

LA FLAGRANCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Napoleón Cabrejo Ormachea^(*)

Sumario: I. Presentación. II. Introducción.
III. Desarrollo normativo y jurisprudencial.
IV. Conclusión. V. Reflexión Final.

I. PRESENTACIÓN.

La motivación que me llevó a redactar el presente artículo, es por su actualidad e impacto jurídico, acorde a los nuevos acontecimientos, que hoy en día abre un nuevo debate e incertidumbre sobre el concepto de flagrancia en nuestro ordenamiento jurídico peruano entre dos instituciones importantes; de un lado tenemos al Tribunal Constitucional, que en sus sentencias señalan cuando se configura una flagrancia, y al mismo tiempo existe una ley vigente dada por el Congreso de la República en su facultad legislativa, que amplía el concepto de flagrancia que inicialmente definió el propio Tribunal Constitucional, es decir, a pesar que existen sentencias del TC sobre flagrancia, nuestro Congreso expide una ley diferente a la línea jurisprudencial que viene emitiendo el TC para estos casos, ¿esta ley dada por el Congreso de la República esta acorde con la Constitución?, ¿quién define a la flagrancia?, estas y otras preguntas lo explicaremos a continuación:

II. INTRODUCCIÓN.

Nuestra Constitución Política no ha definido lo que debe entenderse por “flagrancia”. Lo único que se tiene en nuestra Carta Magna de 1993 es lo

(*) Abogado. Maestro en Derecho Constitucional. E-mail: consultorlegalnco@hotmail.com

previsto en el artículo 2, numeral 24, párrafo f) y asimismo lo considerado en el artículo 2 numeral 9.

La Libertad Personal o también conocida como libertad individual, física o ambulatoria, es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2º, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, pues es la base para muchos otros derechos fundamentales, como a la vida, el honor; pero como todo derecho fundamental no es un derecho absoluto, podemos encontrarlo regulado en su ejercicio y restringido mediante una norma.

Una de las esferas físicas íntimas de un individuo donde el Estado no puede ingresar, es el derecho a no ser detenido sino por autoridad judicial competente, salvo flagrante delito, como lo señala nuestra Carta Magna en su artículo 2º, inciso 24), literal f, que prevé la ocurrencia de dos supuestos para que esta sea legítima: a) el mandato escrito y motivado del juez, y b) el flagrante delito. La norma constitucional precitada precisa que ambos supuestos no son concurrentes y que el plazo para que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad pertinente es de 24 horas, con la excepción de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en cuyo caso la detención preventiva puede extenderse por 15 días.

III. DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Los antecedentes normativos y jurisprudenciales de la flagrancia, se desarrollaron de la siguiente manera:

1. El Código de Procedimientos Penales de 1940 no definía ningún concepto de flagrancia. Este primer acercamiento al concepto de flagrancia se realiza con el Decreto Legislativo 638¹ que aprobó el Código Procesal Penal de 1991 (art. 106, inc. 8) al señalar que:

«Hay flagrancia cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto». Asimismo, «si el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber cometido el delito, o es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo».

Este artículo no entro en vigencia, tal como sucedió con parte de este texto normativo.

¹ Publicado el 27 de abril de 1991 en el Diario Oficial El Peruano.

2. El Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias publicadas el 10 de setiembre de 1998, recaída en el EXP. N° 975-96-HC/TC, caso JOSE LUIS REYNOSO CHIRINOS, señaló en cuanto a la detención en caso de flagrante delito:

(...) la persona sólo puede ser detenida por orden escrita y motivada del Juez o por la autoridad policial en caso de flagrante delito; vale decir, por evidencias en el momento mismo de la comisión del hecho delictuoso o posterior a tal acto cuando subsisten evidencias del delito; esta precisión jurídica se realiza en virtud que la Constitución Política prescribe "en caso de flagrante delito", no necesariamente in fragante, es decir, en el momento mismo de la producción del evento. Lo contrario significaría que aún existiendo notorias evidencias del hecho punible, después de la perpetración, el presunto responsable goce aún de libertad; y, además, desde luego, para la detención debe existir nexo de causalidad entre el delito y la conducta del supuesto infractor quien jurídicamente es inocente hasta que se pronuncie sentencia sobre su responsabilidad. (...) (lo subrayado es nuestro).

3. Posteriormente, y en ese mismo año de 1998, es el propio Tribunal Constitucional, quien señala en la sentencia 818-98-HC/TC, un primer concepto de flagrancia, la cual recojo literalmente:

“Se está ante un caso de (flagrante delito) cuando se interviene u observa (a una persona) en el mismo momento de (la) perpetración (del delito) o cuando posteriormente a ella, antes del vencimiento del plazo de prescripción, existen hechos o pruebas evidentes, sustentados en la técnica o la ciencia, que demuestren la producción del delito. Aspecto diferente es pronunciarse por la culpabilidad del detenido, que solamente se expresa mediante sentencia judicial” (lo subrayado es nuestro). **(Primera interpretación).**

4. En el año 2001, el Tribunal Constitucional restringe el concepto de flagrante delito, en su sentencia 125-2001-HC/TC, al señalar que "la flagrancia supone la aprehensión del autor del hecho delictivo en el preciso momento de la comisión del mismo". **(Segunda interpretación).**

5. En el año 2003 se expide la Ley N.º 27934, Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, en su artículo 4 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 9724-2005-PHC/TC, señalan que para configurar la flagrancia, se requiere de *inmediatez temporal*, que implica que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; de *inmediatez personal*, que importa que el presunto delincuente se

encuentre en dicho momento en el lugar de los hechos y con los instrumentos del delito, y que ello suponga una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo;

6. Un año después, en Julio de 2004 mediante Decreto Legislativo 957 se aprueba el Código Procesal Penal, donde se precisa que la detención policial procede:

1.º Sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.

2.º Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huella que revelan que acaba de ejecutarlo. (lo subrayado es nuestro).

3º Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, puede ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.”

7. También podemos encontrar la flagrancia en la Ley N.º 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, que en el tercer acápite de su artículo 5, modificado por el artículo único de la Ley N.º 26763, dispone que:

“En caso de flagrante delito o de muy grave peligro de su perpetración la Policía Nacional está facultada para allanar el domicilio del agresor. Podrá detener a este en caso de flagrante delito y realizar la investigación en un plazo máximo de 24 horas, poniendo el atestado en conocimiento de la fiscalía provincial penal que corresponda”.

8. La tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la definición de la flagrancia finalmente quedó establecida de la siguiente manera²:

Para la flagrancia en la comisión de un delito, deben concurrir dos requisitos insustituibles, siendo los siguientes:

1).- La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes.

2).- La inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o a

² Se pueden citar al respecto la STC Exp.2096-2004-PHC/TC, Exp.4557-2005-PHC/TC, Exp.9724-2005-PHC/TC y Exp. 1923-2006-HC/TC).

los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

Esta redacción coincide con la definición dada en la Ley 27934 y en la Ley 29372, ambas redactadas y señaladas en los puntos 5 y 6, las cuales coinciden con la primera interpretación del Tribunal Constitucional señalada en el punto 3.

9. La Ley 29009 publicada el 28 de abril de 2007, delegó facultades legislativas en materia penal al Poder Ejecutivo otorgándole facultades a través de Artículo 2, parágrafo b) *para: ... b) Definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú*".
10. Los Decretos Legislativos N° 983³ y 989⁴, publicados el 22 de Julio del año 2007, estos decretos expedidos por el Poder Ejecutivo al amparo de lo establecido en la Ley 29009, han definido a la flagrancia en los términos siguientes:

“A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible;

b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso." (...) (la negrita y subrayado es nuestro).

Es justamente esta última definición de flagrancia delictiva señalado en el ítem b) anterior, que se extiende dicha situación **“a las 24 horas**

³ Publicado el 22 de Julio de 2007 en el Diario Oficial El Peruano. **El Decreto Legislativo 983 modificó el artículo 259 del Código**

Procesal Penal de 2004. (Primera oportunidad)

⁴ Publicado el 22 de Julio de 2007 en el Diario Oficial El Peruano. El Decreto Legislativo 989 modificó la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar.

posteriores a la comisión del delito”, lo que genera su incompatibilidad con la línea jurisprudencial que venía manteniendo el Tribunal Constitucional, es decir, al amparo de la ley dada por el Poder Ejecutivo, entendiéndose que se amplía un supuesto mas de flagrancia para afrontar el problema de seguridad y orden público, y se deja de lado la primera interpretación del TC. (lo subrayado y negrita es nuestro).

11. Posteriormente se expide la Ley N° 29372, publicada el 9 de junio de 2009, que modificó nuevamente y por **segunda oportunidad** el artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, por lo que se volvió al texto original del artículo 259° del Código Procesal Penal de 2004, el cual señala:

“Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo”. (lo subrayado es nuestro).

12. El Tribunal Constitucional mediante sentencia 12-2008-PI⁵, expedida en el año 2010, en un proceso de inconstitucionalidad contra los decretos legislativos 983 y 989 expedidos por el Poder Ejecutivo señaló que existió sustracción de la materia, es decir, habiéndose expedido la Ley 29372 un año antes y habiéndose contemplado en dicha ley los dos requisitos insustituibles que el mismo Tribunal Constitucional venía desarrollando en su línea jurisprudencial, no emitió pronunciamiento alguno en el proceso de inconstitucionalidad instaurado contra los decretos legislativos 983 y 989, contrario sensu, si no se hubiese expedido la Ley 29372, el TC se hubiera pronunciado por la inconstitucionalidad de los mencionados decretos legislativos.

13. Un mes después de publicada la sentencia de inconstitucionalidad del TC, el Congreso de la República promulga la Ley N° 29569, de fecha 25 de agosto del 2010, la cual modifica nuevamente el artículo 259° del Código Procesal Penal, y precisa que la Policía Nacional del Perú está en la facultad de detener a una persona cuando está en flagrante delito, entendiéndose por el mismo cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.

⁵ STC 12-2008-PI, publicada el 24 de julio de 2010 en el Diario Oficial El Peruano.

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

Con esta nueva Ley 29569 se volvió a modificar por **tercera oportunidad** el mismo artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, volviéndose al mismo texto de los decretos legislativos 983 y 989 expedidos en el año 2007, las cuales están señaladas en el punto 10.

14. Estos supuestos que configuran la flagrancia y que están establecidos en la Ley 29569, por un lado están en contradicción con la línea jurisprudencial del TC, y también contradice lo señalado con el Código de los Niños y Adolescentes – Ley 27337 - que en su artículo 200 señala:

“El adolescente sólo podrá ser detenido por mandato judicial o **aprehendido en flagrante infracción**, en cuyo caso será conducido a una sección especial de la Policía Nacional. Todas las diligencias se realizarán con intervención del Fiscal y de su defensor”. (la negrita es nuestra).

Debe tenerse en cuenta que el mismo Código de los Niños y Adolescentes entiende que el concepto de flagrancia va por la aprehensión en el momento de cometer la infracción, siendo así, para un menor de edad, no se podría aplicar el supuesto adicional de flagrancia “a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”, contemplado en la ley 29569, a pesar que el concepto de flagrancia ha sido extendida tanto en su concepto y supuestos a las 24 horas posteriores a la comisión del delito.

15. Finalmente en el Expediente N° 01757-2011-PHC/TC, publicada en la página web del TC con fecha 11 de Julio de 2011, nuestro Tribunal Constitucional nuevamente expide sentencia reafirmando su posición en cuanto a la flagrancia en la comisión de un delito, y precisa nuevamente, que debe presentarse para que se configure la flagrancia, dos requisitos insustituibles que son: “**La inmediatez temporal**, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y la **inmediatez personal**, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en

ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en la eventual participación en el evento delictivo (...)”

IV. CONCLUSIÓN.

Al final de todo este desarrollo cronológico de normas y jurisprudencias, tenemos una ley promulgada por el Congreso de la República y una sentencia del Tribunal Constitucional, ambas tratan lo referente al concepto de flagrancia pero con un supuesto adicional diferente, y cabe preguntarnos: ¿esta ley está acorde con la Constitución?, ¿quién define el concepto de flagrancia- el Congreso o el TC?, ¿es obligación de los congresistas convertir las sentencias del TC en leyes?, las respuestas saltan a la luz y definitivamente la Ley 29569 no está acorde con los lineamientos jurisprudenciales del TC, por ende es incompatible con la Constitución Política del Perú; las demás preguntas quedarán al debate posterior.

En este nuevo escenario, el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse de manera definitiva sobre la materia o equilibrando la situación existente, con lo cual, primero tendría que declarar que la Ley N° 29569 es inconstitucional y contraria a la Constitución.

V. REFLEXIÓN FINAL.

Causa gran asombro que en menos de siete años se produzcan tres inmediatas modificaciones al concepto de flagrancia en el mismo artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004, aunado a ello que en la actualidad no existe un solo libro peruano acerca de flagrancia.

Lo que sigue siendo materia de gran incertidumbre en la comunidad jurídica y para los operadores jurisdiccionales, policiales, y del derecho es ¿cuál de estas dos -Ley dada por el Congreso de la República o sentencia del Tribunal Constitucional - se tiene que entender como tal para aplicar y calificar la flagrancia en un delito?, veamos qué sucede!!!, pero como nuestro derecho es muy positivizado y legalista, la gran mayoría de abogados y jueces seguirán lo señalado en la Ley 29569 a pesar que es una ley constitucional inconstitucional, o esperaremos hasta que el nuevo Congreso de la República expida una nueva ley, que por cuarta oportunidad modifique el mismo artículo 259° del Código Procesal Penal del 2004 y se ajuste a los lineamientos jurisprudenciales del TC.

Este análisis y su estudio esta abierto en nuestro país, así como su tratamiento y desarrollo normativo penal para una configuración final del concepto de flagrancia, acorde a los nuevos casos que surgen diariamente.