manifestaciones (en su caso) y documentación de actuaciones.

Parte fundamental de su propósito será el identificar a la persona detenida, autora material del hecho (y recalamos lo de material, pues podría presentarse luego la existencia de vicios de voluntad). Se aprecia que, originalmente, respecto al agente material existiría una individualización más no una identificación. Por tanto, la verificación de la identidad del detenido resulta ser una necesidad primordial.

Franco Cordero, con criterio plausible, opina que esta figura constituye únicamente una sub - cautela, teniendo que ser pasajera por provenir de poderes extra - jurisdiccionales y requerir ser convalidada (a través de la entrega inmediata a la policía). Esto mismo quiere decir que terminadas las diligencias de esclarecimiento que estrictamente justificarían la presencia del detenido y siendo leve el hecho ilícito, sin que penda una potencial pena privativa de libertad, la policía debe poner en libertad al afectado.

89 RODRÍGUEZ DE VESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. “Derecho penal español. Parte especial”, Editorial Dykinson. Madrid - España, 1995, p. 781

Y lo señalado también fortalece el carácter de excepcional de esta figura, es decir, que la comunidad no debe entender que va tomar la ley en sus manos, que es un regreso a la justicia privada; por el contrario, debe entender que sólo cuando se está en flagrancia delictiva y no haya cerca un agente policial, podrá intervenir; sin que tampoco implique que se le retenga al aprehendido, se le lleve a un lugar y se lo mantenga por horas o días, eso constituiría ya un secuestro.

La excepcionalidad de la medida exige la entrega inmediata del aprehendido al agente policial más cercano, dado que, en ningún momento la norma enerva de sus obligaciones a la policía.

Por otro lado, cabe la posibilidad que el juicio de la persona que ha procedido a detener a alguien sea equivocado; es decir, que considere ilegal un acto ajeno cuando en realidad el mismo está permitido por el ordenamiento jurídico.

En esa inteligencia, la persona que ha sufrido una indebida privación de libertad puede estar considerando, seriamente, denunciar a la persona quien lo capturó como probable autor de un ilícito penal contrario a la libertad personal (ejemplo, secuestro o privación indebida de libertad, según fuese el nomen iuris del tipo penal en la legislación respectiva).

En otras palabras, una persona que consideró, erróneamente, el estar cumpliendo la ley, ahora se ve procesada justamente por aquella normatividad que creyó defender.

Al respecto, opinamos que, para evitar sanciones injustas en aquellas personas que creyeron estar cumpliendo la ley, cuando en realidad no era así, y sobre todo, para evitar desanimar a la población, en el sentido de no querer colaborar con la autoridad ante una posible denuncia penal en su contra por haber actuado erróneamente, es que podemos recurrir a las reglas del error en una causa de justificación.

En efecto, cuando un miembro de la Policía o cualquier persona proceden a privar de la libertad a alguien, estarían dentro de una causal de justificación, en la medida en que se esté en el cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, respectivamente.<sup>90</sup> Y en ese orden de ideas, la consecuencia

<sup>90</sup> Para mayores detalles de estas causales de justificación, consúltese: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio y oral”, Flores editor, México, 2011, pp. 214 y sgts.

jurídica de toda causal de justificación es el de eliminar la antijuridicidad de la conducta y, por ende, la exclusión de toda responsabilidad penal, al estar dicha causal fundada en una norma permisiva por parte del ordenamiento jurídico. En ese sentido, no habría secuestro ni delito alguno de privación ilegal de libertad.

Ahora bien, si el sujeto está en un supuesto de equivocación o error que le hace creer que está dentro de la mencionada causal de justificación, entonces, la autoridad judicial deberá resolver su situación jurídica recurriendo a la figura del error en las causas de justificación. En ese sentido, si se sigue la teoría limitativa de la culpabilidad, a dicha clase de error se le deberá dar el tratamiento que la normatividad ofrece para con el error de prohibición, esto es, si el error es invencible – el sujeto, así poniendo todo de su parte, jamás pudo haber salido de su equivocación – se deberá proceder a excluirle de toda responsabilidad penal. En cambio, si el error es vencible – la persona si tenía la posibilidad de salir de su yerro – se procederá a responsabilizarlo penalmente, pero aplicándole una sanción atenuada.<sup>91</sup>

## 6. CONCLUSIONES

- La detención de una persona, se justifica cuando en el momento de la privación de la libertad, por lo menos, se encontró indicios que relacionen con la comisión de un delito, en términos del artículo 259 del Código Procesal Penal, de lo contrario, no habría razón jurídica alguna que justifique la detención.
- La denominada lectura demostrativa de la flagrancia también permite el señalamiento que realice la víctima o un testigo presencial, el cual puede complementar o robustecer los indicios que se hayan encontrado al momento de la detención.
- La lectura demostrativa racionaliza tanto la detención policial como la practicada por particulares, pero implica que el Ministerio Público, dentro del término de ley, identifique los indicios, incluyendo el señalamiento, si lo hubiese, para justificar, por ejemplo, la procedencia el proceso especial inmediato.

<sup>91</sup> Claro está que si se sigue la teoría restringida de la culpabilidad, entonces, al error sobre las causas de justificación se le dará el tratamiento dado al error de tipo; esto es, si es invencible, entonces la conducta de la persona es atípica, y si es vencible, solamente será típico aquel comportamiento en la medida en que se le pueda encuadrar en algún tipo penal culposo.

## LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO EN EL MARCO DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N° 1104 Y N° 1206, EN LOS CASOS DE DETENCIÓN POR FLAGRANCIA DELICTIVA

\* Artículo recibido el 20 de marzo del 2016, aprobado para publicación el día 20 de abril del 2016

Ronald Antonio Buillon Miguel  
Fiscal Adjunto Provincial.

### RESUMEN:

El presente artículo identifica y analiza los principales cuestionamientos que se hacen al proceso de terminación anticipada, los cuales se intensifican cuando dicho proceso especial se aplica en la audiencia única de incoación del proceso inmediato y en la audiencia de presentación de cargos, básicamente cuando el imputado se encuentra detenido por flagrante delito; asimismo, se proponen alternativas de solución.

### PALABRAS CLAVE:

Flagrancia delictiva, terminación anticipada, acuerdo.

### ABSTRAC:

This article identifies and analyzes the main questions that are made to the process Anticipated termination, which intensify when the special process is applied to the only audience immediately initiate the process and the filing of charges hearing, basically when the accused is detained in flagrante delicto; also they propose alternative solutions.

### KEYWORDS:

Criminal red-handed, Anticipated Termination, Agreement.

### – INTRODUCCIÓN

El instituto procesal de Terminación Anticipada es una de las figuras procesales más importantes para obtener una solución rápida y efectiva del conflicto jurídico penal derivado de la comisión de un delito, pues, ante su producción, la sociedad y especialmente la propia víctima, esperan una respuesta rápida y eficaz de la justicia formal, que satisfaga la pretensión penal con la imposición de la pena al inculpado dentro de los parámetros legales y la pretensión civil con la efectiva reparación del daño causado. De esta manera, dicho mecanismo procesal se convierte para el fiscal en el instrumento de mayor utilidad para concluir rápidamente un caso, sobre todo cuando media una situación de flagrancia delictiva y se procede a la formalización de la denuncia, independientemente que el imputado se encuentre con la imposición de una medida coercitiva de prisión preventiva o comparecencia.

Con la vigencia del Decreto Legislativo N° 1194 y Decreto Legislativo N° 1206, ahora cuando el fiscal verifica que la persona intervenida se encuentra en uno de los supuestos de flagrancia previstos en el artículo 259 del CPP de 2004 y a su consideración no concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, en virtud de lo previsto en el numeral 1 del artículo 446 del CPP de 2004 (modificado por el D.Leg. N° 1194) debe solicitar, bajo responsabilidad funcional, la incoación del proceso inmediato o en su defecto -de no cumplir con los requisitos exigidos por Ley o serle denegada la incoación- puede formalizar la denuncia penal con el procedimiento establecido en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales (modificado por el D.Leg. N° 1206). En ambos supuestos, el juez en un plazo no mayor a 48 horas debe programar la audiencia respectiva, en la cual el fiscal y el imputado asesorado por su defensa técnica pueden llegar a un acuerdo de terminación anticipada (en dicha audiencia se resolverá también el requerimiento de prisión preventiva solicitada por el fiscal).

La posibilidad de llegar a dicho acuerdo en una audiencia diferente a la prevista en el numeral 4 del artículo 468 del CPP de 2004 no es reciente, pues en algunos distritos judiciales (Huaura y Trujillo) donde se encontraba vigente el íntegro del referido código, dicha institución procesal se venía aplicando en las audiencias de prisión preventiva, de esta manera el juez de la investigación