

Por Eduardo Alcócer Povis\*

## LA DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANTE DELITO Y EL DERECHO PENAL

### I. APUNTE PREVIO

1. Normalmente la “detención por flagrancia”<sup>1</sup> es un tema abordado desde la perspectiva procesal y constitucional. Sin embargo, éste también puede ser analizado desde el Derecho Penal. Como muestra de ello, planteo las siguientes preguntas: ¿el Policía tiene el deber o solo la potestad detener en flagrancia?, ¿el que detiene debe de haber observado que una persona ha realizado una conducta típica, injustificada, culpable y punible?, ¿es válida la detención en flagrancia de una falta?, ¿es válido detener a quien ayuda a otro a cometer un delito habiendo sorprendido en flagrancia delictiva solo “autor” del hecho y no a aquél?, ¿la accesoriadad de la participación delictiva cumple algún papel en la detención por flagrancia?, ¿desde qué momento se puede detener en flagrante delito?, ¿acaso se puede detener desde que el sujeto ha empezado a ejecutar la actividad delictuosa sin consumarla?, ¿es válida la detención en flagrancia de una persona que ha puesto en riesgo un bien jurídico colectivo o institucional?, ¿sólo la situación de urgencia en la intervención policial se presenta en los delitos instantáneos y no en los delitos permanentes?, ¿es válida la detención por flagrancia en casos de delitos de omisión?, entre otras.
2. Como se ha podido apreciar el contenido de este tema “procesal” no está alejado de lo penal. Ambas ramas, se comunican, se integran. A continuación ensayaré algunas respuestas a las preguntas antes formuladas<sup>2</sup>.

---

\* Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Tecnológica del Perú y en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Abogado asociado al Estudio Oré Guardia. Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

<sup>1</sup> La palabra flagrante proviene del latín *flagrans, flagrantis*, participio activo de *flagare*: arder. Como adjetivo, la palabra flagrante define a lo que se está ejecutando actualmente. En flagrante: es un modo adverbial que significa “en el mismo acto de estarse cometiendo un delito” y equivale a *in fraganti*. La locución “*in crimine*” de la que deviene el uso actual de *infraganti*, resulta antigua, pues ya figuraba en el año 533 en el Código de Justiniano. En España aparece el registro de la palabra flagrante en el año 1444. Modernamente, se habla de flagrante delito o delito flagrante o simplemente de flagrancia y; así nada más, se comprende la alusión al “delito que se está ejecutando en el momento que resulta sorprendido el autor”. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. La detención en casos de Flagrancia. En: Actualidad Jurídica. 106/2002. Lima, p. 34.

<sup>2</sup> Los ejemplos planteados en este trabajo se restringen a la llamada flagrancia tradicional, regulada en el art. 259.1 del CPP 2004.

## II. ANÁLISIS

### A. EN CUANTO AL DEBER DEL POLICÍA DE DETENER ANTE UN DELITO FLAGRANTE

3. El Policía tiene el deber de efectuar la detención de las personas cuando éstas son sorprendidas flagrantemente en la comisión de algún ilícito penal o luego de haberlo realizado (con los límites que establece la Ley<sup>3</sup>), de lo contrario cometería el delito de omisión de deber funcional (art. 377 CP). Al omitir su deber, el Policía vulnera una norma de mandato: coadyuvar con la investigación criminal deteniendo al presunto responsable (la fuente formal de dicho deber la tenemos en el art. 159.4 de la Constitución)<sup>4</sup>.

El Policía, al aceptar el cargo, asume el deber de colaborar al órgano persecutor del delito (Ministerio Público), deteniendo a los presuntos delinquentes en los casos en los que observe la comisión de un ilícito penal. Cuando no satisface dicha expectativa de comportamiento teniendo la capacidad individual de cumplirlo, comete delito.

4. Asimismo, para determinar si un Policía habría cometido o no el delito de omisión de deber funcional debe valorarse no solo la existencia de la obligación de detener, sino también verificar si el Policía tuvo la capacidad personal de cumplir con el mandato. Y es que para determinar la vulneración de la norma debe tenerse en cuenta que su destinatario (en este caso, el Policía) “esté en condiciones de poder realizar lo ordenado”<sup>5</sup>. Por ejemplo, no es exigible que el Policía detenga a un grupo de delinquentes cuando aquél ha sido herido de gravedad por estos últimos (lesión que le impide caminar). Existe una imposibilidad física de actuar.

---

<sup>3</sup> El art. 259 del CPP 2004 describe 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; y 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” (según la Ley 29569 de 25 de agosto de 2010).

<sup>4</sup> En el presente artículo no discutiré acerca del deber del Policía de impedir la comisión del delito, dada su vinculación institucional con la administración pública, que lo obliga a proteger a la comunidad (la fuente normativa de este deber lo encontramos en el art. 166 de la Constitución). Respecto al deber de impedir la comisión de delitos, ver: PAWLIK, Michael. “El funcionario policial como garante de impedir delitos”. En: <http://www.indret.com/pdf/504.pdf>

<sup>5</sup> Respecto al efecto comunicativo de la norma, con mayor extensión: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Barcelona, 2001, p. 573 y ss.

Por otro lado, puede ocurrir que el Policía cree erróneamente que concurre flagrancia. Si es así, entonces nos encontramos ante un supuesto de error de tipo<sup>6</sup> (error sobre un presupuesto objetivo de la causa de justificación: ejercicio legítimo de un deber), regulado en el art. 14 primer párrafo del CP, cuya consecuencia jurídica es tanto la no responsabilidad en caso de invencibilidad del error o el tornar en imprudente la infracción, en caso de vencibilidad del error (que haría no sancionable penalmente el delito de omisión de deber funcional, pues el art. 377 CP exige siempre el dolo).

Asimismo, debe evaluarse si la “omisión” está justificada. Por ejemplo, un Policía sorprende que una persona tomada del cuello por otra quien posee un cuchillo entre sus manos. Dicho atacante amenaza con cortarle el cuello a la víctima si es que el Policía pretende detenerlo. En esta situación, no es exigible que el Policía detenga al delincuente a pesar de la flagrancia delictiva, ya que ponderando intereses o males, el derecho a la vida de la víctima tiene un mayor valor que cualquier bien jurídico colectivo o institucional. Se estaría incurso en caso de estado de necesidad justificante (art. 20.5 del CP) que eliminaría la antijuridicidad de la omisión.

5. Además, para determinar si el Policía realizó o no un comportamiento desvalorado por el Derecho (riesgo prohibido) al detener a alguien por flagrancia, no basta la existencia del deber y la capacidad individual de cumplirlo, sino también es importante se tome en cuenta las demás obligaciones que la Ley y la Jurisprudencia Constitucional le impone, *grosso modo*: encontrarse en una situación de inmediatez personal e inmediatez temporal<sup>7</sup>.

Según el art. 259 CPP 2004, se indica –entre otros- que existe flagrancia cuando “el sujeto”, en un lapso de 24 horas de producida la comisión del hecho punible, es identificado no solo por el agraviado, sino también por

---

<sup>6</sup> Asumo la teoría restringida de la culpabilidad. Como es sabido, dicha teoría, a diferencia de la teoría del dolo y al igual que la teoría estricta de la culpabilidad, considera que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que sólo afecta a la culpabilidad, pero entiende que el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no es un error de prohibición (y, por tanto, restringe el alcance de lo que debe entenderse como error de prohibición, viniéndole de ahí el nombre de teoría ‘restringida’), sino de un error de tipo. Ver: LUZÓN PENA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Madrid, 1996, pp. 464 y ss.

<sup>7</sup> Respecto a los requisitos, el Tribunal Constitucional afirma que para declarar 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 los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo. Ver: STC Exp. 2096-2004-PHC/TC, Exp. 4557-2005-PHC/TC, Exp. 9724-2005-PHC/TC y Exp. 1923-2006-HC/TC, entre otros.

algún “testigo del hecho”. De esta manera se deja de lado los criterios de inmediatez personal y temporal. Sin embargo, a fin de evitar la arbitrariedad que se presentaría si es que la detención al “sujeto” se base solamente en la mera sindicación, el Policía debe de contrastar dicha información con otros datos que adviertan la vinculación del “sujeto” con el hecho punible y proceder a la detención con un límite temporal de 24 horas.

No debe dejarse de lado, que los actos de limitación de derechos realizados por la Policía no pueden ser llevados a cabo a su libre discreción, sino respetando los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Así, las normas que rigen la actividad policial (fuente de deber) no solo se encuentran en la legislación positiva, sino también en los principios que regulan todo acto de la autoridad estatal (fuente de deber supra legal).

## B. EL CONCEPTO DE “DELITO” EN LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA

6. En el art. 2.24.f de nuestra Constitución Política se indica que “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. Sobre este tema, existen numerosos trabajos enrolados a explicar el término “flagrancia” desde la perspectiva procesal y constitucional; sin embargo, la doctrina poco se ha ocupado de abordar los alcances del concepto “delito” y su relación con esta forma de restricción de libertad. Sin ánimo de “agotar” la discusión sobre el tema, a modo de presentación de la problemática, me ocuparé de la misma. Para ello, asumiré, desde un inicio, la tradicional concepción de delito, ordenado en base a cuatro categorías: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

### a. La tipicidad

7. El tipo penal es la descripción legislativa de la conducta criminal y de la pena. La tipicidad es la subsunción de la conducta analizada en el tipo penal. Del tipo penal se extraen las normas o mensajes que el legislador dirige a los ciudadanos (normas de prohibición o de mandato) mediante las cuales se les determina a realizar diversas conductas<sup>8</sup>.
8. Ahora bien, cuando se dice que el Policía tiene el deber de detener en caso de flagrante delito, en realidad lo que se quiere decir, en primer lugar, es que se detuvo a una persona en el momento de la comisión de la conducta típica: el hecho. El Policía *ex ante* valora lo que observa, le da un sentido (criminal)

---

<sup>8</sup> Ver más en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”. En: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología. Madrid, 2001, pp. 559-575.

al hecho. Solo así se puede decir que inicialmente el sujeto ha vulnerado una norma de determinación (prohibición o mandato). Esta primigenia imputación es uno de los fundamentos de este tipo de detención.

En otras palabras, el mero dato fáctico no es suficiente para detener legítimamente a una persona en “flagrancia”, es primordial que el Policía evalúe el hecho y lo considere –en principio- típico, que se haya infringido una norma. Por ejemplo, pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito (lo fáctico), es por sí misma elemento objetivo que configura la situación delictual es erróneo pues todas personas situadas alrededor del “detenido”, sin haber realizado conducta delictiva alguna, también serían pasibles de detención. El Tribunal Constitucional consideró, en base a estas ideas, ilegítima la detención de “todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, [pues ellas no] estarían inmersas en la pretendida flagrancia” (STC 1324-2000-HC/TC). Es fundamental que la conducta sea considerada, en virtud de un razonamiento inicial, típica.

9. Y cuando se habla de “tipicidad” se alude a la vertiente objetiva. De lo contrario, la detención de una persona basada en lo puramente subjetivo, llevaría a avalar la detención por sospecha; como sucedió en la STC 1923-2006-HC/TC, mediante el cual se consideró legítima la detención de una persona por el solo hecho de haber acudido –al Aeropuerto- a despedir a un supuesto traficante de drogas. Erróneamente el TC consideró que esa sola circunstancia “revelaba un aparente conocimiento de la carga ilícita que se portaba”.
10. Por otro lado, ¿se debe detener en flagrante comisión por omisión de un hecho delictivo? ¿la detención por flagrancia alcanza a los partícipes del hecho criminal? Responderé estas preguntas a partir del siguiente ejemplo, un Policía observa que una persona (cuya cara está cubierta por un “pasamontaña”) ingresa –por el techo- a una casa ajena. Dicho Policía también observa que dos personas -que trabajan como “seguridad” de dicha Urbanización vecinal y que poseen armas- están cerca al lugar de los hechos y no hacen nada para evitar el acto criminal, siendo “testigos” del mismo. ¿A quiénes debe detener el Policía?

En caso planteado, considero legítima la detención de quien ingresa a la casa de otra persona pues vulneró la norma de “no penetrar casa ajena” (art. 159 CP) y también, de ser el caso, porque empezó a vulnerar la norma de “no hurtar en domicilio ajeno” (art. 186.1 CP). Se trata de una conducta comisiva de corte criminal (percibido de modo inicial).

¿Se debe detener a los trabajadores de “seguridad”? Considero que sí. Y es que mediante su “omisión” contribuyeron a la realización del acto criminal,

teniendo la obligación de impedir el hecho (art. 13 CP, que regula los delitos cometidos mediante omisión impropia). Los datos expuestos en el ejemplo: eran dos personas y poseían armas, nos permite concluir que tenían la capacidad personal de evitar el riesgo y no lo hicieron. En principio, se le podría imputar la complicidad por omisión de los delitos expuestos en el párrafo anterior<sup>9</sup>.

La detención del partícipe debe también estar regida por los principios de inmediatez personal y temporal. El Policía debe de efectuar una doble valoración: no solo debe observar que el partícipe ha realizado la (su) conducta típica (auxiliar o determinar a otro a cometer un delito), sino también que el autor haya empezado a ejecutar el hecho criminal. Solo así la detención será legítima.

11. ¿Es legítima la detención en “flagrancia” por la comisión de un delito culposo? Nuevamente, planteo un ejemplo: un funcionario público, de modo negligente, no vigila que el dinero “público” que administra, permitiendo que un tercero se apropie de dicho bien.

Al respecto, en el art. 259 del CPP se afirma que procede la detención en flagrancia cuando el agente “1. (...) es descubierto en la realización del **hecho punible** (...); 2. (...) acaba de cometer el **hecho punible** y es descubierto; y 3. (...) ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del **hecho punible** (...)”.

En principio, el CPP utiliza el término “**hecho punible**”, el que –según el art. 11 CP- es definido como “(...) las acciones dolosas o **culposas** penadas por la ley”. De tal manera que, normativamente, las infracciones penales cometidas a modo de culpa sí pueden ser presupuesto para la detención de una persona que las realiza de modo flagrante.

Por otro lado, no sería correcto exigir que el Policía ingrese a la “cabeza del agente” a fin de evaluar sus intenciones. La flagrancia supone que el Policía percibe y valora un determinado suceso: lo externo. Resulta imposible evaluar, de inmediato, lo “interno”.

Ahora bien, a propósito del caso planteado *supra*, en teoría, el Policía si advierte la comisión de un acto delictivo debe detener al presunto responsable; en el caso de un delito culposo, desde el plano objetivo, se debe

---

<sup>9</sup> Sobre la complicidad omisiva: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. 2da edición, Bogotá, 1983, pp. 72 y ss. Para otros, se trata de una forma de coautoría: STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible. Madrid, trad. de la 2ª. edic. alemana por Gladys Romero, 1982, pp. 316 y ss.

conocer no solo que la persona tiene un deber y que lo infringió (infracción a un deber objetivo de cuidado), el cual, en determinados contextos de especial regulación (como el del Derecho Público), las posibilidades de advertir la infracción de las normas que los regulan disminuyen, por tanto, se hacen menos frecuentes –en estos casos- las detenciones por flagrancia<sup>10</sup>.

## b. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

12. Como se dijo antes, la tipicidad permite establecer que la conducta realizada por el autor es prohibida u ordenada por la norma; ahora bien, las causas de justificación nos ayudan a sostener que dicha conducta es permisible por el ordenamiento jurídico al tutelarse intereses superiores. Si bien ambas categorías tienen una autonomía conceptual propia, lo cierto es que normativamente forman parte de una sola: el injusto, el mismo que expresa un juicio global del hecho (un hecho típico no es suficiente para considerarlo como penalmente relevante, es necesario que no esté permitido).
13. En esa línea, el tipo no se agota con la descripción del supuesto de hecho prohibido u ordenado, pues también incluye la descripción de los presupuestos objetivos de la causa de justificación<sup>11</sup>. A ello se le denomina: tipo del injusto.
14. Dicho esto, para considerar que una detención en “flagrancia” es legítima es necesario que el Policía haya advertido que la conducta del agente sea típica (tipo del injusto: tipicidad y causa de justificación). Planteo el siguiente caso, una persona dispara y mata al agresor de su novia cuando esta última estaba siendo violada sexualmente. ¿El Policía –quien llegó al lugar de los hechos en el momento del acto de defensa- debe detener a quien disparó? ¿Acaso no es evidente que se actuó en legítima defensa de terceros?

En el caso planteado sería erróneo considerar conforme a derecho la detención que el Policía pudiera haber practicado al defensor habiendo observado que dicha persona actuó en defensa de un tercero: su novia (art.20.3 CP que regula la legítima defensa)<sup>12</sup>. En ese orden de ideas, la

---

<sup>10</sup> Lo contrario sucede en los frecuentes casos de accidentes de tránsito provocados por conductores ebrios. La modalidad culposa del comportamiento es objetivamente verificable, por lo que las detenciones por flagrancia son comunes.

<sup>11</sup> MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. 2da edición. Montevideo, 2002, p. 55. Sostiene que: “(...) las proposiciones jurídicas en las que se prevén las causas de justificación no constituyen normas independientes, sino disposiciones auxiliares, limitadoras del imperativo formulado por las proposiciones jurídicas que encierran los tipos de delito. La norma penal completa se forma de la puesta en relación del tipo (positivo) y la causa de justificación”.

<sup>12</sup> En el caso planteado, en virtud del art. 68 CPP, el Policía –dando cuenta al Fiscal- puede citar al joven a fin que rinda su declaración.

finalidad cautelar de la detención por flagrancia reduce la exigencia a la comprobación del tipo objetivo del injusto.

### c. La culpabilidad

15. Me restringiré a la imputabilidad. Por ejemplo, un Policía observa a un joven de 16 años en el momento que sustrae un celular a una mujer. ¿El Policía lo debe detener? Sí debe detenerse al adolescente. La culpabilidad (como categoría jurídica) está regida por normas secundarias, dirigidas a la autoridad estadual a efecto de imponer la sanción (también se le conoce como “normas de sanción”). Hasta aquí uno podría concluir que dichas normas, por su naturaleza, no influyen en la legitimación de la detención por flagrancia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: La detención en flagrancia de un adolescente es permitida por el Código de los Niños y Adolescentes (art. 185) pues es mayor de 14 años y pasible de una sanción penal (medida socioeducativa). A un niño (menor de 14 años) no se le debe detener.
16. El legislador ha impuesto dicho límite (edad de 14 años) a efectos de legitimar las posibilidades de detención en caso de flagrancia. Por ello, considero que la imputabilidad, exigida para la sanción penal, se flexibiliza en los casos de detención por flagrancia.

### d. La punibilidad

17. Constatado que un hecho es antijurídico y que puede ser imputado o atribuido jurídicamente a su autor, es natural que se aplique la consecuencia jurídica prevista, es decir, la imposición de una pena. Esto porque la realización de un injusto culpable colma la exigencia de *merecimiento de pena*. Sin embargo, existen casos en los que por razones de política criminal resulta aconsejable renunciar a la sanción penal, esto porque no se constata la *necesidad de la pena*.
18. En este sentido, se habla de punibilidad como un estadio posterior —ajeno a la antijuricidad y culpabilidad— en el que el legislador exigirá adicional y excepcionalmente ciertos requisitos para imponer una pena. Estos casos son fundamentalmente dos: las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.
  - Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias o requisitos relacionados con el *hecho*. Aquí el legislador añade elementos que no pertenecen al injusto y cuya concurrencia condiciona la punibilidad. Por ejemplo, las cuantías en algunos delitos, como el contrabando (Ley 28008 de los delitos aduaneros que exige que la mercancía tenga un



valor superior a 2 UIT) y en el hurto (arts. 185 y 444 CP, mediante los cuales se extrae que la conducta es delictiva si el valor del bien mueble sustraído supera el monto de una remuneración mínima vital).

- En cuanto a las excusas absolutorias, estas son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la *persona* del autor, que lleva al legislador a considerar que si bien se está ante un comportamiento antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Son de carácter personal, con lo cual, sólo excluyen la punibilidad en aquellos intervinientes en quienes concurren. Por ejemplo, lo regulado en el art. 208 del CP (en caso de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre parientes).

19. Dicho esto, expongo el siguiente caso: un Policía observa que un joven de 20 años sustrae (sin violencia ni amenaza) un celular a una mujer. El celular tiene un valor en el mercado de 400 soles. ¿El Policía lo debe detener?

Considero que sí. Si bien no se cumple con la condición objetiva de punibilidad exigida para considerar al hurto como delito (el valor del bien mueble es de 400 soles, es decir, menor al monto de una remuneración mínima vital que es de 600 soles). Sin embargo, la categoría de la “punibilidad” no es exigible para legitimar la detención en flagrancia, sino para la sanción. Basta que se haya realizado un injusto atribuible al autor. De allí que es también legítimo detener a una persona que ha sido vista cometiendo una falta (ubicada en el libro Tercero del CP), pues se entiende que lo que ha pretendido el legislador no es determinar un concepto tradicional de “delito” (cuatripartito) sino darle una acepción que permita la detención de todo comportamiento con relevancia penal (infracción penal o hecho punible, ver art. 11 CP: “Son delitos o **faltas**...”).

¿Se seguiría considerando legítima la detención si estando en la Comisaría, se conoce –por confesión- que ambos eran familiares (hijo-madre), por lo que el hecho está abarcado por la excusa absolutoria del art. 208 CP? La respuesta es la misma, en este caso también se presenta un hecho con apariencia delictual, por lo que la detención realizada fue legítima. La excusa absolutoria le “perdona” la pena al sujeto activo del hecho, pero no limita las posibilidades de detención por flagrancia.

### 3. OTROS TEMAS PROBLEMÁTICOS

20. Un tema interesante a tratar es la diferencia entre actos preparatorios y ejecución. Esta diferencia es importante porque sólo será legítima la

detención de una persona que haya empezado a ejecutar la conducta típica<sup>13</sup>. Si es que se encuentra preparando su plan, entonces la detención será abusiva. Por ejemplo, detener a alguien cuando va a comprar un cuchillo.

21. Otro de los requisitos a valorar para determinar la legitimidad de la detención por flagrancia es la “urgencia” de la intervención policial. Al respecto, en la STC 3691-2009-HC/TC se indica lo siguiente: “La intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los **delitos de consumación instantánea**, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, **en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia**”. Lo resaltado es mío.

En la Sentencia se afirma que la intervención “urgente” -a la que se hace referencia en los supuestos de “flagrancia”- se justifica en los delitos instantáneos. Claro está –aquí mi opinión- sólo en los casos en los que el agente haya empezado a “ejecutar” el hecho delictivo. De lo contrario, si nos encontramos en la etapa preparatoria de un delito instantáneo, no se presentaría tal situación de “urgencia”, por lo que la detención resultaría ilegítima.

Asimismo, no considero correcto considerar que la urgencia “decae” en los casos de delitos permanentes. A contrario, la urgencia (tanto para la evitación de la vulneración al bien jurídico como para la aprehensión al sujeto en los casos en los que se cumplen los requisitos de la flagrancia) es latente. Y es que, como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por tanto, la vulneración al bien jurídico persiste en el tiempo lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar se siga realizando el actuar

---

<sup>13</sup> Como apunta el Prof. Iván Meini: la flagrancia “es un concepto que, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*. De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa) son actos que también quedan abarcados por el concepto de flagrancia. La razón es hasta cierto punto obvia: los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia...”. En: MEINI MÉNDEZ, Iván. “Procedencia y requisitos de la detención”. En: la Constitución Comentada. Tomo I. Lima, p. 294.

delictivo cuya comisión es evidente; asimismo la necesidad de detenerlo pervive mientras dure el estado antijurídico.

Por ejemplo, en el caso del delito de secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima. Así, en el supuesto que la Policía advierta con certeza que una persona está secuestrada en una casa no es necesario solicitar y esperar una respuesta de la autoridad judicial para ingresar al inmueble, rescatar a la víctima y detener a los responsables. Dicha autoridad puede (capacidad individual de evitar riesgos) y debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables. Se actúa en ejercicio legítimo de su deber. Al respecto, el art. 3 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional regula lo siguiente “La finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia (...)”. El fundamento normativo del deber de detención lo vimos al inicio del presente trabajo.

22. En cuanto a la “naturaleza” jurídica de los bienes jurídicos, la detención por flagrancia no se limita solo a los casos en los que se pone en riesgo o lesiona un bien jurídico individual. Por ejemplo, mencionando los casos que plantea el TC en la sentencia anterior (tenencia ilícita de armas, tenencia ilícita de drogas y de efectos del contrabando); más allá que lo vulnerado sean bienes jurídicos de carácter colectivo (seguridad pública y salud pública, respectivamente) e institucional (correcto funcionamiento de la administración tributaria) lo cierto es que la Ley (art. 259 del CPP de 2004) no hace distinciones: se refiere a la detención de flagrante “delito”. Aunque es común que los ejemplos tradicionales de detención en flagrancia describan casos de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos individuales, lo cierto es que un Derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de derecho no debe restringir los supuestos de detención en flagrancia a un grupo de delitos, sino debe ampliarse a todos los que nuestro ordenamiento desvalora. Detención que se dará, como se dijo, en los casos en los que concurran los otros requisitos de la flagrancia (inmediatez temporal y espacial, por ejemplo).

En otras palabras, si se cumplen los requisitos de la flagrancia, no resulta relevante si nos encontramos ante un delito instantáneo (siempre que el agente haya empezado a ejecutar su plan criminal) o permanente; en ambos casos se exige el deber que tiene la Policía de tutela de bienes jurídicos.

23. Por otro lado, ¿cuándo es legítima la detención en flagrancia de un “autor mediato”? expongo un caso: se detiene a una persona bajo el alcance de la

“flagrancia”, por la presunta comisión de delitos “contra el patrimonio (hurto agravado), contra la tranquilidad pública y contra la seguridad del Estado”. La detención se realizó por su “condición de dirigente del paro regional que se llevó a cabo entre el 7 y el 9 de julio de 2008, que causó el incendio de la sede del Gobierno Regional de Madre de Dios (...) fue detenido veinticuatro horas después del incendio y saqueo de las instalaciones del Gobierno Regional y que por su capacidad de convocatoria sobre quienes ocasionaron los daños, debía ser investigado” (STC 5423-2008-HC/TC, caso Segundo López). El TC resolvió que: “la detención en flagrancia por autoría mediata por dominio del hecho carece de fundamento dado que no se cumple con los requisitos de inmediatez temporal y personal exigidos por este Tribunal Constitucional”.

La autoría mediata tradicional (art. 23 CP) supone la utilización de un tercero (no responsable) para la comisión de un delito. Por otro lado, una forma especial de autoría mediata es la “autoría por dominio de organización” que supone que el agente es Jefe de una organización criminal asociada para cometer permanentemente delitos. En estricto, sus presupuestos son: a) que exista una organización delictiva orientada a cometer delitos; b) que el aparato de poder opera al margen del Ordenamiento Jurídico, c) que los ejecutores sean fungibles y d) que exista una rígida jerarquía. El autor mediato no realiza la acción criminal, se entiende que dicha conducta es ejercida por un tercero<sup>14</sup>. Como se observa, toda forma de autoría mediata, por dominio de la organización, no cumple con el requisito de la inmediatez personal, por lo que la detención por “flagrancia” será una detención por sospecha<sup>15</sup>.

### III. REFLEXIÓN FINAL

24. Hoy en día, está claro que el tradicional divorcio entre penalistas y procesalistas debe superarse pues, en la práctica, resulta ser un punto de partida disfuncional, en términos político-criminales (para la persecución eficaz del delito), como dogmáticos (tratamiento uniforme de los casos)<sup>16</sup>. Es necesario darle al Derecho Penal un sentido integral<sup>17</sup>. Quienes estamos

---

<sup>14</sup> Ver más en: PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación. Lima, 2009, pp.19-44.

<sup>15</sup> A menos que se cumplan los requisitos de las otras formas de flagrancia.

<sup>16</sup> Ver más en: RAGUÉS I VALLES, Ramón. “Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal: Hacia una visión integrada”. En: Anuario de Derecho penal. Reforma del proceso penal peruano. En: Anuario de Derecho penal. Reforma del proceso penal peruano. Lima, 2004, p.144

<sup>17</sup> FREUNDT, Georg. “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal”. En: WOLTER, Jürgen y FREUNDT, Georg (eds). El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid/Barcelona, 2004. p.126. Considera que por sistema integral del Derecho penal no sólo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también del Derecho procesal penal como auténtico campo de

vinculados al estudio y a la práctica del derecho estamos obligados a orientar nuestro trabajo hacia esa perspectiva unificadora. En esa línea, a modo de aproximación, se ha visto en este trabajo, que la “detención por flagrancia” no es solo un tema procesal o constitucional, sino también penal.