

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



LA ADMISIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES EN LOS CASOS DE CUASI FLAGRANCIA EN EL PROCESO INMEDIATO EN UN DERECHO PENAL DEL ACTO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:

ABOGADO

AUTOR (A)

SUYON CABRERA, ROSA ELVIRA

Chiclayo, 21 de noviembre de 2018

**LA ADMISIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN
INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES EN LOS
CASOS DE CUASI FLAGRANCIA EN EL PROCESO
INMEDIATO EN UN DERECHO PENAL DEL ACTO EN LA
JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA**

PRESENTADA POR:

SUYON CABRERA, ROSA ELVIRA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

Mtro. Guerrero Saavedra, José Alberto

PRESIDENTE

Mtro. Bulnes Tello, Manuel Jesús Fernando

SECRETARIO

Mtro. Arismendiz Amaya, Eliu

ASESOR

DEDICATORIA

A Dios misericordioso, por haberme ayudado a terminar una de las etapas más significativas de mi vida, gracias a su fortaleza espiritual en la lucha constante de superación.

A mis padres, Humberto y Elisa, con todo mi amor, por ser ellos ejemplo de lucha, sacrificio, constancia y superación, ya que cada día se esfuerzan porque sea una mejor persona y profesional.

La Autora.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis, el Dr. Elio Arismendiz Amaya, por haberme brindado su tiempo, paciencia y dedicación en el desarrollo de esta investigación.

A mi maestro, el Dr. Edson Ranulfo Humberto Espinoza Meléndez, por su amistad y apoyo incondicional durante mi vida universitaria.

A mi maestra, la Dra. Erika Janet Valdivieso López, por su gran ayuda y apoyo brindado durante mi desarrollo personal y académico.

Y a todas las personas que me ayudaron desinteresadamente.

La Autora.

RESUMEN

El Derecho Penal peruano a través de sus diversas modificaciones ha creado el innovador proceso inmediato, cuyo objetivo es lograr la eficacia y celeridad procesal, siendo la flagrancia delictiva uno de los presupuestos para su incoación, específicamente la cuasi flagrancia, que se configura cuando el autor del hecho punible es descubierto, pero huye, logrando la plena identificación del sujeto y su detención policial dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho delictivo.

El Tribunal Constitucional peruano ha precisado en el Expediente N° 03691 – 2009 – HC/ TC¹, que en los delitos permanentes existe un decaimiento de la urgente intervención policial, no obstante la cuasi flagrancia también se encuentra presente en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, por lo que se deben considerar lícitas la pruebas incautadas en dicha intervención en el caso en concreto, sin existir nulidad procesal, admitiendo un derecho penal del acto con una ponderación de derechos fundamentales basados en la seguridad de la ciudadanía.

Palabras claves

Proceso inmediato, flagrancia, cuasi flagrancia, delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, pruebas, ponderación.

¹ STC del 18 de marzo del 2010 [Expediente número EXP. N.° 03691-2009-PHC/TC] [Ubicado el 08. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03691-2009-HC%20Resolucion.pdf> Caso Luz Emerita Sánchez Chávez y otros.

ABSTRACT

Peruvian criminal law through its various modifications has created the innovative immediate process, which objective is to achieve procedural efficiency and speed, being the criminal flagrancy one of the assumptions for its initiation, specifically the near flagrancy, which is configured when the author of the punishable fact is discovered, but manages to escape, achieving the full identification of the subject and his police arrest within the twenty-four hours of the criminal act.

The Peruvian Constitutional Court has specified in file N ° 03691 - 2009 HC / TC that in permanent crimes there is a decline in the urgent police intervention, in spite of this the near flagrancy is also present in the crimes of instantaneous commission and permanent effects, therefore, the evidence seized in that intervention in the specific case must be considered lawful, without nullity proceedings, admitting a criminal law of the act with a weighting of fundamental rights based on the security of citizenship.

Keywords:

Immediate process, flagrancy, near flagrancy, instant commission crimes and permanent effects, proof, weighing.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
ÍNDICE.....	VII
TABLA DE ABREVIATURAS.....	IX
INTRODUCCIÓN.....	X
CAPÍTULO 1: LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES EN LOS CASOS DE CUASI FLAGRANCIA EN EL PROCESO INMEDIATO.....	13
1.1 . El Proceso inmediato.....	14
1.1.1. Conceptos básicos.....	14
1.1.2. Protocolo de Actuación Interinstitucional para el proceso Inmediato en casos de Flagrancia y otros supuestos bajo el D. Leg. N° 1194.....	18
1.2. Flagrancia delictiva.....	22
1.2.1. Conceptos básicos.....	22
1.2.2. Características de la flagrancia.....	26
A. Inmediatez temporal.....	26
B. Inmediatez personal.....	27
C. Urgencia de actuación policial.....	28
1.2.3. Clases de flagrancia.....	29
A. Flagrancia propiamente dicha.....	29
B. Cuasi flagrancia.....	31
C. Flagrancia presunta.....	34
1.2.4. Detención policial en caso de flagrancia.....	35
1.2.4.1. Requisitos de la detención por flagrancia.....	40
A. El fumus boni iuris.....	40
B. Periculum in mora.....	41
1.3. Los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes.....	43
CAPÍTULO 2: LAS NULIDADES DEL CAUDAL PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO.....	47
2.1. Las nulidades en el proceso penal.....	47

2.1.1. Contenido de las nulidades.....	47
2.1.2. Clases de nulidades.....	50
A. Nulidad absoluta.....	50
B. Nulidad relativa.....	51
2.1.3. Efectos de las nulidades.....	54
2.2. Aspectos fundamentales de la prueba.....	56
2.2.1. Concepto de prueba.....	56
2.2.2. Objeto de la prueba.....	60
2.2.3. Principios básicos que rigen la prueba penal.....	62
A. Principios de la actividad probatoria.....	62
B. Principio de libertad probatoria.....	64
C. Principio de contradicción.....	65
D. Principio de comunidad de la prueba.....	66
2.2.4. Categorías probatorias.....	68
A. Elemento de prueba.....	68
B. Fuente de prueba.....	68
C. Órgano de prueba.....	70
D. Medio de prueba.....	71
2.2.5. La prueba prohibida y su nulidad en el proceso.....	72
CAPÍTULO 3: EL DERECHO PENAL DEL ACTO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA EN LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA CON EFECTOS PERMANENTES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO INMEDIATO.....	77
3.1. El derecho penal del acto.....	78
3.2. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el derecho penal peruano en el proceso de flagrancia.....	83
3.2.1. El principio de proporcionalidad.....	84
A. Idoneidad.....	87
B. Necesidad.....	94
C. Proporcionalidad en sentido estricto.....	98
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	108
ANEXO.....	119

TABLA DE ABREVIATURAS

- CPP.** Código procesal Penal.
- PNP.** Policía Nacional del Perú.
- D. Leg.** Decreto Legislativo.
- TC.** Tribunal Constitucional.
- EXP.** Expediente.
- STC.** Sentencia del Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

El innovador proceso inmediato está ubicado en el Código Procesal Penal, tal y como lo indica el artículo 446° al expresar que el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato cuando “(...) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259 (...)”. Asimismo, la finalidad de dicho proceso especial es la simplificación y celeridad procesal, precisando además que el concepto de la flagrancia delictiva y los tipos penales han evolucionado en la legislación y doctrina.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en el Expediente N° 03691 – 2009 – HC/ TC², la existencia del decaimiento de la extrema urgencia en los casos de flagrancia, únicamente respecto a los delitos permanentes, razón por la que los efectivos policiales deberán ir primero por una orden judicial. Es así, que en la presente investigación se ha planteado la siguiente interrogante: ¿De qué manera la admisión de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes en los casos de cuasi flagrancia en el proceso inmediato se aplicará en un derecho penal del acto en la jurisprudencia penal peruana? , razón por la cual se ha precisado que la hipótesis a dilucidar es que, si se da la admisión de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes en los casos de cuasi flagrancia en el proceso

² STC del 18 de marzo del 2010 [Expediente número EXP. N.° 03691-2009-PHC/TC] [Ubicado el 08. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03691-2009-HC%20Resolucion.pdf> Caso Luz Emerita Sánchez Chávez y otros.

inmediato, entonces, se respetaría un derecho penal del acto en la jurisprudencia penal peruana.

La investigación tiene como objetivo general: determinar la admisión de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes en los casos de cuasi flagrancia en el proceso inmediato en un derecho penal del acto en la jurisprudencia penal peruana; y como objetivos específicos: definir los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes en los casos de cuasi flagrancia en el proceso inmediato para evitar la nulidad del caudal probatorio, y explicar el derecho penal del acto en la jurisprudencia penal peruana en la realización de los delitos de comisión instantánea en el desarrollo del proceso inmediato.

En este sentido, el trabajo de investigación está estructurado en tres capítulos que serán analizados de acuerdo a la variada jurisprudencia, doctrina y legislación, según las últimas modificaciones e innovaciones del Código Procesal Penal del año 2004. El primer capítulo está referido al proceso inmediato, estableciendo sus conceptos básicos con una correcta aplicación del Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de flagrancia y otros supuestos bajo el Decreto Legislativo N° 1194, asimismo, se analizará la flagrancia delictiva y la detención policial, así como los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes. En el segundo capítulo, se examinará el contenido de las nulidades procesales, y el desarrollo de las generalidades de la prueba. Finalmente, en el capítulo tres se optará por la implementación de los delitos con efectos permanentes sin un decaimiento de la extrema urgencia, dentro de un derecho penal del acto, por lo que se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.° 03691-2009-PHC/TC, todo ello con una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, mediante sus tres subprincipios rectores.

Por lo que la presente investigación logrará establecer una medida correcta, ponderando los derechos fundamentales que salvaguardan a toda una sociedad, para evitar así, incrementar los niveles de punibilidad y los índices de delincuencia en nuestro país.

CAPÍTULO 1

LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES EN LOS CASOS DE CUASI FLAGRANCIA EN EL PROCESO INMEDIATO

CAPÍTULO 1

LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA Y EFECTOS PERMANENTES EN LOS CASOS DE CUASI FLAGRANCIA EN EL PROCESO INMEDIATO

El proceso inmediato, es un proceso especial e innovador que tiene como fundamento y finalidad, lograr la eficacia, celeridad y simplificación procesal durante el desarrollo de todo el litigio penal, siendo uno de sus supuestos normativos para incoar dicho proceso, la flagrancia delictiva y sus diversos presupuestos, específicamente la cuasi flagrancia, aplicados en diversos tipos penales, como por ejemplo los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes.

Es por ello que en el primer capítulo se desarrollarán los temas concernientes a los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes en los casos de cuasi flagrancia en el proceso inmediato, por lo cual creímos conveniente estudiarlo en tres apartados, el primero de ellos referente al proceso inmediato reformado tanto en la doctrina como en la legislación, el segundo apartado abordará la flagrancia delictiva, el contenido y características que posee, y finalmente en el tercer apartado trataremos lo concerniente a los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes.

1.2 . El Proceso inmediato

1.1.1. Conceptos básicos

El proceso inmediato está regulado en el Código Procesal Penal (en adelante CPP) en el Libro V de los Procesos Especiales, Sección I, ubicado en los artículos 446°, 447° y 448° del cuerpo legal en mención, por lo que PEÑA CABRERA FREYRE precisa que “en este caso lo que se prescinde es la investigación preparatoria, en el entendido que el representante del Ministerio Público cuenta con la evidencia de incriminación suficiente e idónea para ir directamente al juicio oral”³. De ese modo, lo que se busca con el innovador proceso inmediato es la garantía de un debido proceso simplificado.

En palabras de NEYRA FLORES, se ha definido el concepto de proceso inmediato como “(...) aquel proceso especial que, en aras de la celeridad de los procesos penales, pasa directamente de la fase de diligencias preliminares al juicio oral, obviando llevar a cabo las etapas de investigación preparatoria propiamente dicha y la intermedia de un proceso común”⁴. Es decir, se debe obtener un debido proceso célere y eficaz sin mayores retardos e innecesarias dilaciones, por lo que el hecho de omitir algunas etapas procesales no es un mero antojo del Ministerio Público, ya que éstos poseen un caudal probatorio recaudado durante el hecho delictivo, así como una clara imputación en contra del autor del delito.

Al respecto HURTADO HUAILLA y REYNA ALFARO sostienen que “la naturaleza jurídica del proceso inmediato, es decir, su esencia o característica principal, está basada en la inmediatez, la celeridad, la economía y el ahorro de recursos como el tiempo y otros aspectos innecesarios”⁵. Por ende, sin lugar a duda el proceso inmediato ante las diversas conceptualizaciones que ha generado en el entorno

³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “El proceso inmediato como manifestación de simplificación procesal en el Nuevo Código Procesal Penal y su limitada actuación en el marco de la política criminal del derecho penal securitario” en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacifico S.A.C., 2017, p. 51.

⁴ NEYRA FLORES, José. *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo II, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2015, p. 45.

⁵ HURTADO HUAILLA, Ana y REYNA ALFARO, Luis. “El Proceso Inmediato: Valoraciones político – criminales e implicancias forenses del D.Leg.N°1194”, en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 76, octubre 2015, p. 12.

jurídico penal de la administración de justicia, está proclive siempre a coadyuvar al sistema judicial penal del país, en busca de la celeridad y simplificación procesal, y que con el transcurrir del tiempo ha ido evolucionando y reformándose legislativamente en pro de la defensa y la no vulneración de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido cabe precisar que, mediante el Acuerdo Plenario N° 006-2010/CJ-116, de fecha dieciséis de noviembre del año dos mil diez, debidamente emitido por el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, se ha indicado expresamente en su fundamento jurídico número 7 que “el proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación”⁶. Es decir, lo que se busca con dicho acuerdo es lograr en todo extremo una economía procesal en beneficio del debido proceso.

Asimismo, PÁUCAR CHAPPA precisa que el proceso inmediato al ser un proceso especial “(...) propicia en su propio seno otros mecanismos de simplificación procesal como el principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y la terminación anticipada, durante una audiencia de incoación y de juicio inmediato que tienen carácter de inaplazables (...)”⁷. En consecuencia, podemos colegir que existe un alto grado de celeridad procesal instaurada gracias al proceso inmediato, que a pesar de ser éste, una herramienta para lograr una mayor economía procesal, brinda además la posibilidad de acceder a diversos mecanismos para hacer aún más célere el litigio penal en este caso en concreto, es decir se otorga un abanico de oportunidades para combatir la delincuencia, respetando siempre las garantías del debido proceso.

⁶ ACUERDO PLENARIO N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010 de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2017 [Ubicado el 18 VI 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2010.pdf

⁷ PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “El proceso inmediato: Supuestos de aplicación y procedimiento” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016, p. 157.

Asimismo, ORÉ GUARDIA respecto a la conceptualización del proceso inmediato, alega que este “(...) es un proceso especial que, en favor de la celeridad procesal, obvia la fase de investigación preparatoria propiamente dicha y la etapa intermedia cuando se presentan determinados supuestos; es decir, luego de culminar con las diligencias preliminares, por las características particulares de los casos materia de investigación, se acude, en mérito a este proceso, directamente a la fase de juzgamiento”⁸. Esto quiere decir, que mediante la innovación de este proceso especial se espera una mayor eficiencia procesal que guie las leyes con la mayor celeridad posible y que si bien es cierto se omiten ciertas etapas del proceso común, ello no significa que se va a vulnerar las garantías del proceso, mucho menos de los derechos fundamentales.

Por tanto, la trascendencia que tiene el proceso inmediato en nuestro país, abarca muchos ápices de estudio, tal y como lo menciona el autor GUILLERMO PISCOYA, respecto a la vital importancia que tiene una correcta imputación en el proceso inmediato en los casos de flagrancia delictiva, por lo que refiere que “el Ministerio Público no puede optar por el proceso inmediato sobre la base de una simple sospecha, sino solo cuando esté convencido de que cuenta con una imputación suficiente, que le permita afirmar casi en grado de certeza, una prognosis de condena”⁹. Razón por la que concierne establecer que estamos ante un caso de peligro inminente que va a requerir en todo momento la correcta y oportuna intervención de los diversos entes jurisdiccionales, así como de la Policía Nacional del Perú (en adelante PNP) en el correcto funcionamiento de sus labores y deberes en beneficio siempre de la ciudadanía, es decir ante dicho peligro fundado, veraz y certero, se va a proceder a la incoación del proceso inmediato por parte del fiscal, quien ha identificado claramente el tipo penal imputable.

Asimismo, en palabras de MENDOZA CALDERÓN, se ha establecido taxativamente cuáles son las características de un correcto proceso inmediato que desarrolla y ayuda a lograr, que el sistema penal en el Perú sea más célere, eficaz

⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Estudio introductorio” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016, p. 7.

⁹ GUILLERMO PISCOYA, Juan. “La importancia de la imputación necesaria en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 21, marzo 2016, p. 108.

y justo. Por lo que refiere que estas seis características son: “a) Inmediata: porque su imposición es imprescindible (...) b) Formal: (...) requiere de una parte legitimada. c) Específica: porque se contrae a los requisitos establecidos en el artículo 446 del NCPP. d) Eficaz: puesto que exige al juez un pronunciamiento de fondo (...) e) Preferente: porque el juez la tramitará con prelación a otros asuntos. f) Sumaria (...) solo procede en los supuestos de aplicación señalados en la ley”¹⁰. Es decir, todas estas características hacen del proceso inmediato, un proceso especial apto para la administración de justicia penal de nuestro país, que busca la simplificación y celeridad procesal al servicio de la ciudadanía, resguardando cada uno de los derechos fundamentales que se puedan ver afectados o soslayados ante la presunta vulneración no solo de los mismos derechos sino del interés público.

En función a lo señalado TABOADA PILCO, respecto a la reforma del proceso inmediato ha establecido que “el CPP constituye un instrumento normativo cuyo fin último es lograr el equilibrio de dos valores trascendentes: seguridad ciudadana y garantía”¹¹. En ese sentido, lo que nuestro CPP ha querido instaurar es un proceso inmediato que a través de sus notas características tales como la eficacia y celeridad procesal, brinden en toda instancia, el respeto y el cumplimiento irrestricto de las leyes para solucionar eficazmente una contienda penal, basado siempre en el principio de economía procesal, todo ello como se ha precisado, garantizando en toda instancia una férrea defensa de los derechos fundamentales, evitando una posible violación o vulneración de los mismos; es decir, mediante el proceso inmediato se regula no solo un funcionamiento eficaz de los diversos entes jurisdiccionales, sino también la emisión de sentencias y resoluciones dignas que tengan como requisito sine qua non el respeto de una normativa vigente.

¹⁰ MENDOZA CALDERÓN, Galileo. “Aplicación dogmática del proceso inmediato: Interpretación del Decreto Legislativo N° 1194 según el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2- 2016/ CIJ - 2016” en *El Nuevo Proceso Penal Inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016, p. 239.

¹¹ TABOADA PILCO, Giammpol. “Realidad problemática del proceso inmediato no reformado” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016, p. 92.

1.1.2. Protocolo de Actuación Interinstitucional para el proceso Inmediato en casos de Flagrancia y otros supuestos bajo el D. Leg. N° 1194

En virtud de las facultades ya señaladas por el proceso inmediato, se establecieron diversas modificatorias realizadas a los artículos que comprende el mismo, es decir, a los artículos 446°, 447° y 448° del CPP, cambios efectuados primero por el Decreto Legislativo (en adelante D. Leg.) N° 1194¹² y posteriormente por el Decreto Legislativo N° 1307¹³, que regulan el proceso inmediato en caso de flagrancia delictiva. Por lo que una de las más importantes y sustanciales modificaciones que realizó al proceso inmediato, el D. Leg. N° 1194 publicado el 30 de agosto del 2015, es la señalada en el artículo 446° inciso 1, literal a) del CPP, precisando que “el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando (...) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259”¹⁴, por ende, se hace mención expresa, al imperativo de una solicitud por parte del Fiscal.

En ese sentido, SAN MARTÍN CASTRO respecto a la modificatoria establecida en el D. Leg. N° 1194, ha precisado que este cambio se realizó para “(...) disponer la obligatoriedad de este proceso especial, antes meramente facultativo para el fiscal, a fin de garantizar su aplicabilidad – la normativa anterior, como se recordará,

¹² DECRETO LEGISLATIVO N° 1194, 2015 [Ubicado el 17 V 2018]. Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-el-proceso-inmediato-en-casos-decreto-legislativo-n-1194-1281034-2/>

¹³ DECRETO LEGISLATIVO N° 1307, 2016 [Ubicado el 17 V 2018]. Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-procesal-penal-pa-decreto-legislativo-n-1307-1468963-7>

¹⁴ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 446.- Supuestos de aplicación.- “1. El fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. 2. Quedan exceptuados los casos en los que, por su complejidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 342, sean necesarios ulteriores actos de investigación. 3. Si se trata de una causa seguida contra varios imputados, sólo es posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumulan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable. 4. Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447 del presente código”.

disponía que el requerimiento del procedimiento inmediato era simplemente facultativo (...)”¹⁵. Esto quiere decir que, anteriormente era una mera facultad que el fiscal incoe o no el proceso inmediato ante diversos presupuestos, siendo uno de ellos la flagrancia delictiva, no obstante, con este decreto se le indica imperativamente a iniciarlo, conminándolo sin lugar a duda a que el fiscal lo aplique ante la comisión de los presupuestos establecidos en el artículo 446° del CPP.

En esta misma línea de investigación, VINELLI VERAU sostiene que “aparentemente el objetivo de la norma, es el aseguramiento del ejercicio de la acción penal impuesta al fiscal en los supuestos de flagrancia delictiva”¹⁶. Al respecto podemos sostener que se ha señalado taxativamente el deber y la responsabilidad que tiene el fiscal como representante del Ministerio Público para evaluar cada uno de los presupuestos mencionados, especialmente el referido a la flagrancia delictiva, por la cual la PNP tiene la potestad de detener a un ciudadano ante la comisión de un delito, por tener como nota esencial a la flagrancia y así poder iniciar el proceso inmediato.

En efecto, PÁUCAR CHAPPA infiere que “la reforma al proceso inmediato permite dar mayor celeridad a los casos donde exista flagrancia, confesión o existan elementos suficientes durante la investigación; sin embargo, no debe dejarse de lado el derecho que tiene la defensa a disponer de un plazo razonable para preparar la defensa del imputado”¹⁷. Es decir todo ello, en razón a lo que el CPP ha señalado en el artículo 446° y sus supuestos de aplicación e incoación al proceso inmediato por parte del Ministerio Público, sin vulnerar un debido proceso, salvaguardando los derechos de las partes procesales en un litigio penal.

Asimismo, señala MIRANDA ABURTO que “desde la entrada en vigencia del D. Leg. N° 1194, hasta el 13 de enero del 2017, los juzgados de flagrancia tramitaron

¹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal peruano. Estudios*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 430.

¹⁶ VINELLI VERAU, Renzo. “El proceso inmediato. Cometarios sobre el Decreto Legislativo N°1194” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, Vol 16, octubre 2015, p. 74.

¹⁷ PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “Análisis de Decreto Legislativo N°1194: un balance de lo que se necesita trabajar en los operadores de administración de justicia” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 76, octubre 2015, p. 43.

2,843 procesos en todo el país, de los cuales 653 se interpusieron contra conductores ebrios (23.12%) y 625 contra padres de familia que no asisten con una pensión alimentaria a sus hijos (22.40%), según estadísticas oficiales”¹⁸. En efecto, la finalidad de toda normativa siempre será una pautada aplicación del derecho en los diversos campos delictivos, los mismos que inciden en la realidad a través de variada casuística ocurrida con la participación de actores que infringen una norma prohibitiva y que no solo es de aplicación técnica, sino que sirve de base y cimiento para futuros procesos ocurridos en ámbitos semejantes.

De modo semejante, VEGA LLAPAPASCA indica que “a fines del 2016 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sacó a la luz una guía para la aplicación del proceso inmediato reformado: “*El Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de Flagrancia y otros supuestos bajo el D. Leg. N.º 1194*” (...)”¹⁹. De ese modo se precisa que la finalidad de esta innovadora guía fue obtener un proceso penal que reduzca los índices de criminalidad, así como lograr acelerar la economía procesal ante una ardua labor jurisdiccional.

Por consiguiente, en lo que se refiere estrictamente al Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en casos de Flagrancia y otros supuestos bajo el D. Leg. N.º 1194, éste ha establecido respecto al proceso inmediato, un concepto fundamental, así como los cinco supuestos de aplicación para incoar dicho proceso, y que según lo establecido en el artículo 446º del CPP, específicamente en el primer supuesto al que se hace referencia, se ha desarrollado la detención policial sin mandato judicial cuando exista únicamente flagrancia delictiva, clasificando la misma y conceptualizando sus diversos niveles, tales como: la flagrancia clásica (*strictu sensu*), la cuasi flagrancia (flagrancia material) y la flagrancia presunta (*ex post ipso*)²⁰. Por lo tanto el protocolo en

¹⁸ MIRANDA ABURTO, Elder. “El proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva. Un análisis respecto a las últimas modificaciones del Decreto Legislativo N.º 1307” en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.AC., 2017, p. 217.

¹⁹ VEGA LLAPAPASCA, Rafael. “Comentarios a la secuencia de implementación del proceso inmediato reformado en el estadio actual de la reforma procesal penal peruana” en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, N° 1, marzo – abril 2017, p. 167.

²⁰ PROTOCOLO DE ACTUACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL PROCESO INMEDIATO EN CASOS DE FLAGRANCIA Y OTROS SUPUESTOS EN EL MARCO DEL D. LEG. N° 1194, aprobado por el Decreto Supremo N° 003 – 2016 – JUS, el 10 de mayo del 2016 [Ubicado el 25 II 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/wp-content/uploads/2016/05/Protocolo-de-actuaci%C3%B3n->

mención ha precisado conceptos y pautas fundamentales que ayudarán a dilucidar un correcto funcionamiento del debido proceso ante los casos de flagrancia delictiva dentro del proceso inmediato, sin vulnerar en ningún extremo los derechos fundamentales.

Finalmente, podemos concluir que mediante el proceso inmediato se ha reformado un sistema jurídico penal, cuya finalidad y principio rector es obtener la simplificación procesal, en base a un debido proceso célere y eficaz que busca en todo extremo obtener una economía procesal, y que está resguardado y tutelado a la vez por nuestra variada doctrina, legislación y jurisprudencia, todo ello para combatir y disminuir los índices de delincuencia y criminalidad en nuestro país.

[interinstitucional-para-el-proceso-inmediato-en-casos-de-flagrancia-y-otros-supuestos-bajo-el-D.-Leg.-N%C2%B0-1194-DS-Nro-003-2016-JUS.pdf](#) El protocolo señala expresamente lo siguiente respecto al proceso inmediato y la flagrancia: **“1. Proceso Inmediato: 1.1. Concepto:** Es un proceso especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del Sistema Penal con criterios de racionalidad y eficiencia, sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. **1.2. Supuestos de Aplicación.** El proceso inmediato solo se podrá incoar, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259° del Código Procesal Penal. b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160°. c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. d) Cuando se trate de un delito de incumplimiento de obligación alimentaria (art. 149°CP.) e) Conducción en estado de ebriedad o drogadicción (art. 274°CP). **1.2.1. Flagrancia:** El artículo 259 del Código Procesal Penal establece los siguientes supuestos específicos de Flagrancia Delictiva: “La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando: 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible. 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto. 3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible. 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”. En efecto, conforme se desprende del artículo 259° del Código Procesal Penal, este permite la detención policial sin autorización judicial solo cuando exista flagrancia: **a) Flagrancia clásica (strictu sensu):** los incisos 1 y 2 del artículo en mención regula esta forma de flagrancia. Se trata del inicio del iter criminis o la consumación del delito. En cualquiera de ellos el sujeto es sorprendido y detenido, no existiendo huida. **b) Cuasi flagrancia (flagrancia material):** el inciso 3 regula esta flagrancia. Aquí el agente ha sido descubierto por un tercero, solo que ha huido. Su aprehensión se produce inmediatamente luego de su huida. Este tipo de flagrancia tiene dos elementos que la caracterizan, esto es, la inmediatez personal y temporal (el autor es percibido, perseguido y detenido luego de realizar el hecho delictivo). **e) Flagrancia presunta (ex post ipso):** el inciso 4 regula esta modalidad. A diferencia de los dos supuestos anteriores, aquí no se ha sorprendido al autor (inmediatez personal), solo existiendo indicios de su comisión por la existencia de instrumentos o efectos del delito que, habría cometido”.

1.2. Flagrancia delictiva

1.2.1. Conceptos básicos

ROSAS YATACO precisa que “la palabra flagrante viene del latín *flagrans – flagrantis*, participio de presente del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, y se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, (...), de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa”²¹. Por lo que podemos colegir que el delito flagrante es aquel delito a todas luces evidente, cuya perpetración o ejecución es imposible de ocultar.

Por su parte GARCÍA CALIZAYA en relación a la flagrancia delictual, sostiene que “el hecho en flagrancia es un acontecimiento actual, generalmente percibido por el sentido de la vista del ser humano, pues se trata de un hecho en auge o uno que se acaba de culminar en presencia de quien lo observa”²². Esto quiere decir, que el elemento indispensable o requisito sine qua non para establecer, cuándo un hecho es flagrante o no, es la percepción sensorial óptica, directa y actual.

En palabras de REÁTEGUI SÁNCHEZ, “(...) un delito flagrante es el que encierra en sí la prueba de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo. La finalidad de la flagrancia es impedir que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores. Persigue asegurar la presencia del sospechoso y las pruebas del hecho”²³. En base a lo señalado podemos precisar que si bien es cierto que se necesita como requisito indispensable la observación directa del momento preciso de la materialización del hecho punible, lo es también que a través de la detención policial ante tamaña evidencia directa, se resguarde, custodie y conserve la prueba recogida durante la intervención policial, ya que ésta es la

²¹ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal con aplicación al nuevo proceso penal. Decreto Legislativo N° 957*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2009, p. 449.

²² GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “Flagrancia delictual desde la perspectiva del tercero” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 33, marzo 2017, p. 214.

²³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “El proceso inmediato en el código procesal penal del 2004 a través de la reforma del D. Leg. N° 1194”, en *El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N° 1194*, 1ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2016, p. 61.

evidencia fehaciente de la perpetración del hecho delictivo flagrante que condenará indiscutiblemente al autor del crimen, quien al ser capturado a tiempo no repercutirá con efectos negativos al orden público ni a la seguridad de sus habitantes.

De igual modo señala CUBAS VILLANUEVA, dentro del marco del reformado proceso penal que “la flagrancia delictiva es aquella situación o circunstancia fáctica en donde la persona que ha cometido o está cometiendo un delito es descubierta o sorprendida en el mismo instante de su comisión. Es decir, hay una situación de flagrancia cuando se descubre de forma inmediata la comisión de un delito y se logra individualizar asimismo a los autores y/o cómplices”²⁴. Al respecto se precisa que ante la evidencia sensorial de la comisión del delito se debe de manera indiscutible y fehaciente, determinar quién o quiénes son los partícipes y actores materiales de la situación delictiva, procediendo sin la menor duda posible ante una plena identificación.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) del Perú, de fecha 26 de junio del año 2014 recaída en el EXP. N.º 04630-2013-PHC/TC, señaló fundamentalmente que la flagrancia “(...) es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor (...) cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que (...) es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones”²⁵. Esto quiere decir, que la flagrancia ha sido desarrollada por variada doctrina, legislación y jurisprudencia que

²⁴ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso de flagrancia*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p.13.

²⁵ STC del 26 de junio del 2014 [Expediente número 04630-2013-PHC/TC] [Ubicado el 18. II 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04630-2013-HC.pdf> Caso José Fermín Maqui Salinas. Fundamento jurídico 3.3.4: “En este sentido, se tiene que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación particular de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su necesaria intervención policial”.

le ha dado preponderancia constitucional, con un apoyo constante durante la investigación del hecho delictivo, por parte de la PNP en cumplimiento de sus múltiples funciones, quiénes ante tal evidencia irrefutable del delito, no tengan otra opción que intervenir urgentemente para cesar el daño ocasionado.

Por todo lo arriba esgrimido doctrinaria y jurisprudencialmente, no cabe duda tal y como lo ha precisado REÁTEGUI LOZANO, al indicar que "(...) las definiciones de delito flagrante abarcan elementos como la conexión de la persona y el hecho en un mismo acto y en un mismo momento"²⁶. Por lo que a decir, la normativa ha establecido taxativamente cuáles son los presupuestos por los que un efectivo policial puede intervenir y actuar raudamente en caso de presentarse la perpetración de un hecho flagrante, que requiera de su urgente intervención para cesar y evitar la continuidad de un delito.

Al respecto, FRANCO GONZALES ha tomado en cuenta tres aspectos fundamentales para delimitar a la flagrancia delictiva, definiéndola como concepto, como estado y como institución jurídico penal, especificando que "(...) como concepto es uno complejo, por cuanto comprende a (...) (la flagrancia clásica, la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta). Como estado, es la situación fáctica y concreta en la que es descubierto y aprehendido el imputado (...). Como institución jurídico - penal, es el instrumento procesal que faculta a la policía, a la inmediata intervención y detención de este"²⁷. Respecto a ello, podemos precisar que estos aspectos sobre la flagrancia delictiva sostienen taxativamente ideas que se coligen con una realidad insoslayable que incrimina directamente al autor del ilícito.

De igual modo señala el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2- 2016/CIJ-116 en su fundamento jurídico número 8, literal A, que respecto al desarrollo o evolución de la flagrancia delictiva, se precisa que el delito flagrante "(...) se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba

²⁶ REÁTEGUI LOZANO, Rolando. "Delito de flagrancia y criminalización de la protesta", en *El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N° 1194*, 1ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2016, p. 41.

²⁷ FRANCO GONZALES, César. "El beneficio de la confesión sincera en los supuestos de flagrancia delictiva presunta y su justificación en el proceso inmediato" en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 31, enero 2017, pp. 241-242.

de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación (...)²⁸. En consecuencia, de acuerdo al II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante el presente acuerdo de fecha 01 de junio del año 2016, sobre el Proceso Penal Inmediato Reformado, se han establecido cada uno de los presupuestos y conceptos

²⁸ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 02-2016/CIJ-116 del 01 de junio del 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016 [Ubicado el 18 VI 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf Fundamento jurídico 8, literal A: “La “prueba evidente” o “evidencia delictiva” se define a partir de tres instituciones dos de ellas con un alcance legislativo en el propio NCPP, que es pertinente matizar para los efectos de los alcances del proceso inmediato: delito flagrante, confesión del imputado y delito evidente. Su objetivo o efecto es meramente procesal. Estructura, instrumentalmente, en concretar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y sencillo, menos formalista y complejo que el común u ordinario. A. El delito flagrante, en su concepción constitucionalmente clásica se configura por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación. Se trata de una situación fáctica, en que el delito se percibe con evidencia y exige inexcusablemente una inmediata intervención [STSE de 3-2-2004], se requiere una evidencia sensorial y luego de la noción de urgencia. Las notas sustantivas que distingue la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. Las notas adjetivas que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías(medio audiovisual)- nunca meramente presuntiva o indiciaria- de ambas condiciones materiales; y , b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (Conforme : SSTE de 28-12-1994 y de 7-3-2007). Por lo demás, la noción general de “delito flagrante” requiere una aplicación jurisdiccional siempre atenta a las singularidades del modo de verificación de cada concreta conducta delictiva (STCE 341/1993). Lo expuesto comprende lo que la doctrina procesalista reconoce como tres tipos de flagrancia: 1. Flagrancia estricta: el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo. 2. Cuasi flagrancia: el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito. 3. Flagrancia presunta: la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención –en pureza, que viene de “intervenir”- en el hecho delictivo [LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. México: Lura Editores, p.95]. La flagrancia supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren presentes en el lugar de la detención y sean recabados durante la captura; lo cual abre la puerta a la prosecución de un proceso inmediato; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se impide la continuación de la acción delictiva y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito”.

relacionados al proceso inmediato y a la aplicación y fundamentación de la flagrancia delictiva, como uno de los hechos base para la incoación del proceso en mención, tal y como lo ha establecido la legislación peruana vigente.

En consecuencia, la importancia del presente Acuerdo Plenario, no solo radica en el concepto y los alcances que éste pueda dar sobre el proceso inmediato y sus implicancias en el desarrollo del proceso penal reformado, sino que analiza de manera precisa y detallada los diversos ámbitos de aplicación y fundamentación de la flagrancia delictual, expresadas también en su fundamento jurídico número 8, al delimitar las notas sustantivas tales como la inmediatez temporal y la inmediatez personal y las notas adjetivas de dicha flagrancia, como son la percepción directa y efectiva, y la necesidad urgente de la intervención policial. Asimismo, se señala con claridad a la flagrancia estricta, la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta, como tipos de flagrancia, sin olvidar las precisiones conceptuales que se dan respecto de las mismas. Es decir, se manifiesta la relación que existe entre la flagrancia delictiva y la incoación del proceso inmediato con la finalidad de contribuir a la celeridad y simplificación procesal sin entorpecer la correcta administración de justicia penal.

1.2.2. Características de la flagrancia

A. Inmediatez temporal

En palabras de LEIVA CÓRDOVA sobre la “inmediatez temporal; que consiste en que la persona esté cometiendo el delito, o que se haya cometido momentos antes. El elemento central lo constituye el tiempo en que se comete el delito. Lo inmediato es en el momento mismo, lo que se está haciendo o se acaba de hacer”²⁹. Con respecto a lo detallado, podemos colegir que la intervención policial tiene que ser de manera rápida y efectiva, porque el delito fue descubierto en el preciso instante o momento de su ejecución, es decir, en plena realización o materialización del hecho punible por el autor del delito; o después de haber sido realizado el ilícito, es

²⁹ LEIVA CÓRDOVA, Elizabeth. *El proceso inmediato en casos de flagrancia. Aplicación práctica*, 1ª ed, Lima, Grupo Editorial Lex & Iuris, 2016, p. 18.

decir, cuando éste ya fue consumado, procediendo inmediatamente a la captura y detención del sujeto que delinquiró, por lo que el tiempo preciso y exacto en el que se perpetra el delito requiere de una rauda intervención de la PNP.

Asimismo, VARGAS YSLA sostiene que la inmediatez temporal está referida a que “(...) el autor sea descubierto en plena ejecución del hecho o cuando acaba de cometerlo (ya consumado); es decir, que la acción típica se esté desarrollando o haya acabado de ejecutarse, y en ese preciso momento sea percibido sensorialmente por la víctima, la policía o un tercero”³⁰. Por consiguiente la inmediatez temporal resulta ser un requisito indispensable para establecer el grado de flagrante en un delito.

B. Inmediatez personal

En palabras de BERMEO CEVALLOS el requisito de inmediatez personal “(...) hace alusión cuando la persona se encuentre en el lugar de los hechos en situación que se *deduzca* su participación en el delito o con objetos o huellas que revelen que acaba de consumir el delito, es decir hablamos de indicios razonables”³¹. Por ende, no se podría sindicar a un sujeto como autor de un ilícito, sin existir prueba suficiente o evidencia directa que efectivamente lo vincule con el lugar del hecho delictivo, precisando que fue él quien perpetró tal ilícito.

Por otro lado, como ya hemos venido delimitando al establecer que la fragancia es aquella en la que el autor es hallado con las manos en la masa, se puede colegir que debido a la inmediatez personal, el autor de los hechos se encuentra en el preciso lugar de los sucesos delictivos, en el momento exacto de la comisión del hecho punible y que todo medio probatorio encontrado en la escena del delito lo incriminará directamente.

³⁰ VARGAS YSLA, Roger. “Luces y sombras del proceso inmediato. A propósito de la Casación N° 842 – 2016- Sullana” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 94, abril 2017, p. 82.

³¹ BERMEO CEVALLOS, Luis. “El delito descubierto y el delito probado en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, Vol 21, marzo 2016, p. 124.

C. Urgencia de actuación policial

Respecto a la urgencia actual de detención se ha establecido según BERMEO CEVALLOS que esta posee una doble finalidad, “por un lado poner fin a la situación *ilegal* existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la comisión que el injusto penal genera, y, por otro lado, conseguir la captura del presunto autor o autores del hecho”³². De lo precisado podemos señalar que mientras exista un daño al bien jurídicamente protegido, es decir, que continúe el estado de antijuridicidad y lesión inminente, es totalmente necesario que se intervenga de manera inmediata para cesar el daño al bien jurídico tutelado, y evitar que el delito se desarrolle y repercuta ulteriormente de manera negativa; asimismo, se logrará el objetivo de conseguir la pronta captura del autor del delito así como la incautación y conservación de las pruebas que lo incriminen para incoar un proceso inmediato.

De modo que, el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2- 2016/CIJ-116 en su fundamento jurídico número 8, literal A, ha precisado cuales son las notas adjetivas que forman parte del flagrante delito, tales como “a) la percepción directa y efectiva: visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) (...)b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas”³³. Esto quiere decir que, la urgente intervención de nuestra PNP debe tener siempre un conocimiento fundado y proporcional al daño ulterior que el delito origine, de lo contrario se estaría aplicando una detención a todas luces arbitraria.

De la misma manera se puede colegir que en reiterada jurisprudencia, el TC peruano ha establecido de manera concurrente la presencia de los requisitos de inmediatez temporal y personal en los casos precisos de flagrancia delictiva en la

³² BERMEO CEVALLOS, Luis. “El delito descubierto y el delito probado en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, Op. Cit., p. 125.

³³ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 02-2016/CIJ-116 del 01 de junio del 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016 [Ubicado el 18 VI 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf Op. Cit.

comisión de un delito, indicando que estos dos requisitos son “a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) 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 el hecho delictivo”³⁴. Es decir, variada jurisprudencia aplica estos criterios como requisitos insustituibles para poder otorgar la calidad de flagrante a un suceso delictivo.

1.2.4. Clases de flagrancia

A. Flagrancia propiamente dicha

CÓRDOVA ROSALES respecto a la flagrancia clásica (*strictu sensu*) ha precisado que dicha “ (...) flagrancia se manifiesta a través del inicio del *iter criminis* o la consumación del delito; debiendo remarcar que en ambos supuestos el sujeto es sorprendido y detenido, no existe fuga del sujeto activo”³⁵. En ese sentido podemos establecer que indefectiblemente el sujeto que acaba de perpetrar el hecho delictivo fue hallado literalmente con las manos en la masa, sin la mera posibilidad siquiera de poder huir.

Asimismo, BAZALAR PAZ, ha manifestado que “(...) la flagrancia en su concepción clásica significa que una persona está cometiendo un delito en el mismo espacio y tiempo que está ocupando la persona que lo ve y lo detiene”³⁶. En otras palabras,

³⁴ STC del 27 de diciembre del 2004, f.j°4 [Expediente número 2096-2004-HC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02096-2004-HC.html> Caso Eleazar Jesús Camacho Fajardo, STC del 04 de diciembre del 2005, f.j°4 [Expediente número 4557-2005-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04557-2005-HC.pdf> Caso Víctor Sarmiento Pérez, STC del 16 de marzo del 2006, f.j°5 [Expediente número 1923-2006-HC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01923-2006-HC.pdf> Caso Jorge Manuel Chipulina Fernández Dávila, STC del 6 de enero del 2006, f.j°5 [Expediente número 9724-2005-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09724-2005-HC.pdf> Caso Juan Enrique Dupuy García, STC del 22 de agosto del 2009, f.j°5 [Expediente número 03366-2009-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03366-2009-HC.pdf> Caso Jorge Enrique Vigo Villegas.

³⁵ CÓRDOVA ROSALES, Rudy. “La importancia de la imputación necesaria en el proceso inmediato en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/ CIJ - 116” en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017, p. 147.

³⁶ BAZALAR PAZ, Víctor. “El proceso inmediato comentado: Artículo por artículo*” en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017, p. 32.

se hace una clara referencia a los elementos de la flagrancia, es decir se alude a la presencia de la inmediatez personal y la inmediatez temporal, tanto para el sujeto que está perpetrando el hecho delictivo, como para el efectivo policial que presencié el crimen y que ante tal evidencia procederá inmediatamente a detenerlo conforme a lo dispuesto por la ley.

MIRANDA ABURTO sostiene que en la flagrancia propiamente dicha “el requisito de sorprender al delincuente no exige el asombro o sobresalto del mismo, se trata de que sea descubierta su acción delictiva en fase de ejecución o inmediatamente después de la misma, el descubrimiento ha de producirse precisamente mediante la percepción sensorial del hecho (...)”³⁷. En consecuencia, es lo que comúnmente se conoce como encontrar a alguien con las manos en la masa. En este sentido, sostiene GARCÍA CALIZAYA que “la *flagrancia estricta* o denominada simplemente *flagrancia* comprende a la ejecución de un hecho delictivo en un determinado espacio, directamente percibido por un tercero”³⁸, razón por la que se establece como condición fundamental a la percepción sensorial a través de la vista.

Por su parte ARAYA VEGA, refiere sobre la flagrancia propiamente dicha que “en estos casos el sujeto es detenido, conforme al adagio popular, con las manos en la masa, cumpliéndose con una inmediatez personal (presencia física del investigado en el momento), inmediatez temporal (el sujeto perpetra el hecho punible en el momento o instantes antes de su detención, tercero percibe responsable) y detención inmediata del responsable (intervención de un civil- tercero- o la policía)”³⁹. Es decir, tanto la inmediatez temporal y personal están presentes cuando el delito está siendo ejecutado, razón por la que es sorprendido en plena ejecución del hecho punible, sin posibilidad de escapar de los efectivos policiales.

³⁷ MIRANDA ABURTO, Elder. “La geolocalización en la flagrancia delictiva y su relación con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 16, octubre 2015, p. 254.

³⁸ GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “Incompatibilidad de la flagrancia extendida como supuesto de incoación del proceso inmediato. A propósito de la casación N° 842- 2016 Sullana” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 34, abril 2017, p. 68.

³⁹ ARAYA VEGA, Alfredo. *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias. Decreto Legislativo N° 1194 y Acuerdo Plenario N° 02-2016*, 2° ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2016, p .165.

B. Cuasi flagrancia

MENESES GONZALES Y MENESES OCHOA señalan que “respecto a la cuasi flagrancia, también conocida como flagrancia material, se configura cuando el agente, luego de perpetrar el hecho punible, es perseguido e inmediatamente detenido”⁴⁰. Por lo que se colige que ante la comisión del hecho delictivo no se le debe perder de vista al delincuente en ningún momento, para que pueda ser aprehendido y detenido en evidente realización o ejecución del delito, es decir, que exista una evidencia certera respecto a la plena identificación de quién cometió el hecho punible, sin existir ante tal evidencia ningún margen de error, debido a la prontitud de su captura.

Con respecto a ello, la Casación de Sullana N. °842 - 2016, de fecha 16 de marzo del año 2017 de la Primera Sala Penal Transitoria, respecto a la cuasi flagrancia delictiva, precisó que es aquella “(...) en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo pero siempre en el mismo teatro de los hechos por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía, en todo caso, por un testigo presencial (...)”⁴¹. Dicho en otros términos, la casación en mención alude a

⁴⁰ MENESES GONZALES, Bonifacio; MENESES OCHOA, Jean. *Proceso inmediato para investigar y sancionar delitos flagrantes como respuesta a la criminalidad*, 1ª ed, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2016, p. 154.

⁴¹ CASACIÓN N° 842 – 2016 – Sullana del 16 de marzo del 2017 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Primera Sala Penal Transitoria [Ubicado el 23. II 2018]. Obtenido en http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/03/Casaci%C3%B3n-482-2016-Sullana-Declaran-nulo-todo-lo-actuado-en-proceso-inmediato-Legis.pe_.pdf Fundamento jurídico cuarto: “*Que la flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión celeré, El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 8-A,*

que definitivamente existe flagrancia, mientras se corrobore una plena y certera identificación del sujeto que perpetró o acababa de perpetrar el delito a pesar de haber huido.

TORRES MANRIQUE señala que en la cuasi flagrancia se tienen como presupuestos básicos a la “i) la inmediatez personal y temporal (...) ii) la percepción sensorial directa por la misma víctima, la autoridad policial o terceras personas (...) iii) la persecución sin interrupción (...) y iv) la intervención del autor por el efectivo policial, o la aprehensión por la víctima o por terceros”⁴². Es decir, estas son las características indispensables para establecer un hecho delictivo como cuasi flagrante, razón por la que el sujeto, presunto autor del delito debe hallarse presente en el lugar y a la hora de cometido el crimen, y aunque después logre huir, debe ser capturado inmediatamente porque existe una verdad fehaciente de quién o quiénes observaron sensorialmente el ilícito, es decir existe prueba indubitable de que el sujeto es el autor de tales hechos, porque nunca se le perdió de vista.

En la misma línea de investigación, ARAYA VEGA ha precisado que en la cuasi flagrancia encontramos como presupuestos a “ la inmediatez personal y temporal

de uno de junio de dos mil dieciséis). Lo últimamente expuesto, de uno u otro modo, se recoge en el citado artículo 259, apartado 3 del Código Procesal Penal, más allá de la dudosa extensión en la captura del delincuente de hasta veinticuatro horas después del hecho delictivo. Se trata de la denominada cuasi flagrancia, en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo –pero siempre en el mismo teatro de los hechos–, por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial –este último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos–. Ser testigo presencial del delito –verbigracia: víctima, policía, sereno u otra persona– importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca de lo que observó y esta observación está referida, precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado –su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas [Diccionario del Español Jurídico, RAE–CGPJ, Madrid, 2016, páginas 1575/1576]–; y, por tanto, en tanto prueba indirecta –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, su información debe ser contrastada por el testigo fuente, que sería el presencial. Cabe acotar, desde ya, por su carácter de medio de prueba subsidiaria, sirve (i) para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de las circunstancias sobre las que declara, (ii) para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo –presencial o de referencia inclusive–, o (iii) para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas –por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único– (SSTSE de treinta de abril de dos mil trece y de treinta de septiembre de dos mil dos)”.

⁴² TORRES MANRIQUE, Jorge. “Implicancias de una indebida aplicación del nuevo proceso inmediato como consecuencia de una errada apreciación de la flagrancia delictiva. A propósito de la casación N° 842-2016 Sullana” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 34, abril 2017, p. 53.

(el autor es percibido, perseguido y detenido, luego de realizar el hecho delictivo), percepción sensorial directa (por la víctima, terceros o agentes policiales), persecución inmediata y sin interrupción (luego del hecho el sospechoso huye y es perseguido de manera inmediata y sin interrupción, es decir, no cesa la acción de aprehensión (...))⁴³. Esto quiere decir que si bien es cierto que el sujeto, autor del delito logra huir, éste en ningún instante ha sido perdido de vista, por el contrario se le hizo una persecución constante e ininterrumpida para lograr capturarlo y detenerlo, razón por la que el sujeto que delinquiró siempre estuvo plenamente identificado.

Para una mayor profundidad, GARCÍA CALIZAYA, ha precisado algunos ejemplos de cuasi flagrancia o flagrancia material, indicando en razón a ello lo siguiente:

“- Dos policías que vienen transitando por una avenida, escuchan dos disparos cercanos y , al dar la vuelta, observan a una persona tendida en el piso y a dos sujetos encapuchados huyendo en una moto lineal, a quienes persiguen sin perderlos de vista, logrando capturarlos. - Vía telefónica comunican a la comisaria del sector el asalto de un establecimiento comercial. Efectivos policiales se constituyen inmediatamente al lugar, logrando ver a cuatros sujetos saliendo del local, dos de los cuales llevaban una bolsa negra. Los sujetos emprenden la fuga en una camioneta azul, pero son perseguidos y capturados por la policía. - Un sujeto le arrebató un celular a una persona. Cuando estaba a punto de emprender a la fuga, aparece la Policía, por lo que el sujeto arroja al piso el celular y pretende huir, pero los agentes policiales logran detenerlo”⁴⁴. Estos son solo algunos de los pocos casos en lo que la nota característica es la persecución continua e incesante al autor que ejecutó el crimen y que ulteriormente será aprehendido.

⁴³ ARAYA VEGA, Alfredo. *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias. Decreto Legislativo N° 1194 y Acuerdo Plenario N° 02-2016*, Op. Cit, p.166.

⁴⁴ GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “La flagrancia delictiva en sus modalidades de cuasiflagrancia y flagrancia extendida” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 97, julio 2017, p. 264.

C. Flagrancia presunta

En palabras de ARAYA VEGA, refiere sobre el tercer supuesto de la flagrancia delictiva, es decir sobre la flagrancia ficta o presunta, que ésta tiene como elementos a la “inmediatez personal (hallazgo del responsable), percepción sensorial directa de materialidad (podría tratarse de los instrumentos, objetos, rastros, huellas, vestimentas o cualquier medio que permita relacionar al sujeto con el hecho), inmediatez temporal (existe un vacío normativo que debe ser llenado por el operador jurídico al establecerse el “acaba de cometerlo”) y aprehensión del responsable de forma próxima en el tiempo y de manera material al evento”⁴⁵. Frente a ello, podemos señalar que el eje central en este tipo de flagrancia es la prueba material o prueba fáctica, que se pueda hallar en poder del presunto autor del hecho ilícito, ya que éste logró huir después de cometido el crimen, y se le ubicó hasta veinticuatro horas después de ejecutar el ilícito, existiendo por lo tanto ambigüedad respecto a la inmediatez temporal.

En la misma línea de investigación HERRERA GUERRERO, refiere según su postura que “en los casos de flagrancia presunta no hay inmediatez temporal ni personal. Esto supone un reto para que el Fiscal, quien debe reunir los elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito, a fin de tener una “causa probable”⁴⁶. Por ende, cabe precisar que el representante del Ministerio Público no puede simplemente incoar un proceso inmediato por el mero hecho de desearlo o de creer que es correcto dentro de un supuesto marco normativo, se debe aplicar en todo momento una correcta fundamentación jurídica, que no melle en ningún extremo los derechos fundamentales, es decir el fiscal debe recabar el suficiente material probatorio para incriminar por flagrante delito a los presuntos delincuentes.

De modo semejante, la Casación N.º 692-2016 de la Primera Sala Penal Transitoria de Lima Norte de fecha 04 de mayo del año 2016, precisó expresamente respecto a la flagrancia presunta que “el agente, en este supuesto, ha de tener los bienes

⁴⁵ARAYA VEGA, Alfredo. *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias. Decreto Legislativo N° 1194 y Acuerdo Plenario N° 02-2016*, Op. Cit pp. 168-169.

⁴⁶ HERRERA GUERRERO, Mercedes. “El carácter excepcional del proceso inmediato en el Decreto Legislativo N°1194. Especial referencia a los presupuestos materiales” en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017, p. 96.

delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o electos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito”⁴⁷. Es por ello que, indefectiblemente tiene que existir evidencia material de la comisión del hecho delictivo en posesión del presunto delincuente, quien a pesar de haber transcurrido hasta un día después del suceso criminoso, posee en su poder prueba irrefutable de su participación flagrante.

1.2.5. Detención policial en caso de flagrancia

Para el autor VALDIVIEZO GONZÁLES en función a las labores de la PNP, precisa que “la detención es una medida cautelar personal que se puede adoptar como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, antes incluso de haberse incoado un proceso penal, y consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona por corto período de tiempo”⁴⁸. En base a lo señalado, la detención por flagrancia delictiva, es plenamente concordante con lo que ha establecido taxativamente nuestra Constitución Política del Perú respecto a la privación de la libertad personal, indicando que nuestra PNP está ampliamente facultada a detener a cualquier ciudadano peruano, en caso de fragancia delictiva sin ninguna orden o mandato judicial, todo ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 2, inciso 24, literal f) de nuestra Carta Magna, la cual indica que “toda persona tiene derecho (...) a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) nadie puede

⁴⁷ CASACIÓN N° 692 – 2016 – Lima Norte del 04 de mayo del 2017 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Primera Sala Penal Transitoria [Ubicado el 23. II 2018]. Obtenido en <http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casaci%C3%B3n-692-2016-Lima-Norte-Flagrancia-presunta-flagrancia-y-diligencias-preliminares.pdf> Fundamento jurídico tercero: “Que el artículo 446 del Código Procesal Penal establece los presupuestos materiales que determinan la incoación del proceso inmediato, en cuanto procedimiento especial informado por el principio de aceleramiento procesal. Esta norma, en lo pertinente, requiere flagrancia delictiva o prueba evidente del hecho y de la participación de su autor. La flagrancia delictiva está regulada en el artículo 259 del Código Procesal Penal, según la Ley número 29596, de veinticinco de agosto de dos mil diez. El inciso cuatro del citado artículo regula la denominada “flagrancia presunta”. Según esta norma, existe flagrancia cuando: “El agente es encontrado dentro de las veinticuatro 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”. Por la naturaleza del acto en cuestión, que importa la privación del derecho fundamental a la libertad personal, es obvio que la indicada disposición debe interpretarse restrictivamente. El agente, en este supuesto, ha de tener los bienes delictivos (instrumentos del delito, objetos del delito o electos del delito) en su poder y en ese momento debe ser detenido, dentro de las veinticuatro horas de la comisión del delito”.

⁴⁸ VALDIVIEZO GONZÁLES, Juan. “Reflexiones sobre la detención en el Código Procesal Penal de 2004: Análisis al D.Leg.N°1298” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 91, enero 2017, p. 18.

ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”⁴⁹. Corresponde precisar entonces, que nuestra Constitución tutela en todo extremo, la no vulneración de la libertad personal, es decir el respeto irrestricto de nuestros derechos, a través de un correcto trámite y funcionamiento de la PNP.

Asimismo, se ha establecido en el artículo 259° del CPP⁵⁰, respecto a la detención, policial, diversos presupuestos indicando taxativamente cuándo existe flagrancia delictiva para que la PNP detenga sin mandato judicial, a quien sea sorprendido en flagrante delito. Tal y como lo menciona VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, el artículo en cuestión establece que “el mandato normativo prescribe que la Policía Nacional solo está autorizada a detener sin mandato judicial en casos de flagrancia, lo que resulta concordante con la Constitución (...)”⁵¹. En base a lo señalado, la detención policial al estar expresamente facultada y regulada en la legislación peruana, induce a que no se cometa ningún abuso de autoridad ni mucho menos se menoscaben los derechos fundamentales reflejados en la Constitución Política del Perú, ya que

⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2, inciso 24, literal f.- “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

⁵⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 259.- Detención Policial.- “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 en señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso”.

⁵¹ VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel. “Detención policial, detención preliminar judicial y detención judicial en casos de flagrancia. A propósito del D. Leg. N° 1298” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 91, enero 2017, p. 26.

se ha optado por dichas medidas proporcionales de acuerdo a la gravedad y evidencia directa e inquebrantable del delito.

De lo referido en líneas supra, colegimos que las funciones de nuestra PNP, están tuteladas por diversa y variada legislación peruana, razón por la que el CPP del 2004 en la Sección IV, Título I, Capítulo II, en su artículo 67° expresa fehacientemente el rol de la PNP dentro de la investigación criminal, indicando que debe “(...) realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal”⁵²; asimismo, el artículo 68° del mismo CPP señala taxativamente las atribuciones que tiene la PNP en cumplimiento de sus funciones y de toda una correcta investigación, refiriéndose específicamente a la captura en flagrancia, precisando que “la Policía Nacional en función de investigación (...) podrá (...) capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos. (...) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración”⁵³. Por

⁵² CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 67°, inciso 1.- Función de investigación de la Policía.- “La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal”.

⁵³ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 68° inciso 1.- Atribuciones de la Policía.- “La Policía Nacional en función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y en las normas sobre investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente: a) Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciados. b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito. c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito. d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación. e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito. f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos. g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas. h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos. i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación. En este caso, de ser posible en función a su cantidad, los pondrá rápidamente a disposición del Fiscal para los fines consiguientes quien los remitirá para su examen al Juez de la Investigación Preparatoria. De no ser posible, dará cuenta de dicha documentación describiéndola concisamente. El Juez de la Investigación Preparatoria, decidirá inmediatamente o, si lo considera conveniente, antes de hacerlo, se constituirá al lugar donde se encuentran los documentos inmovilizados para apreciarlos directamente. Si el Juez estima legítima la inmovilización, la aprobará judicialmente y dispondrá su conversión en incautación, poniéndolas a disposición del Ministerio Público. De igual manera se procederá respecto de los libros, comprobantes y documentos contables administrativos. j) Allanar

ende, se colige que la participación e intervención de la PNP en los delitos flagrantes esta íntegramente sustentada y facultada por nuestro CPP, quien valora también su labor dentro de la investigación del crimen.

Asimismo, el artículo 166° de la Constitución Política del Perú en su capítulo XII, denominado: De la seguridad y de la defensa nacional, ha establecido con precisión cuál es la finalidad fundamental de nuestra PNP, razón por la que manifiesta que “la Policía Nacional (...) previene, investiga y combate la delincuencia”⁵⁴. De modo semejante la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú en su Título I, Capítulo único, en el artículo 3 ha establecido cuál es su finalidad básica, indicando que “la finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. (...). Previene, investiga y combate la delincuencia”⁵⁵, en segundo lugar el mismo cuerpo legal en mención, en su Título II, Capítulo I, artículo 7 ha precisado cuáles son las funciones que la PNP realiza, destacando entre ellas lo señalado en el numeral 2, indicando que “son funciones de la Policía Nacional (...) prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía”⁵⁶.

locales de uso público o abiertos al público. k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración. l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su Abogado Defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos. m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, y n) Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados”.

⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 166°.- “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental 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 del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

⁵⁵ LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Artículo 3°.- Finalidad fundamental.- “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. Vigila y controla las fronteras”.

⁵⁶ LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Artículo 7°. Funciones.- “Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1. Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú. 2. Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía. 3. Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas. 4. Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la

En ese sentido, se puede precisar que las funciones y atribuciones que tiene nuestra PNP para investigar los diversos crímenes, están protegidas y reconocidas constitucionalmente, así como por su propia Ley Orgánica, pero que en todo momento lo que se busca es que la PNP preserve el orden público y luche contra la criminalidad latente en nuestro país.

De lo anteriormente expuesto, podemos colegir que la importante labor que realiza la Policía Nacional del Perú, está amparada no solo por nuestra Constitución Política, sino que además de ello está ampliamente tutelada por variada legislación como lo es el Código Procesal Penal, e incluso salvaguardada ampliamente por la propia Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, es decir que nuestra PNP tiene como base fundamental, el contribuir con la eficiente investigación del delito, así como preservar todo medio probatorio relacionado al mismo, para combatir y erradicar la delincuencia, y todo ello con el fin supremo de conservar el orden interno y la seguridad pública en beneficio de toda la ciudadanía, protegiendo su libertad en todo extremo, sobre todo en los casos de flagrante delito.

Además, UGAZ ZEGARRA, indica que “el efectivo policial debe valorar lo que observa, dándole un sentido (criminal) al hecho. No es suficiente el mero dato fáctico, sino que es primordial que el policía evalúe el hecho y lo considere – en principio – típico, es decir, que se haya infringido una norma”⁵⁷. Es decir, nuestra

ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes. 5. Investigar la desaparición de personas naturales. 6. Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente. 7. Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia. 8. Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros. 9. Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley. 10. Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones. 11. Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley. 12. Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación. 13. Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes”.

⁵⁷ UGAZ ZEGARRA, Fernando. “Reflexiones sobre el proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva. Un análisis normativo y jurisprudencial” en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, N° 1, marzo – abril 2017, p. 134.

PNP no puede alegar el cumplimiento de sus funciones o atribuciones como ente regulador del orden público para realizar una detención arbitraria, sin mediar indiscutiblemente la configuración de los tipos penales.

En palabras de MENDOZA AYMA, indica que para que se cumpla el objeto de control de detención, alega que “en el primer plano, se verificará los requisitos de inmediatez – espacial, personal y, temporal, atiende a razones de “proximidad tiempo espacial”. (...). En el segundo nivel, se verificará la concurrencia del requisito de la urgencia de la detención; se trata de evaluar las razones de necesidad concreta “para” detener al agente (...)”⁵⁸. En consecuencia, lo que se precisa aquí, es que no se puede detener a ningún ciudadano de manera arbitraria, vulnerando su libertad personal, sino que por el contrario se deben cumplir inexorablemente los requisitos fundamentales, como la inmediatez personal, la inmediatez temporal y la extrema urgencia, solo así se justificará una detención policial ante la perpetración de un flagrante delito, razón por la que se tendrá siempre en cuenta el espacio, el tiempo y los hechos urgentes que vinculan al sujeto con el crimen cometido.

1.2.5.1. Requisitos de la detención por flagrancia

A. El *fumus boni iuris*

Para el autor BAZALAR PAZ, “la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*, en el derecho procesal penal, lo constituye el *fumus comissi delicti* o apariencia de la comisión de un delito y de su responsable”⁵⁹. Esto quiere decir que deben existir previamente razones lógicas, objetivas y coherentes respecto a la perpetración de un delito, y que la persona a la que se le imputa tal hecho sea la responsable indudablemente, por lo que se necesita tener conocimiento anterior y certero de la existencia y perpetración de un ilícito y la vinculación del detenido con tal hecho, en

⁵⁸ MENDOZA AYMA, Francisco. *Sistemática del proceso inmediato. Perspectiva procesal crítica*, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2017, p. 63.

⁵⁹ BAZALAR PAZ, Víctor. “Análisis a la casación N° 692 – 2016 – Lima Norte. Flagrancia, flagrancia presunta y diligencias preliminares” en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017, p. 154.

consecuencia, lo que se busca es que la intervención del imputado en el hecho delictivo goce de un alto grado de certidumbre y verosimilitud.

De igual modo, señala SAN MARTÍN CASTRO que el *fumus delicti comissi* consiste en la “(...) existencia de indicios racionales de criminalidad (apariencia y justificación del derecho subjetivo). Debe existir una imputación formal contra una persona determinada. (...). El *fumus*, de un lado, debe referirse a un delito, que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, exige que los indicios evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil”⁶⁰. Es decir, que como presupuesto en esta medida cautelar, se debe contar con una plena verosimilitud y objetividad de los hechos delictivos, alegando en todo extremo una certeza irrefutable de un suceso delictivo flagrante, por lo tanto, ante este presupuesto se requiere únicamente que existan los suficientes indicios de la comisión de un delito, constatando un alto grado de probabilidad de los hechos delictivos por parte del imputado, ya que no se le puede imponer una sanción que no le corresponde, porque no se verificó la perpetración del suceso criminoso, es decir, la configuración del delito.

En consecuencia, el *fumus boni iuris* en una detención por flagrancia comprende expresamente a la flagrancia delictiva en sí misma, por lo que se refiere a un hecho claro, preciso y que se viene ejecutando, así como a los presupuestos normados en el CPP en los que la PNP puede detener a un sujeto en flagrante delito; es decir, la detención en flagrancia clásica, la detención en cuasi flagrancia y la detención en flagrancia presunta.

B. Periculum in mora

El presupuesto del *periculum in mora* o peligro en la demora, según lo referido por VILLEGAS PAIVA “(...) consiste en el peligro procesal, constituido por el peligro de fuga y/o la posibilidad, cierta y demostrable, de que el imputado pueda perturbar la

⁶⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*, 1ª ed, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - INPECCP y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales - CENALES, 2015, p. 480.

actividad probatoria”⁶¹. Esto quiere decir, que se quiere poner a buen recaudo todo el material probatorio que incrimine directamente al sujeto como autor del ilícito cometido; por lo que se podrá salvaguardar un debido proceso, evitando que dicho autor pueda huir y evadir su responsabilidad.

Asimismo el citado autor, precisa que “(...) se debe demostrar la posibilidad cierta de la presencia de situaciones de las que se determine racionalmente que el ciudadano no acudirá si fuera llamado al esclarecimiento de los hechos en los que se presume su participación (...), o (...) que pueda estar determinado a alterar los medios de prueba o los elementos de prueba que lo involucran, o influenciará a otros a que dispersen o desvanezcan los vestigios de su presunta participación en los hechos en los que se le involucra”⁶². De este modo, el presupuesto material del peligro en la demora tiene como objetivo fundamental, el aseguramiento de los fines de todo proceso penal, ya que ante la posibilidad de la fuga del sujeto que ha delinquido, el peligro se incrementa no solo porque se deja en libertad a un delincuente, si no porque el imputado puede modificar todo el caudal probatorio, es decir perturbar toda la actividad probatoria, perjudicando gravemente la investigación del delito.

El sistema jurídico penal peruano, en defensa acérrima de los derechos fundamentales, coadyuvado por la PNP ha establecido dos prepuestos primordiales para la detención policial en flagrancia que lograrán un efecto de seguridad y respaldo a la ciudadanía ante la comisión de un hecho delictivo flagrante y la violación de los derechos constitucionalmente reconocidos, ambos son requisitos indispensables para que la PNP actúe correctamente sin vulnerar ningún derecho fundamental; asimismo, se garantiza un veraz funcionamiento de un debido proceso, cuya finalidad será siempre la de resguardar el orden público, las buenas costumbres, y lograr el bien común.

⁶¹ VILLEGAS PAIVA, Elky. “La detención en el proceso penal peruano. Comentarios a propósito del D.Leg.N°1298 que modifica el CPP de 2004” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 92, febrero 2017, p. 239.

⁶² IBID, p. 239.

Finalmente, podemos establecer que la flagrancia delictiva, es un requisito sine qua non para que el fiscal incoe el proceso inmediato, proceso que estará debidamente articulado con la contribución en cumplimiento de sus funciones de nuestra PNP, quien no solo ante la evidencia delictiva capturará al presunto autor del delito, sino que conservará todo material probatorio que incriminará directamente al sujeto.

1.3. Los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes

En palabras de POLAINO NAVARRETE, respecto a la clasificación de los delitos, precisa que “según la duración del estado antijurídico, se distingue entre delitos instantáneos (en los que coinciden la realización de la acción y la producción del resultado) y delitos permanentes (en los que la producción de un status de tipicidad - lesión o puesta en peligro del bien jurídico – se mantiene a lo largo del tiempo de una manera legalmente indeterminada o relativa)”⁶³. Por ello, se puede establecer que mientras un delito instantáneo se consuma con la sola conducta típica realizada, el delito permanente tiene una consumación que no finaliza con la realización de la conducta típica, extendiéndose en el tiempo.

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de Ica de 1998, en su tema 2 ha señalado que “los hechos consumados en un sólo acto debe reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. (...) sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente”⁶⁴; es decir, el

⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*, 1° ed. Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2015, p. 434.

⁶⁴ PLENO JURISDICCIONAL PENAL NACIONAL - ICA – 1998 [Ubicado el 18 IV 2018]. Obtenido en

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe72148043eb780b936ad34684c6236a/II_PLENO_JURIS_DICCIONAL_PENAL_1998.pdf?MOD=AJPERES Primero hasta el duodécimo acuerdo del tema 2: “TEMA 2 DELITOS CONTINUADOS, DELITOS PERMANENTES Y DELITOS INSTANTÁNEOS. MODIFICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. EL PLENO ACUERDA: PRIMERO.- Por unanimidad, declarar que los hechos consumados en un sólo acto debe reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución. SEGUNDO.- Por unanimidad, declarar que sólo debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, ésta se mantiene en el tiempo durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente. TERCERO.- Por mayoría de treinta y dos

presente Pleno Jurisdiccional Penal ha establecido una clara conceptualización de los delitos permanentes e instantáneos, así como también ejemplifica qué delitos pertenecerían a cada clasificación.

En la misma línea de investigación, la Casación N.º 383 - 2012 de la Sala Penal Permanente de La Libertad, de fecha 15 de octubre del año 2013, específicamente en su fundamento jurídico número 4.9, ha precisado una diferencia entre la aplicación de los delitos permanentes y los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, indicando que “(...) en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación”⁶⁵. Al respecto podemos señalar que a pesar de la diferenciación que se realiza, la nota característica de la permanencia siempre estará presente en ambos delitos.

votos contra doce, declarar que la ley aplicable a los delitos permanentes es la vigente al inicio del periodo consumativo, y que, en consecuencia, concurren a la sanción de este tipo de hechos todas las leyes vigentes mientras dura el estado consumativo. CUARTO.- Por aclamación, declarar que en el caso de delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del período de realización de la conducta criminal. QUINTO.- Por aclamación, que las diversas modalidades del delito de lavado de dinero deben reputarse como delitos instantáneos de efectos permanentes. SEXTO.- Por treintiún votos contra trece, que los delitos de resistencia a la autoridad y los delitos de omisión a la asistencia familiar deben ser reputados como instantáneos de efectos permanentes. SÉTIMO.- Por unanimidad, que la figura de distorsiones en la producción o en el cierre de empresas debe ser calificada como instantáneo de efectos permanentes. OCTAVO.- Por mayoría, salvo dos votos, que la figura de incumplimiento de resoluciones judiciales laborales debe ser estimada un delito instantáneo de efectos permanentes. NOVENO.- Por mayoría, menos un voto, que la figura del inciso primero del artículo 168 del Código Penal corresponde a un delito instantáneo de efectos permanentes. DÉCIMO.- Por treinta votos contra once, que las figuras de los incisos 2 y 3 del artículo 168 del Código Penal corresponden a delitos permanentes. UNDÉCIMO.- Por mayoría menos nueve votos, que el delito de usurpación debe ser reputado instantáneo de efectos permanentes. DUODECIMO.- Por aclamación, que en todos los casos la prescripción debe computarse desde la conclusión del periodo consumativo o continuado”.

⁶⁵ CASACIÓN N° 383-2012 – La Libertad del 15 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente, 2013 [Ubicado el 18 IV 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ff38d0046a942b19e6fffac1e03f85e/CAS_383-2012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2ff38d0046a942b19e6fffac1e03f85e Fundamento jurídico 4.9: “Ahora bien, corresponde analizar la fase de consumación del delito, esto es si se trata de un delito de carácter permanente o de comisión instantánea con efectos permanentes; al respecto, debemos precisar que el primero se refiere a que la acción delictiva se pueda prolongar en el tiempo, pues el estado de antijuridicidad no cesa y se mantiene durante un período cuya duración está puesta bajo la esfera de dominio del agente, se diferencia con los delitos denominados de comisión instantánea con efectos permanentes, en que en estos el tipo se consuma en un instante, pero sus consecuencias permanecen en el tiempo, en cambio en los permanentes la mantención del resultado sigue importando consumación (Véase: GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, mil novecientos ochenta y cuatro, página ciento setenta y cuatro)”.

En la misma línea de investigación, GARCÍA CAVERO establece que “son delitos instantáneos de resultados permanentes aquellos cuya afectación se mantiene a lo largo del tiempo sin una intervención del autor, pero que requieren de un acto correctivo para la cesación de la afectación”⁶⁶. Máxime que sobre la clasificación de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, la praxis judicial ha marcado o ha creado una combinación de los tipos penales de permanencia y de comisión instantánea, por ello existe la conexión “y”, para establecer a los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, todo ello por la misma necesidad de los diversos supuestos de hecho o fenómenos criminales que van apareciendo, por ejemplo el delito de secuestro es de comisión instantánea y efectos permanentes pero tendrá razón de ser mientras tenga permanencia la lesión del bien jurídico en el tiempo, subsecuentemente la configuración de estos tipos penales nos demanda forzosamente la configuración de los dos escenarios delictivos, en ese sentido se tiene que recurrir a la doctrina o la jurisprudencia fusionando esos dos elementos respectivos.

De igual modo señala ZAMBRANO PASQUEL que “muchos delitos instantáneos o que se consuman en un solo momento dejan una secuela permanente (...), en otros los efectos son perceptibles por su durabilidad como acontece en el delito de usurpación, en que los efectos pueden ser permanentes mientras el usurpador no reintegra el bien usurpado o deja de perturbar el libre uso y goce de la cosa”⁶⁷. Asimismo, en puridad el delito de tenencia ilegal armas de fuego es un delito de comisión instantánea pero a la vez tiene efectos permanentes, ya que el solo hecho de tener el arma de fuego consume inmediatamente el tipo penal, de igual manera el secuestro, es decir se concilian las dos categorías por la misma naturaleza del hecho, fusionando ambas clasificaciones del delito.

⁶⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*, 2º ed. Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2012, p. 395.

⁶⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2006, p. 156.

CAPÍTULO 2

LAS NULIDADES DEL CAUDAL PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

CAPÍTULO 2

LAS NULIDADES DEL CAUDAL PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

En el presente capítulo se dará a conocer, que pese a la regulación y al reconocimiento constitucional, legislativo y doctrinario que tiene la prueba en el ordenamiento nacional, ésta puede excluirse del proceso, originando la nulidad de todo el caudal probatorio al no haber cumplido con las garantías de un debido proceso. Es por ello que, se estudiará la figura de las nulidades procesales en el proceso penal y su contenido; asimismo, se desarrollarán los aspectos fundamentales de la prueba dentro del mismo proceso penal, con referencia a la prueba prohibida como acto procesal pasible de ser anulado.

2.1. Las nulidades en el proceso penal

2.1.1. Contenido de las nulidades

Las nulidades en el proceso penal se encuentran debidamente reguladas en nuestro CPP del año 2004, en el Libro Segundo denominado: La Actividad Procesal, Sección I, Título III, cuyas disposiciones las hallamos de manera expresa, normativizadas desde el artículo 149° hasta el artículo 154° del CPP, en los que se

detallan la taxatividad de las nulidades, además de las nulidades absolutas y relativas; asimismo, se precisa su convalidación, su saneamiento y los efectos de las nulidades.

CÁCERES JULCA respecto a las nulidades precisa que éstas “(...) se interponen ante la inobservancia de las normas procesales y constitucionales, al ser estos requisito *sine qua non*, para que el acto produzca sus efectos normales; en tal sentido cabe advertir que frente a un vicio de tal consideración, el órgano jurisdiccional tiene lo que en doctrina se llama potestad nulidificante del juzgador, y por tanto, es deber suyo pronunciarse sobre los extremos objetos de nulidad”⁶⁸. En este contexto, se alude a una total irregularidad en el proceso penal, por cuanto se afirman fehacientemente una serie de vicios, errores y demás defectos formales y sustanciales que perjudican un proceso con las debidas garantías constitucionales que resguarden una defensa eficaz y transparente de las partes procesales, todo ello con la finalidad de no verse mellada una actividad probatoria ni procedimental.

En la misma línea de investigación, respecto a las características de las nulidades en el proceso penal, TANTALEÁN ODAR ha detallado que “su interpretación es restrictiva, es decir, que en caso de duda sobre la existencia del defecto, cabe aplicar el principio *in favor processum*, desestimándose la nulidad y optándose por la continuación del proceso. Su aplicación es restringida, esto es, en principio, la nulidad de un acto viciado no debe alcanzar a los demás, a menos que se demuestre que lo contrario implicaría una afectación al derecho de defensa”⁶⁹. De esta manera, se busca la finalidad de no ocasionar un perjuicio que entorpezca el correcto funcionamiento en un derecho procesal penal que recubre en todo extremo la defensa íntegra e igualitaria de las partes en un proceso, así como la salvaguarda de sus derechos dentro del mismo litigio penal.

En función a lo señalado, nuestro CPP en su artículo 149° ha referido expresamente que “la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones

⁶⁸ CÁCERES JULCA, Roberto. *Las nulidades en el proceso penal*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2007, p. 120.

⁶⁹ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. “La Nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 16, octubre 2010, p. 265.

procesales es causal de nulidad solo en los casos previstos por la Ley⁷⁰. Esto quiere decir que ineludiblemente se aplica el principio de legalidad o taxatividad, como ya lo ha establecido el mismo artículo, al precisar que toda nulidad procederá solo por causas expresamente establecidas por nuestro ordenamiento jurídico, es decir previstas en la ley penal peruana, según el CPP del año 2004.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia del Perú, en su Casación N° 22 - 2009 – La Libertad, en cuyo fundamento jurídico décimo tercero ha manifestado que “(...) las nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad (artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal), en cuya virtud sólo cabe declararlas cuando lo autorice la ley procesal, y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. (...) El artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal establece las causales de nulidad absoluta, que por ser tales pueden ser declaradas de oficio⁷¹; es decir, la taxatividad es un requisito insustituible para las nulidades en el proceso penal.

⁷⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 149°.- Taxatividad.- *“la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley”*.

⁷¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. CASACIONES Y ACUERDOS PLENARIOS. CÓDIGO PROCESAL PENAL (DECRETO LEGISLATIVO N° 957) 2012. CASACIÓN N° 22-2009 (SENTENCIA) – LA LIBERTAD - del 23 de junio del 2010 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú - Sala Penal Permanente [Ubicado el 04. VI 2018]. Obtenido en <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/CASACIONES-Y-ACUERDOS-PLENARIOS.pdf> pp. 84 – 85. Fundamento Jurídico 13: *“Décimo Tercero: Que, no obstante lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, es absolutamente cierto que las nulidades procesales están sometidas al principio de taxatividad (artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal), en cuya virtud sólo cabe declararlas cuando lo autorice la ley procesal, y siempre que produzcan un efectivo perjuicio cierto e irreparable o una efectiva indefensión. Esta última prevención no es sino el reconocimiento del principio de trascendencia en materia de nulidades procesales, por lo que se ha de requerir que el órgano jurisdiccional con su conducta procesal menoscabe irrazonablemente el entorno jurídico de las partes privándolas, real y efectivamente, de intervenir, de uno u otro modo, en el proceso o alterando el sistema de garantías reconocidas por la legislación. Tal ineficacia, por lo demás, sólo puede declararse cuando es imputable, de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional, de modo que haga imposible que la parte afectada pueda utilizar en la instancia los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para superarla. El artículo ciento cincuenta del nuevo Código Procesal Penal establece las causales de nulidad absoluta, que por ser tales pueden ser declaradas de oficio. Un motivo específico es la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución (literal “d” del citado artículo ciento cincuenta). Sin duda una de las garantías específicas, compatibles con el principio de justicia material que exigen los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución y se incardina en la garantía genérica del debido proceso (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres, de la Ley Fundamental), es la averiguación lícita de la verdad que garantiza una sentencia justa -el derecho material se realiza comprobando la verdad material-, lo que en modo alguno se cumple cuando se asume una concepción de mera “justicia de procedimiento”, esto es, que se limite a garantizar la justicia de las condiciones de combate entre las partes. (...)”*

2.1.2. Clases de nulidades

A. Nulidad absoluta

En palabras de CÁCERES JULCA las nulidades absolutas son conceptualizadas como “(...) el incumplimiento de las condiciones formales a las cuales el ordenamiento jurídico prescribe como de ineludible cumplimiento. Éstas pueden ser declaradas de oficio o a pedido de parte, no producen efectos válidos y son de imposible saneamiento, ya que afectan todo el proceso penal”⁷²; es decir, que a diferencia de las nulidades relativas que cuentan con la posibilidad de ser subsanadas o saneadas tal y como los establece el artículo 153° del CPP⁷³, las nulidades absolutas no tienen dicha facultad por ser consideradas como actos que desestabilizan todo el proceso penal y no únicamente a las partes procesales.

En función a lo señalado se observa y se precisa claramente que su correspondiente regulación y sus diversas causales se encuentran normativizadas en el artículo 150° de nuestro CPP, quien ha precisado que “no será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio (...)”⁷⁴. No obstante, en contraposición a ello, se precisa que en las nulidades relativas dicha solicitud será única y exclusivamente de parte, mas no de oficio.

Por su parte FRISANCHO APARICIO respecto a este tipo de nulidades, indica que “(...) por ejemplo, el acto procesal de declaración del imputado llevado a cabo con graves perturbaciones y distorsiones del derecho de defensa lo privan de su existencia, validez y eficacia. Por tanto, la declaración es considerada como si no

⁷² CÁCERES JULCA, Roberto. *Las nulidades en el proceso penal*. Op. Cit., p. 122.

⁷³ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 153°.- Saneamiento.- “1. Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado. 2. Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código”.

⁷⁴ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 150 .- Nulidad absoluta.- “No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: a) A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; b) Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; c) A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

se hubiera realizado”⁷⁵. En ese sentido, las nulidades absolutas en el proceso penal se van a aplicar ante un vicio o irregularidad que dañe indefectiblemente el aspecto sustancial y fundamental de un debido proceso, es decir que se perjudique el correcto desenvolvimiento procedimental en el juicio, que altere las garantías básicas cuyos propósitos son la defensa de un proceso transparente, sin la vulneración de los diversos derechos de las partes procesales, ni mucho menos se dañe la seguridad social, razón por la que estos graves defectos no van a repercutir únicamente en los intereses particulares de las partes, sino en toda la contienda penal afectando graves derechos y desequilibrando la seguridad jurídica.

B. Nulidad relativa

La nulidad relativa ha sido desarrollada por variada doctrina, por lo que en palabras de MACHUCA FUENTES, ha establecido que dicha nulidad “se encuentra referida a que un acto procesal si bien se encuentra afectado, esta no es de tal gravedad que exista la obligación de invalidarlo a diferencia de la nulidad absoluta en la que el juez tiene la obligación de anular el acto contrario a derecho (...)”⁷⁶. Esto quiere decir que no estamos hablando de un daño descomunal e irreversible, sino que por el contrario y en beneficio de las partes, dicho vicio será subsanable.

Asimismo, CÁCERES JULCA e IPARRAGUIRRE, respecto a la eficacia de su actividad procesal infieren que dicha nulidad relativa “(...) será aquella que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez, que en principio, lo hace eficaz, pero por adolecer de un vicio formal señalado por una de las partes, puede devenir en nulo, pudiendo ser subsanados de parte o declarado anulable por el juzgador”⁷⁷. De ello resulta necesario admitir respecto a la normatividad y doctrina precisada, que mientras la nulidad absoluta afecta un requisito sustancial que perjudica indefectiblemente el correcto funcionamiento del proceso penal, la nulidad relativa

⁷⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *El nuevo proceso penal. Teoría y práctica*, 2ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018, p. 302.

⁷⁶ MACHUCA FUENTES, Carlos. “La nulidad en el Código Proceso Penal del 2004” en *Estudios sobre la nulidad Procesal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A, 2010, p. 303.

⁷⁷ CÁCERES JULCA, Roberto e IPARRAGUIRRE N, Ronald. *Código procesal penal comentado. Decreto legislativo N° 957. Concordancias – Jurisprudencia - Índice analítico*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L, 2007, pp. 217 - 218.

no desestabiliza nuclearmente dicho proceso, por lo que siempre se tendrá la posibilidad de sanear o subsanar el acto irregular que permitirá continuar con un proceso transparente y justo para ambas partes, respetando así el debido proceso.

En ese contexto, se desprende que la nulidad relativa se encuentra debidamente regulada y recogida en el artículo 151° de nuestro CPP, quien de manera expresa ha establecido en su inciso 1 que “(...) el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca”⁷⁸; es decir, se trata a todas luces de una nulidad de parte.

Por ende, el autor VELÁSQUEZ DELGADO ha referido que “(...) la regulación de esta nulidad está inspirada en que la naturaleza del interés afectado por el vicio procesal es privado o particular, de manera que no puede denunciarse sino por el sujeto procesal afectado (...)”⁷⁹. En efecto podemos colegir que toda nulidad relativa se solicitará siempre a petición de parte, al ser dichos sujetos procesales los vulnerados directamente por el hecho irregular, perjudicando su esfera íntima del interés personal en el proceso penal, es decir existe una clara diferenciación de la gravedad y repercusión del hecho viciado en ambas clases de nulidades, así como los sujetos que la interponen, acotando que en una nulidad absoluta el Juez también es apto para declararla.

De modo semejante, CÁCERES JULCA ha conceptualizado a las nulidades relativas “(...) como aquellos vicios o defectos no sustanciales que no alteran el núcleo central del debate, pero que ocasionan actos procesales irregulares que causan daño o perjuicio a alguno de los sujetos procesales, afectados directamente, quienes pueden solicitar la rescisión o convalidación del acto procesal

⁷⁸ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 151.- Nulidad relativa.- “1. Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca. 2. La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente. 3. La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto. 4. La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva”.

⁷⁹ VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. “La nulidad en el nuevo proceso penal peruano” en *Estudios sobre la nulidad Procesal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 267.

de forma expresa o tácita”⁸⁰. Es decir, que no van a perjudicar sustancialmente al decurso del proceso, al emplear mayores espacios de tiempo, por lo que dicha convalidación a la que se hace referencia “(...) es expresa cuando la parte perjudicada ratifica el acto viciado y tácita cuando no se efectúa impugnación alguna al acto viciado”⁸¹, todo ello siempre con la finalidad de obtener mayor eficacia y celeridad procesal, es decir un proceso penal sin mayores dilaciones.

De lo anteriormente expuesto, podemos colegir según lo ha establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia en su Casación N° 413 - 2014 – Lambayeque, la existencia de una diferenciación ente la nulidad absoluta y la nulidad relativa, manifestando en su fundamento vigésimo noveno que “la diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad. Si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta”⁸². Asimismo, cabe precisar que nuestro CPP en su artículo 152⁸³ ha establecido expresamente cuáles son los supuestos en los que un acto puede ser convalidado dentro de un proceso penal, es decir que las partes del proceso hayan consentido, ratificado o confirmado tal nulidad de alguna u otra

⁸⁰ CÁCERES JULCA, Roberto. “Las nulidades en el nuevo código proceso penal”, *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 20, febrero 2011, p. 220.

⁸¹ MACHUCA FUENTES, Carlos. Op. Cit., p. 299.

⁸² CASACIÓN N° 413-2014 – LAMBAYEQUE - del 07 de abril del 2015 Corte Suprema de Justicia de la República - Sala Penal Permanente [Ubicado el 04. VI 2018]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d1f84a004cd22f18a1b9afb8adeb3b40/413-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d1f84a004cd22f18a1b9afb8adeb3b40> Fundamentos Jurídicos 28 y 29: “VIGESIMO OCTAVO.- Al respecto, debe precisarse que la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y por tanto debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; y, en atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas. VIGÉSIMO NOVENO.- La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad. Si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta”.

⁸³ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 152.- Convalidación.- “1. Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos: a) Cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto; c) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes. 2. El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados”.

manera y que por lo tanto el juez en este caso no ejerce su facultad nulidificante, pudiendo continuar con el debido proceso de manera célere, eficaz y sin dilaciones insustanciales.

2.1.3. Efectos de las nulidades

En palabras de ARBULÚ MARTÍNEZ respecto a los efectos de las nulidades en el proceso penal o de los múltiples actos viciados ha precisado que éstos“(...) tendrá como efecto retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio pero subsistirán los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del juicio oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron o, que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan”⁸⁴. Por lo que se observa claramente que dichos efectos se van a dar para tutelar siempre un debido proceso que ante irregularidades pueda vulnerar una igualdad de defensa para ambas partes en la contienda penal.

Frente a ello nuestro CPP del 2004 contempla taxativamente en su artículo 154° cuáles son los efectos de la nulidad, detallando cuatro supuestos:

- “1. La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados.
2. Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido.
3. La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas salvo en los casos en que así correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación.
4. La declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la Investigación Preparatoria, no importará la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades

⁸⁴ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo I, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015, p. 531.

declaradas durante el desarrollo del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia”⁸⁵.

SÁNCHEZ CÓRDOVA precisa que el artículo 154° del CPP en mención “(...) hace referencia al principio de conservación de los actos procesales, haciendo hincapié en que cada acto que sea anulado debe ser expresamente señalado”⁸⁶. Con respecto al contenido de la presente norma podemos dilucidar que el papel del Juez dentro del proceso penal es de fundamental importancia, porque finalmente es él, quien como ente jurisdiccional central declarará la nulidad de un acto dentro de la contienda penal, no obstante si bien es cierto que uno de los efectos es que el acto nulo pueda ser subsanado dependiendo el caso en concreto, es decir, estamos hablando de las nulidades relativas; un criterio fundamental cuando un acto acaba de ser declarado nulo, es el hecho de anular toda consecuencia que se desprenda del mismo en ese momento o que se pudiesen presentar en el futuro, refiriendo además que dicha declaración nos retrotraerá inexorablemente al estadio en el que se perpetró dicho acto nulo.

Entonces, se ha establecido que según el nuevo modelo procesal del CPP del 2004, busca siempre la mayor eficacia y celeridad procesal, basado en el principio de economía procesal, así como la búsqueda de la verdad dentro de un proceso penal, no obstante, ello no impide que se puedan presentar actos irregulares que vicien dicho proceso, y que debido a ello los diversos entes jurisdiccionales tengan que tutelar un debido proceso y proteger los diversos derechos fundamentales y constitucionales de los sujetos procesales, declarando en consecuencia un acto nulo, para evitar hechos ulteriores que perjudiquen la seguridad social.

⁸⁵ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 154.- Efectos de la nulidad.- “1. La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados. 2. Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido. 3. La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas salvo en los casos en que sí correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación. 4. La declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la Investigación Preparatoria, no importará la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia”.

⁸⁶ SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 107.

2.2. Aspectos fundamentales de la prueba

2.2.1. Concepto de prueba

La prueba se encuentra debidamente regulada en nuestro Nuevo Código Procesal Penal del año 2004, en el Libro Segundo denominado: La Actividad Procesal, en la Sección II, abarcando los Títulos I, II, III Y IV, comprendida desde el artículo 155° hasta el artículo 246°.

En palabras de ARBULÚ MARTÍNEZ, se sostiene que “la prueba es un instrumento sustancial dentro de un proceso penal, en el que las partes, en el juicio oral y contradictorio, enfrentan hipótesis fácticas con calificaciones jurídicas, sujetas a verificación y que constituyen elementos de sus teorías del caso. Los procedimientos legales para acreditar los hechos son los medios de prueba”⁸⁷. Por lo tanto, el propósito de la prueba es crear la mayor convicción en el Juez para obtener el nivel más alto de certeza en el proceso sobre la búsqueda de la verdad dentro de un proceso penal, que respete el derecho a probar de ambas partes, cuya herramienta fundamental será una prueba admisible en todos sus aspectos.

Asimismo, HERNÁNDEZ MIRANDA ha conceptualizado la prueba desde diferentes aspectos, tales como el aspecto objetivo, subjetivo y mixto, establecido así: “Objetivo (...) la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial (...). Subjetivo (...) convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez. Mixto (...) la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso que se deducen de los medios aportados”⁸⁸. Por lo que se puede concluir que, la finalidad básica sea cual fuere el criterio o pauta para conceptualizar la prueba es en primer y último término, lograr la plena certeza y convicción judicial mediante resoluciones motivadas y basadas en hechos concretos y reales.

⁸⁷ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo II, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015, p. 7.

⁸⁸ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Actividad probatoria en el proceso penal. Énfasis en cuanto a la prueba indiciaria” en *La Prueba en el Procesal Penal*, 1ªed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018, pp. 121- 122.

Por otro lado el autor PEÑA CABRERA FREYRE, ha precisado que “la prueba es todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa y, en sentido laxo, es el conjunto de motivos que suministran ese conocimiento”⁸⁹. Esto quiere decir correspondientemente que, todo conocimiento introducido al proceso penal debe buscar siempre como requisito indispensable, obtener el mayor grado de certeza respecto a los hechos que se presumen verdaderos, es decir siempre se va a estar en una constante búsqueda de la verdad material cuyo objetivo será brindar y proporcionar una verdad irrefutable de los hechos sucedidos, sin dejar la mínima duda en un proceso debidamente tutelado por las garantías constitucionales.

Por su parte el derecho a la prueba como derecho fundamental, está precisado en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, de fecha 03 de enero del año 2003 recaída en el EXP. N° 010-2002-AI/TC, en la que se establece la protección constitucional de la prueba, recogida en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú en el que se indica como principio y derecho de la función jurisdiccional a la “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”, es decir, el derecho a la prueba está constitucionalizado como parte del derecho al debido proceso⁹⁰.

Además, se ha establecido en la sentencia del TC peruano, de fecha 08 de enero del año 2005 recaída en el EXP. N° 4831-2005-PHC/TC, que el derecho a la prueba también contaría con ciertos obstáculos o reservas, es decir limitaciones “(...) derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del

⁸⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, pp. 599- 600.

⁹⁰ STC del 03 de enero del 2003 [Expediente número 010-2002-AI/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. Fundamento Jurídico 148: “148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú.(...)”

derecho en cuestión -límites intrínsecos-”⁹¹. Es decir, que no se puede hablar de caudal probatorio con el que se imputa un delito a alguien, sino se ha cumplido con las garantías necesarias dentro un Estado Democrático de Derecho.

De la misma manera, la sentencia del TC peruano, de fecha 05 de abril del año 2007 recaída en el EXP. N° 1014-2007-PHC/TC, ha establecido también la protección constitucional de la prueba y los límites que ésta posee, así como la dimensión subjetiva, mediante la cual las partes o un tercero legitimado en el proceso pueden producir las pruebas en su defensa y la dimensión objetiva que posibilita al juez a solicitar, actuar o merituar los medios de prueba; asimismo, se han precisado las características de la prueba, tales como: la veracidad objetiva, la constitucionalidad de la actividad probatoria, la utilidad de la prueba y la pertinencia de la prueba⁹².

⁹¹ STC del 08 de enero del 2005 [Expediente número 4831-2005-PHC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf> Caso Rubén Silvio Curse Castro. Fundamento Jurídico 4: “Este Tribunal Constitucional ha señalado (cf. STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos-”.

⁹² STC del 05 de abril del 2007 [Expediente número 1014-2007-PHC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html> Caso Luis Federico salas Guevara Schultz. Fundamentos Jurídicos 8, 10, 11 y 12: “8. Este Tribunal Constitucional ha señalado (vid. STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos. 10. (...) el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. 11. Atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia.

En la misma línea de investigación, en función a lo señalado por nuestro TC, en su sentencia de fecha 17 de octubre del año 2005 recaída en el EXP. N° 6712-2005-HC/TC, ha precisado fehacientemente en su fundamento jurídico 26, cuáles son las características que todo medio probatorio debe contener, características tales como la pertinencia, la conducencia o idoneidad, la utilidad, la licitud y la preclusión o eventualidad⁹³.

En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal. 12. Por ello, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada”.

⁹³ STC del 17 de octubre del 2005 [Expediente número 6712-2005-HC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf> Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Fundamento Jurídico 26: “(...) • **Pertinencia:** Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. • **Conducencia o idoneidad:** El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho. • **Utilidad:** Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos o controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes. • **Licitud:** No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida. • **Preclusión o eventualidad:** En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria”.

Por consiguiente, se busca en todo extremo que una correcta valoración de la prueba por parte de los diversos entes jurisdiccionales, logre la eficacia de todo proceso penal, por ende PELÁEZ BARDALES, precisa que “(...) el objeto del proceso penal debe consistir en el esclarecimiento de la verdad, para lo cual, deberá seguirse todo el itinerario, desde el momento en que se cometió el hecho denunciado, hasta el momento mismo de expedir el fallo, que constituye la decisión que pone fin al litigio (...)”⁹⁴. En este sentido, se trata de hallar a un Juez que ante el desarrollo del juicio actúe con total y plena probidad e imparcialidad, guiado en todo momento por preceptos y reglas que no dejen ningún vacío en cuanto a su aplicación, cuya decisión será en todo caso razonable y lógica en base a una verdad objetiva, única e inquebrantable, que coadyuve a un buen funcionamiento del sistema procesal penal.

Al respecto, SAN MARTÍN CASTRO manifiesta que “es absolutamente necesario que los fallos judiciales se sustenten en pruebas, sujetas a las exigencias que la ley establezca, y que el juez las invoque razonadamente en las resoluciones que emita”⁹⁵. De lo que se concluye que, la prueba es un derecho constitucionalmente protegido como parte del desarrollo de un debido proceso, precisando además que nuestro TC ha establecido expresamente su reconocimiento en sus diversas sentencias en las que ha desarrollado múltiples aspectos del derecho probatorio en el proceso penal, tratando siempre de ampliar el tratamiento legal de la misma.

2.2.2. Objeto de la prueba

Respecto al objeto de la prueba SÁNCHEZ CÓRDOVA sostiene que “(...) las afirmaciones jurídicamente relevantes son el objeto de la actividad probatoria, en consecuencia, es el objeto de la prueba. Así, serán los hechos introducidos por el fiscal en la acusación los que deberán ser probados, pero, si la defensa plantea unos hechos alternativos, estos deberán ser probados por este”⁹⁶. En base a lo

⁹⁴ PELÁEZ BARDALES, José. *La Prueba Penal*, 1ª ed, 1ª reimpresión, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2014, p. 39.

⁹⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2ª ed, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2003, p. 790.

⁹⁶ SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. “Aproximación a la valoración de la prueba en el proceso penal peruano” en *La Prueba en el Proceso Penal*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018, pp. 519- 520.

señalado, nuestro CPP expresamente en su artículo 156⁹⁷, ha señalado qué es lo que se debe considerar o no, como objeto de prueba dentro de un litigio penal, que buscará con ello evitar ambigüedades en el desarrollo del proceso.

Y es que como dice CUBAS VILLANUEVA, el objeto de prueba “es aquello susceptible de ser probado. La prueba debe o puede recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado (cuando el agraviado se constituya en actor civil). Ejemplo: aquello que se investiga, sobre lo que dictamina el perito”⁹⁸. En efecto, se refiere ineludiblemente a todo aquello que si bien es cierto puede ser probado, debe ser concreto, fehaciente y contundente como parte del proceso de investigación de la verdad dentro del proceso penal, en el que están inmersos los imputados y los diversos hechos investigados, conectados directamente con el suceso ilícito.

Asimismo, respecto a la finalidad de la prueba en el proceso penal, NEYRA FLORES refiere que ésta es, “(...) lograr la convicción del juez acerca de la validez o, - por decirlo mejor,- verdad de las afirmaciones que sobre los hechos hace cada parte, esto es, importa en la medida que, en función de la prueba, el Juez asume como cierta nuestra teoría del caso”⁹⁹. Esto quiere decir que, lo que se busca en primera y última instancia es obtener un mayor grado de verosimilitud y certeza en el Juez a través de toda una actividad probatoria desplegada por cada una de las partes, para crear en él la firme convicción de nuestros hechos, cuyo resultado será una decisión proba e imparcial del Juez, en base a un conocimiento fundado.

⁹⁷ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 156°.- Objeto de prueba.- “1. Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. 2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. 3. Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta”.

⁹⁸ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, 1ª ed, Lima, Palestra Editores S.A.C., 2009, pp. 270 - 271.

⁹⁹ NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*, Lima, IDEMSA, 2010, p. 546.

2.2.3. Principios básicos que rigen la prueba penal

Respecto a los principios que rigen la prueba penal, MACAVILCA ROMÁN refiere que “los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso, en este caso un proceso penal, son abstractos, generales e inspiran la instauración de normas concretas; además, en ausencia de dichas normas que resuelvan un conflicto jurídico éstos intervienen directamente, de lo cual deriva su importancia”¹⁰⁰. En consecuencia, los principios que rigen la prueba penal en el marco de desarrollo de nuestro CPP del año 2004, son de vital importancia, al ser éstos el cimiento y guía hacia una correcta valoración de los hechos dentro del proceso penal.

Habiendo precisado en líneas supra la definición de principios, corresponde ahora desarrollar algunos de los principios elementales que fomentan el correcto funcionamiento de un derecho procesal penal, tutelando en todo momento el debido proceso en beneficio de la protección de los derechos fundamentales para salvaguardar el bien común, el orden público y la búsqueda incansable de la verdad.

A. Principios de la actividad probatoria

Podemos precisar que los principios de la actividad probatoria comprenden o abarcan a los principios de pertinencia, conducencia y utilidad, que en su conjunto van a aportar a que el proceso penal logre la mayor certeza posible y el nivel más alto de objetividad en el Juez.

Respecto al principio de pertinencia de la prueba, ARBULÚ MARTÍNEZ precisa que “en virtud de este principio, solo se debe admitir aquellos medios de prueba que tengan un vínculo de racionalidad con los hechos constitutivos de probanza - *thema decidendi*”¹⁰¹. Por estos motivos, definitivamente, no se discute aquí la relación

¹⁰⁰ MACAVILCA ROMÁN, Zoila “Los principios de la actuación probatoria en el Juicio Oral – La actuación de la prueba material” en *Revista de análisis especializado de jurisprudencia. RAE jurisprudencia. Procesal Penal. Estudio Benitez, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados*, 1ª ed, Lima, ECB Ediciones S.A.C., 2012, p. 95.

¹⁰¹ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *El proceso penal en la práctica. Manual del abogado litigante*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 123.

inevitable y concatenada que debe existir entre los medios de prueba que se utilizan en un proceso en concreto y los hechos que forman parte del mismo, y que son pasibles de ser probados durante tal proceso, es decir, se refiere a esa relación lógica y consecuente que debe existir en todo momento durante la etapa probatoria, en la que se tiene como objetivo principal el descubrimiento de la verdad de los hechos delictivos y su repercusión en la normativa y la legislación peruana.

Con respecto a ello corresponde precisar que este principio se encuentra debidamente regulado y normativizado en nuestro CPP del año 2004, establecido así en el Título Preliminar en su artículo IX inciso 1¹⁰².

En segundo lugar, respecto al principio de conducencia o idoneidad, ROSAS YATACO establece que “solamente a través de la actividad probatoria que se concrete conforme a las exigencias del debido proceso tendrá consistencia y aptitud para alcanzar su finalidad; el órgano de prueba que reúna las condiciones apropiadas y que no se encuentre incurso en ninguna causal de incompatibilidad con el carácter constitucional será capaz de aportar normal y lícitamente el conocimiento que se busca a través de él”¹⁰³. Por lo que podemos colegir que, todo medio será idóneo siempre y cuando cumpla con una finalidad, en este caso es el hecho que todo medio probatorio cumpla con el objetivo o fin de descubrir la verdad con un máximo nivel de certeza en el proceso.

Finalmente, abordando el principio de utilidad, TALAVERA ELGUERA ha precisado que “la *utilidad* puede ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que este sea adecuado para probar un hecho”¹⁰⁴. Es decir, un medio de

¹⁰² CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo IX Inciso 1.- Derecho de Defensa.- “*Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comuniquen de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala*”.

¹⁰³ ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Volumen 1, 1ª ed, Lima, Ediciones Legales E.I.R.L., 2016, p. 239.

¹⁰⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba Penal*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017, p. 91.

prueba será realmente útil si presenta virtudes, cualidades o características que lo hagan apto para resolver un hecho cuestionable en concreto de vital importancia en el esclarecimiento del proceso, aquel que verdaderamente ayude a dilucidar las dudas en un caso en particular. Y todo ello sin desmedro de vulnerar los derechos fundamentales de los procesados en el desarrollo de un debido proceso.

De lo anteriormente expuesto colegimos que según lo regulado en el CPP en su artículo 352° inciso 5 literal b se establece “que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil¹⁰⁵, refiriéndonos entonces a que tales características son requisitos indispensables dentro de un proceso célere y eficaz, que respeta un debido caudal probatorio para evitar posteriores nulidades ante su actuación.

B. Principio de libertad probatoria

El principio de libertad probatoria está regulado en el CPP en su artículo 157°, inciso 1¹⁰⁶, precisando claramente que “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley”, es decir, se hace hincapié siempre a que dicha libertad de la que gozan, tanto la parte acusada como la parte acusadora, deben respetar en toda instancia el principio de legitimidad; por cuanto nuestro ordenamiento jurídico no lo prohíba, cualquier medio de prueba puede ser usado en el proceso.

ANGULO MORALES, sostiene que “este principio permite que la prueba de los hechos se realice tanto por aquellos que se encuentran desarrollados por el NCPP, como por cualquier otro medio técnico o científico que pueda generar actos de fe,

¹⁰⁵ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 352° Inciso 5 Literal b.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar.- “La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere: (...) b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible”.

¹⁰⁶ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 157° Inciso 1.- Medios de prueba.- “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible”.

certeza y cuya obtención no obedezca a procedimientos que vulneren los derechos humanos”¹⁰⁷. Esto significa que tales medios técnicos o científicos que no pueden estar recogidos en nuestro CPP y que son pasibles de ser utilizados como prueba dentro de un caudal probatorio en el proceso, deben cumplir como requisito sine qua non, el hecho de no vulnerar los derechos fundamentales que reviste a cada ciudadano, a pesar de poder probar fehacientemente un hecho, existen barreras o límites legales que se deben salvaguardar.

De modo semejante, TALAVERA ELGUERA establece que en dicho principio de libertad probatoria “(...) se prohíbe enunciar taxativamente los medios de prueba, de modo tal que las partes pueden ofrecer y utilizar los medios probatorios típicos o atípicos, siendo que su admisión y posterior actuación estará sujeta a que sean conformes con los principios y demás bienes jurídicos que delimitan su contenido”¹⁰⁸. Por lo tanto, se busca siempre llegar a una verdad inquebrantable, que respete los derechos fundamentales, el valor ético y el respeto por la dignidad humana, mientras no se encuentre prohibido por la ley, garantizando en todo extremo la no vulneración de un debido proceso, por lo que toda prueba será susceptible de ser actuada en el litigio penal sin transgredir dicho proceso.

C. Principio de contradicción

El principio de contradicción como parte del derecho de defensa, se encuentra regulado en el CPP del año 2004, en el artículo I inciso 2 del Título Preliminar¹⁰⁹, que ha regulado junto a otros principios de vital importancia, los rasgos fundamentales que definen el funcionamiento y defensa de los diversos derechos constitucionalizados y expresados en nuestra variada legislación.

Dentro de un Estado Democrático y de Derecho en el que se respeta el funcionamiento y desarrollo del debido proceso, se va a establecer siempre como

¹⁰⁷ ANGULO MORALES, Marco. *El Derecho probatorio en el Proceso Penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016, p.42.

¹⁰⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Op. Cit., p. 86.

¹⁰⁹ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo I del Título Preliminar.- Justicia Penal.- “Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código”.

requisito indispensable la no vulneración de los derechos fundamentales dentro de un proceso en igualdad de armas para las partes litigantes, en ese contexto ROSAS YATACO, precisa que “(...) entre los sujetos procesales (Ministerio Público, inculpado, actor civil) tienen la posibilidad efectiva de comparecer o acceder al órgano jurisdiccional a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos y su correlativa práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a defenderse y ser oído previo al fallo judicial”¹¹⁰. Por consiguiente, todo ello para lograr igualdad en la defensa para ambas partes dentro del proceso imparcial.

De modo similar, ARBULÚ MARTÍNEZ precisa que “las pruebas tienen que estar sujetas, cuando sea necesario, a la refutación por la parte afectada. No permitir el ejercicio de este principio sería atentar contra el debido proceso y concretamente contra el derecho a la defensa”¹¹¹. Por ende, el derecho de defensa no es un derecho unilateral, que presta ventajas o beneficios solo a una parte procesal, sino que otorga la plena potestad de refutar o contradecir un medio de prueba, cuando lo crea conveniente. En consecuencia “(...) el principio acusatorio implica la instauración de un proceso de partes, adversarial, de adversarios o partes enfrentadas”¹¹², es decir, que el Juez tendrá que escuchar a ambas partes y en base a un conocimiento fundado e imparcial crear juicios de valor respecto a toda la actividad probatoria actuada.

D. Principio de comunidad de la prueba

En palabras de REYNA ALFARO precisa que respecto a la comunidad de la prueba o adquisición procesal “este principio presupone la imposibilidad de restringir la validez del elemento de prueba al sujeto procesal que lo aportó. El elemento de prueba una vez introducido al proceso, pertenece a todos y no solo a quien lo aportó o lo propuso, de modo tal que puedan todos utilizarlo y sacar provecho de aquel”¹¹³.

¹¹⁰ ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Volumen 1, Op. Cit., p. 302.

¹¹¹ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. “La prueba en el nuevo proceso penal” en *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2012, p. 90.

¹¹² TALAVERA ELGUERA, Op. Cit., p. 126.

¹¹³ REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2015, p. 465.

Por ende, podemos colegir que al margen de quién aporte una prueba, ya sea el procesado acusado o la parte acusadora, resulta indistinto establecer qué parte procesal presenta un medio probatorio, siempre que sea de utilidad para esclarecer el proceso penal, por lo que no existe obstáculo alguno para que ambos puedan utilizarlo y obtener un mayor beneficio a su favor, ya que el fin será siempre la búsqueda de la verdad, verdad que le pertenece a todos dentro del proceso penal.

En la misma línea de investigación, respecto del principio de comunidad o adquisición de la prueba, CHIRINOS ÑASCO ha precisado que “este principio, está directamente relacionado con la forma y circunstancia de adquisición de los medios probatorios, es decir, se debe justificar y, de ser el caso, acreditar la legalidad de la incorporación de la prueba al proceso penal, de lo contrario estaríamos hablando de pruebas prohibidas, las cuales nuestro ordenamiento jurídico las sanciona con la exclusión del proceso penal”¹¹⁴. Por lo tanto, en razón a lo expresado debe respetarse todo límite legal impuesto para una actuación probatoria, sin vulnerar los derechos constitucionalizados en la diversa legislación peruana, todo ello con la finalidad de lograr una correcta y proba administración de justicia por parte de los entes jurisdiccionales, así como un debido proceso que salvaguarde los derechos de las partes procesales.

A manera de síntesis, se puede colegir de modo semejante respecto a los principios antes señalados, que nuestro Nuevo Código Procesal Penal establece taxativamente en su artículo 356° inciso 1¹¹⁵ la aplicación de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción propiamente dichos de toda actuación probatoria, refiriendo que éstos son principios fundamentales que rigen un juicio cabalmente realizado a la luz a de la ley.

¹¹⁴ CHIRINOS ÑASCO, José. *La prueba en el Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2018, p. 53.

¹¹⁵ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 356 Inciso 1.- Principios del Juicio.- “El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor”.

2.2.4. Categorías probatorias

A. Elemento de prueba

Respecto al elemento de prueba en un proceso penal acusatorio, se debe recalcar en palabras de SALAS BETETA que dicho elemento “(...) es todo dato objetivo que se recolecta o recoge lícitamente durante la etapa de investigación y que es susceptible de reproducción en el juicio oral, siendo capaz de producir un conocimiento cierto o probable a cerca de los extremos de la acusación o defensa”¹¹⁶. Es decir, un elemento de prueba es lo que indefectiblemente será llevado, actuado y valorado en juicio oral. Asimismo, para un mayor entendimiento se detalla que son elementos de prueba “así por ejemplo, una prenda de vestir manchada o las huellas en un arma. En conclusión, se puede afirmar que el elemento de prueba, es la prueba en sí misma”¹¹⁷. Todo ello siempre respetando la licitud del proceso penal y la correcta valoración de la prueba.

Asimismo, CASTRO TRIGOSO manifiesta que “(...) la única diferencia entre el elemento de prueba y fuente de prueba es que ésta, aun cuando tiene la aptitud de convertirse en argumento probatorio, no ha ingresado todavía en el proceso; mientras que aquel es todo dato proveniente de la realidad y que ya ha sido incorporado al proceso”¹¹⁸. Por lo que podríamos señalar que elemento y fuente de prueba son técnicamente lo mismo, existiendo un mínimo de diferenciación otorgado por un antes y un después que marca su introducción legítima al proceso.

B. Fuente de prueba

Al referirnos a fuente de prueba, inevitablemente no podemos dejar de aludir a la palabra origen, el punto medular del cual emerge o nace algo, en este caso nace la prueba, es por ello que NEYRA FLORES ha precisado que la fuente de prueba “(...)

¹¹⁶ SALAS BETETA, Christian. “La actividad probatoria en el nuevo proceso penal: Recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba” en *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2012, p. 68.

¹¹⁷ NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Op. Cit., p. 551.

¹¹⁸ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2009, p. 46.

da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad a un proceso. Lo que interesa de la fuente de prueba es lo que podemos obtener de ella, lo que “fluye” de ella; es lo que suministra indicaciones útiles para determinadas comprobaciones. Así por ejemplo, será fuente de prueba, el cuerpo del imputado”¹¹⁹. Esto quiere decir que la fuente de prueba es el origen de todo lo que ulteriormente se desarrollará en el proceso penal.

De igual modo, señala SÁNCHEZ PONCE que la fuente de prueba “son las consecuencias que genera el fenómeno delictivo en la realidad, existen con independencia del proceso y despliegan sus efectos en él. Constituyen el objeto de investigación a efectos de servir como instrumentos de acreditación de los hechos controvertidos”¹²⁰. Y todo ello, en razón a colaborar en todo momento con el desarrollo del juicio en defensa de los derechos fundamentales y la tutela efectiva de un debido proceso, ya que podríamos considerar a la fuente de prueba como el núcleo básico de donde emanará todo conocimiento veraz, todo hecho certero y toda verdad inquebrantable dentro del proceso debidamente desarrollado.

Conciérne precisar además, que en la sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de fecha 30 de diciembre del año 2009, recaída en el expediente número 19-2001-09- A, V, se ha referido que una fuente de prueba “(...) hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, (...) fuente de prueba puede ser una fotografía, un libro - siempre que contenga información relevante para el caso investigado (...)”¹²¹. Es decir, sin la existencia

¹¹⁹ NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Op. Cit., p. 551.

¹²⁰ SÁNCHEZ PONCE, Lyceth. “¿En qué momento se debe excluir la prueba ilícita en el proceso penal peruano?” en *La Prueba en el Proceso Penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018, p. 49.

¹²¹ SENTENCIA DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA del 30 de diciembre del 2009 [Expediente número 19-2001-09- A, V.] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/fuji47.html#Sentencia> Caso de Barrios Altos y La Cantuta. Fundamento 1.4.5 – capítulo IV: “Precisamos, que una fuente de prueba hace referencia a todo elemento material o personal que tiene su origen fuera del proceso, siendo anterior a este e independiente de él, es todo hecho en el que consta una noticia relacionada con un evento delictivo, pero que existe fuera y al margen del proceso, además, es una realidad que existe per sé, que se confecciona para verificar un contrato, para manifestar una opinión, para transmitir una información, etcétera, no teniendo una finalidad concreta e inmediata, pero sí puede servir en un proceso judicial que no existe, pero que puede abrirse en el futuro, así fuente de prueba puede ser una fotografía,

de la fuente de prueba, como son los objetos materiales o personales, no se desplegarían los futuros actos de investigación como parte del proceso, por lo que no se acreditaría ningún delito.

C. Órgano de prueba

En palabras de SÁNCHEZ VELARDE “órgano de prueba es la persona a través de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba; es la persona que expresa ante el Juez el conocimiento que tiene sobre un hecho que se investiga, que aporta un elemento de prueba. Puede decirse que el órgano de prueba actúa como intermediario entre la prueba y el Juez. El imputado, el agraviado, el testigo son órganos de prueba”¹²². Sin embargo, se debe precisar que tanto el imputado, el agraviado o el testigo, es decir, todos los órganos, deben generar en el Juez plena convicción y certeza a través de la verdad que ellos transmitan durante el desarrollo del proceso imparcial.

Por su parte, el autor ARISMENDIZ AMAYA indica que “(...) mientras los medios de prueba son procedimientos legalmente establecidos de introducir información probatoria para el juez, los órganos de prueba son las personas que intervienen en tales procedimientos y proporcionan información probatoria al juzgador”¹²³. Al respecto podemos inferir que, si bien es cierto que un órgano de prueba es una persona, ésta debe tener la mayor seriedad y compromiso posible al participar en el proceso, ya que su aporte será de vital importancia para dilucidar o esclarecer el delito cometido, por lo que en todo momento deberá brindar una total veracidad y transparencia de los hechos.

un libro - siempre que contenga información relevante para el caso investigado -, entre otros, no hay limitación alguna, pues todo acto material o personal en que conste una noticia referida a un hecho, tiene tal consideración y puede tener acceso al proceso, a través de un concreto medio. Que, en tal sentido, una fuente de prueba no se rige por las reglas de la testimonial, ni se exige su producción en juicio oral, pues por ser independientes y anteriores al proceso, no pueden ser practicadas con sujeción a presupuestos que son típicos del proceso (...).”

¹²² SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, IDEMSA, 2004, p. 658.

¹²³ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La Prueba en el delito de colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal de 2004” en *La Prueba en el Proceso Penal*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2015, p. 135.

D. Medio de prueba

CASTILLO GUTIÉRREZ precisa que “(...) el medio de prueba es la vía, el canal o el “vehículo” a través del cual se incorporan los elementos de prueba al proceso. Ejemplo de medio de prueba: la prueba testimonial, el testigo (órgano de prueba), la declaración testimonial (medio de prueba) y lo declarado (elemento de prueba)”¹²⁴. En consecuencia, de no existir ese puente que indefectiblemente transportará un elemento de prueba al proceso para que pueda ser utilizado por las partes procesales, el Juez no podrá en ningún extremo lograr la valoración de tales elementos, al no existir el medio idóneo y legítimo que pueda dar a conocer una verdad concreta.

De igual modo, señala MIXÁN MÁSS al referir que “el medio de prueba es el nexo de carácter cognitivo entre la fuente de prueba y el sujeto cognoscente (juez, fiscal, defensor), porque a través de él se la conoce y se la incorpora en el proceso. (...). Ejemplo de medios de prueba son: testimonio, dictamen pericial, confesión, careo, documento, levantamiento de cadáver, registro personal, registro de vehículo (...)”¹²⁵. Es decir, el medio de prueba es el conducto legal para conocer dentro del proceso una variedad de elementos de prueba que logren dilucidar la solución durante el desarrollo de la investigación dentro del proceso.

Dicho en otros términos, los medios de prueba“ son aquellas actividades judiciales complejas que se encuentran regulados por la ley para introducir elementos de prueba al proceso y permitan alcanzar los fines del mismo”¹²⁶; en consecuencia, estos medios de prueba no solo le serán de amplia utilidad al Juez del proceso penal, quien definitivamente tendrá que llegar a la cúspide de la certeza, sino que también será el conducto preciso tanto para el Ministerio Público como para la defensa técnica, como partes procesales que en su conjunto forman el proceso penal.

¹²⁴ CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *La prueba prohibida. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2014, pp. 40 - 41.

¹²⁵ MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. 1ª ed, 1ª reimpresión, Trujillo, Ediciones BLG, 2009, pp. 152 – 153.

¹²⁶ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op. Cit., p. 658.

2. 2. 5. La prueba prohibida y su nulidad en el proceso

ARBULÚ MARTÍNEZ ha precisado que los actos procesales susceptibles de ser anulados en el CPP, por estar precisamente viciados con nulidad son, el principio de oportunidad, la acción civil, la nulidad de transferencia, la incompetencia territorial, el defecto de la notificación, la prueba prohibida, las medidas de coerción, el auto de enjuiciamiento, el plazo de emisión de sentencia en la conclusión anticipada, las facultades de los órganos de revisión de sentencias y el recurso de casación¹²⁷.

En la misma línea de investigación, CASTILLO GUTIÉRREZ ha señalado que “la prueba prohibida o prueba ilícita ha sido definida como aquel material que se obtiene, admite y actúa con vulneración del **contenido esencial** de los derechos fundamentales y tiene como efecto su expulsión del proceso (...)”¹²⁸. De lo señalado podemos colegir que, la prueba prohibida no solo vulnera los derechos fundamentales de la persona, sino también los derechos a un debido proceso dentro de un ámbito de constitucionalidad, ya que toda prueba debe ser obtenida sin transgredirse la licitud del marco jurídico - penal, y siempre deben ir acorde con lo que nuestro ordenamiento jurídico disponga.

Asimismo, se ha precisado según la sentencia del TC, de fecha 15 de setiembre del año 2003 recaída en el EXP.Nº. 2053-2003-HC/TC, el concepto de prueba ilícita, cuya jurisprudencia ha entablado taxativamente en su fundamento jurídico número 3 que “la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable (...)”¹²⁹.

Consecuentemente, el artículo 159º del CPP expresa que “el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración

¹²⁷ Cfr. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. “La nulidad en el nuevo proceso penal”, *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 29, noviembre 2011, pp. 229 - 232.

¹²⁸ CASTILLO GUTIERREZ, Luciano. *La prueba prohibida. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia*. Op. Cit., p.23.

¹²⁹ STC del 15 de setiembre del 2003 [Expediente número 2053-2003-HC/TC] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02053-2003-HC.html> Caso Edmi Lastra Quiñones.

del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”¹³⁰. En función a lo señalado, podemos precisar que el artículo VIII° del Título Preliminar del CPP establece que “carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”¹³¹. Dicho en otros términos, según lo referido por el autor MIRANDA ESTRAMPES, “el artículo VIII° introduce en el CPP peruano una regla de exclusión o, también, una prohibición de valoración probatoria”¹³². Por ende, no solo podemos encontrar una protección a los derechos fundamentales en la Constitución Política del Perú, sino también en variada doctrina y jurisprudencia, razón por la que el CPP a través de su normativa ha regulado la prueba con límites irrestrictos al respeto de los derechos fundamentales, por lo que no todo el caudal probatorio podrá ser valorado en un proceso justo y eficaz que respete las garantías procesales.

Corresponde precisar que la sentencia del TC, de fecha 27 de octubre del año 2010 recaída en el EXP. N°. 00655-2010-PHC/TC, establece cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida, indicando la existencia de varias posturas a favor del establecimiento de dicha naturaleza. Por ejemplo se precisa a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal, también se infiere a la prueba como un auténtico derecho fundamental; asimismo, se indica que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba; y señala los efectos que según la jurisprudencia norteamericana tiene la exclusión de la prueba¹³³.

¹³⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 159°.- Utilización de la prueba.- “1. El Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

¹³¹ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo VIII del Título Preliminar.- Legitimidad de la prueba.- “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio”.

¹³² MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII° del Código Procesal Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, p. 25.

¹³³STC del 27 de octubre del 2010 [Expediente número 00655-2010-PHC/TC] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html> Caso Alberto Quimper Herrera. Fundamentos Jurídicos 3, 4, 5, 6 y 7: “3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la

Por consiguiente, ante la protección que se le brinda a los diversos derechos fundamentales y límites que nuestra legislación le ha otorgado a la obtención de la prueba, VILLEGAS PAIVA manifiesta que “ (...) existen áreas que están protegidas ante las injerencias estatales, dentro de las cuales, por ende, el esclarecimiento de los hechos a través de determinados medios probatorios resulta inadmisibles y prohibido, con base en la preeminencia de protección de los derechos fundamentales

prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso. Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. 4. De otra parte, existen otras posiciones que predicen que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio. En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”. 5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”. En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”. 6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (exclusionary rule) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (deterrence effect) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (judicial integrity). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”. 7. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”.

de la persona”¹³⁴. En consecuencia, no se trata de solucionar un proceso penal a toda costa, alegando una incansable búsqueda de la verdad, si ello va a violentar nuestros derechos, ya que hay aspectos y esferas importantes de la persona como sujeto de derecho que están ampliamente protegidos por la ley, y a dónde no se pueden acceder atropellando sus derechos fundamentales.

MIRANDA ESTRAMPES, precisa que “un Estado Democrático de Derecho no puede consentir que las condenas penales estén fundamentadas en pruebas obtenidas con infracción de los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce”¹³⁵. Es decir, que el Estado tiene como deber fundamental y primordial garantizar el buen funcionamiento y plena vigencia de los derechos humanos, lo cual constituye un requisito sine qua non para excluir en todo extremo la participación de la prueba ilícita, ya que se debe respetar en primera y última instancia al ser humano como persona y como ente revestido de deberes y derechos insoslayables plenamente reconocidos en la legislación peruana.

De ahí que, la prueba se ha convertido en una fuente insustituible para el derecho procesal penal, regulada en nuevo Código reformado del año 2004, cuya finalidad es la de proporcionar al Juez los medios idóneos para tomar una decisión motivada y pertinente, decisión que no solo va a repercutir en los sujetos procesales, sino en toda una sociedad, evitando así condenas injustas y posibles nulidades probatorias ante una incorrecta valoración.

Finalmente, en ningún caso se debe permitir la nulidad de un caudal probatorio, si la prueba no cumple las características de prohibida, sino que por el contrario ayuda a dilucidar un caso difícil, colaborando con el sistema de justicia del país.

¹³⁴ VILLEGAS PAIVA, Elky. *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015, p. 243.

¹³⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruana de 2004*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2012, p. 114.

CAPÍTULO 3

**EL DERECHO PENAL DEL ACTO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA
EN LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA CON
EFECTOS PERMANENTES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO INMEDIATO**

CAPÍTULO 3

EL DERECHO PENAL DEL ACTO EN LA JURISPRUDENCIA PENAL PERUANA EN LA REALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN INSTANTÁNEA CON EFECTOS PERMANENTES EN EL DESARROLLO DEL PROCESO INMEDIATO

Nuestro Tribunal Constitucional peruano ha señalado en el expediente N.º 03691-2009-PHC/TC¹³⁶, que en los delitos cuyos efectos son permanentes, como la tenencia de drogas, armas, contrabando y otros, existe un decaimiento de la intervención urgente por parte de los efectivos policiales, razón por la que no se configuraría la extrema urgencia.

En el desarrollo del presente capítulo se va a tener en cuenta la aplicación de un Derecho Penal del Acto y una correcta ponderación de derechos a través del principio de proporcionalidad, en el que se implementará la medida limitativa o restrictiva de derechos, como el allanamiento, a través de los tres subprincipios, tales como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.

¹³⁶ STC del 18 de marzo del 2010 [Expediente número EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC] [Ubicado el 08. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03691-2009-HC%20Resolucion.pdf> f. j N.º.19. Caso Luz Emerita Sánchez Chávez y otros

3.1. El derecho penal del acto

Diversa doctrina ha señalado taxativamente qué es un derecho penal del acto y las implicancias que puede tener este en la aplicación de un derecho práctico para que no existan ambigüedades, respecto a la lesión del bien jurídico que podrían ocasionar diversos delitos.

En palabras de VILLAVICENCIO TERREROS, refiere que el “(...) Derecho Penal del hecho (del acto), que entiende que lo principal es la lesión al orden jurídico o al orden social y otorga menor importancia a las características personales del autor, (...). Nuestro derecho vigente es decididamente un Derecho Penal del hecho, a partir que nuestra Constitución sólo ordena sanción por actos u omisiones (artículo 2º, numeral 24, inciso d) por ende, el Derecho Penal del autor resulta inconstitucional”¹³⁷. En consecuencia, con este derecho penal del acto se va a mirar objetivamente la conducta del autor y no meras subjetividades, ya que en la realidad concreta existe una afectación inevitable al bien jurídicamente protegido, por lo que en todo extremo se tendrá en cuenta la materialización del hecho punible.

En la misma línea de investigación, respecto al derecho penal del acto se debe tener en cuenta los preceptos de desvalor de la acción y desvalor del resultado por lo que XAVIER TAVARES refiere que “a veces, la infracción a la norma se satisface exclusivamente con el disvalor del acto- en los *delitos de mera actividad*-cuando la conducta ya ha puesto en peligro al bien jurídico. Otra veces, la conducta tiene grados de valoración- en los *delitos de resultado*- donde no basta, para la completa infracción a la norma, sólo con el disvalor del acto, sino que se requiere principalmente el disvalor del resultado”¹³⁸. Al respecto, se precisa que se encuentra íntimamente ligado al derecho penal del acto, el concepto del desvalor de la acción y el desvalor del resultado, ya que nuestro derecho para poder imputar la realización de una conducta en el mundo real en el que nos hallamos inmersos,

¹³⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, 1ºed, 6ºreimpresion, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2016, p. 10.

¹³⁸ XAVIER TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal. Colección: Maestros del derecho penal*, N° 33, traducido por Mario Pereira, 2º ed, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2010, p. 289.

debe tener en cuenta la aplicación de estos desvalores para obtener la correcta configuración de los tipos penales existentes.

Por su parte, POLAINO NAVARRETE sostiene que "(...) el Derecho penal del acto sanciona siempre actos delictivos, sobre la base de la culpabilidad o de la peligrosidad criminal del autor (que son el fundamento y límite de la pena y de la medida de seguridad, respectivamente)"¹³⁹. Por consiguiente, se puede advertir que el derecho penal del acto constituye un pilar fundamental para la configuración de los tipos penales, que se deberá tener en cuenta en el caso en concreto para poder evitar excesos en dicha configuración. Es decir, que debemos tener presente siempre que el derecho penal de acto es de vital aplicación, por ser considerado como uno de los principios fundamentales en un Estado Democrático y de Derecho, por lo que los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, definitivamente deben ser relativizados.

Asimismo, se manifiesta que el derecho penal del acto enfocado desde el punto de vista técnico - jurídico, es aquel derecho penal que para poder imputar una conducta tiene que considerar el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, en primera y última instancia.

Es por ello que, se establece que estos desvalores son criterios fundamentales de los delitos de resultado, precisando además que un desvalor de la acción y un desvalor del resultado, significa que entre la acción desplegada por el autor y el resultado lesivo que ocasiona este, hay un espacio y un tiempo, conocido como el baremo espacio- temporal, entonces, podemos deducir que esas figuras califican para poder establecer que dicho delito pueda ser en primera instancia de mera actividad o un delito de resultado.

De ello resulta necesario precisar conceptualmente qué es un delito de resultado y qué es un delito de mera actividad, por lo que en palabras de CLAUS ROXIN indica que "por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado

¹³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al derecho penal*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p.213.

consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado es p.ej. el homicidio: entre la acción (v.gr. disparar el revólver) y el resultado (muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. (...). En cambio, son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella. Así sucede en el allanamiento de morada, en el que el tipo se cumple con la intromisión (...)”¹⁴⁰. Es decir, se precisa una clara diferenciación de ambos tipos penales, teniendo en cuenta el criterio del tiempo en su configuración.

Cabe precisar según lo anteriormente mencionado, que la generalidad de un derecho penal del acto, si bien es cierto significa estudiar la conducta expresada en el mundo real, la misma que está sujeta a una contextualización delictiva por la norma de mandato o la misma norma de prohibición, no obstante, ahora técnicamente un derecho penal de acto para que califique a un delito como tal, debe establecer nuevos parámetros y criterios ineludibles, ya que técnicamente desde el punto de vista de la conducta, los delitos se dividen en delitos de peligro y delitos de resultado, entonces para poder diferenciarlos, tenemos que verificar indefectiblemente si entre la conducta, que es la acción y el resultado que es la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, existe un espacio debidamente marcado o un tiempo establecido dentro un contexto real.

De lo referido en líneas supra, podemos ilustrar ello indicando que, por ejemplo al decir que la persona “X” coge el arma de fuego y dispara a la persona “Y”, el hecho de coger el arma de fuego es el primer acto, denominado desvalor de la acción; siendo entonces el resultado, la muerte de “Y”, conocido ello como desvalor del resultado, ya que entre el coger el arma y percutarla, disparar y la muerte de “Y”, hay un espacio y hay un tiempo, conocido como desvalor de la acción y desvalor del resultado; por lo tanto el desvalor de la acción está vinculado directamente a la conducta y el desvalor de resultado vinculado de la misma manera proporcional a la lesión o a la puesta en peligro del bien jurídico existente. Al respecto, PARMA Y

¹⁴⁰ CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, traducido por Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ªed, reimpresión 2006, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2006, p. 328.

PARMA han establecido que “el autor de un delito es el que realiza el tipo penal dominando su ejecución, que puede efectuar por sí mismo, conjuntamente y de acuerdo con otros, o a través de otro”¹⁴¹. Es decir, no hay duda de que efectivamente existe la comisión de un delito y que lo importante es que el autor ejecute el hecho ilícito y despliegue sus consecuencias en el mundo real, tal y como ocurre en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes.

Por consiguiente, precisando ya la dimensión técnica del derecho penal de acto antes mencionado, cuya estructura da como resultado la clasificación de los tipos penales, es decir, establecer si estos son de mera actividad o por llamarlo también de comisión instantánea y efectos permanentes como en nuestro caso en concreto; quiere decir, que aquí el desvalor de la acción y el desvalor de resultado no existen, porque en esta situación en específico la sola conducta que es el desvalor de la acción, ineludiblemente a la misma vez genera un resultado o pone en peligro el bien jurídico, como por ejemplo en el caso de la tenencia de armas de fuego.

Por ende se debe precisar que en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, su sola conducta causa un daño irreparable y continuado al bien jurídico, y esto seguirá del mismo modo mientras no cese de manera urgente el estado perjudicial al bien jurídico a través de la intervención inmediata de nuestra Policía Nacional del Perú, para ponerle fin a dicho perjuicio.

En función a lo señalado, se establece además que por ejemplo que en los casos tales como la tenencia ilegal de armas de fuego, cuyos efectos son permanentes, no existe sin lugar a dudas un desvalor de la acción ni un desvalor de resultado al referirnos específicamente al contexto del espacio y del tiempo, debido a que en ese preciso momento la sola conducta también lleva implícita el mismo resultado, apareciendo entonces en ese instante la configuración de los delitos de mera actividad o de peligro abstracto, como lo son en estas circunstancias materia de análisis, los delitos tales como por ejemplo, el delito de secuestro, al que se le ha configurado como un delito de mera actividad y a la misma vez con efectos

¹⁴¹ PARMA, Carlos y PARMA, Marcelo. *Temas de la Teoría del Delito*, 1^oed, Bolivia, Ulpiano Editores, 2017, p. 148.

permanentes; por lo que en este sentido, como es un derecho penal de acto, el baremo espacio- temporal está subsumido en un solo acto, es decir al momento que privan de la libertad a la persona, a la misma vez se consume el desvalor del resultado, tal y como sucede con todos los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes.

Al respecto REÁTEGUI SÁNCHEZ ha precisado que “(...) el Derecho Penal peruano es un Derecho Penal del acto porque solo el comportamiento humano traducido en actos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal”¹⁴². Es decir, no podemos confiar la regulación jurídico - penal peruana, a la aplicación de un derecho penal del autor, basado en meras subjetividades y preponderancias de una personalidad o cualidades psicológicas, porque se pueden transgredir los derechos de los demás, como la paz y la tranquilidad pública, cuando en un verdadero derecho penal del acto, toda una sociedad se ve corrompida por sus consecuencias al haberse desplegado ya sus efectos lesivos en la realidad ante la comisión del delito, latente a los ojos de las autoridades.

En efecto, corresponde precisar que se debe aplicar en la realización de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, un derecho penal del acto, razón por la que sí existe una extrema urgencia en cuanto a la aprehensión, captura y detención por parte de la Policía Nacional, ya que no se puede ser ajeno a que efectivamente en una realidad se ha delinquido, se ha cometido y perpetrado el delito, produciéndose en ese mismo momento las consecuencias del ilícito, que perjudicarían a toda una sociedad, por lo tanto el hecho criminoso fue cometido en el marco de la flagrancia manifestado al mundo exterior y que debe ser castigado ante la materialidad del delito y la repercusión de sus efectos en un Estado Democrático de Derecho.

¹⁴² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p. 115.

3.2. El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia en el derecho penal peruano en el proceso de flagrancia

El Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia recaída en el expediente N.º 03691-2009-PHC/TC, en sus fundamentos jurídicos N.º 18 y 19 ha establecido taxativamente lo siguiente:

“Que por tanto, y estando a lo anteriormente expuesto, resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidente de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en caso de la persecución continuada del infractor que se refugia en él. Ello implica que el objetivo de tal intromisión domiciliaria no es otro que la urgente intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión del delito en cuestión (decomiso de los objetos del delito, entre otros). Que en este contexto se concluye que 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”¹⁴³.

De lo referido en líneas supra, se ha precisado que en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, tales como el secuestro, la tenencia de armas de fuego, drogas, entre otros, no existe la extrema urgencia respecto a la intervención de la PNP, es decir, no podrían ingresar rápidamente al domicilio, razón por la que dichos efectivos tendrían que obtener primero una orden judicial

¹⁴³ STC del 18 de marzo del 2010 [Expediente número EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC] [Ubicado el 08. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03691-2009-HC%20Resolucion.pdf> f. j N.º.19. Caso Luz Emerita Sánchez Chávez y otros.

para no configurarse una violación al domicilio, pero, qué sucede específicamente con la cuasi flagrancia, cuando por ejemplo los efectivos policiales presenciaron el ilícito, existiendo entonces una evidencia directa a través de la percepción sensorial (vista), sin embargo, los delincuentes que perpetraron el hecho delictivo emprendieron la fuga, razón por la cual los efectivos policiales fueron tras ellos después de evidenciar el delito, precisando que fue una persecución ininterrumpida y continuada en la que nunca se les perdió de vista, pudiendo posteriormente tales delincuentes lograr entrar al lugar donde ocultan más droga, más armas o a la persona que acaba de ser secuestrada. En consecuencia, no importaría la evidencia delictiva ni la persecución incesante, si la Policía Nacional tendría que esperar, no sabemos cuánto, para ir por una orden judicial y entrar a dicho domicilio sin que tales malhechores puedan alegar que se está vulnerando su inviolabilidad de domicilio y todo ello amparado por una total ausencia de urgente intervención en los delitos cuyos efectos son permanentes.

3.2.1. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad pertenece a la cantera de todo el sistema jurídico, nacional e internacional, asimismo, este principio ha sido desarrollado fundamentalmente por el Derecho Constitucional, pero ello no es óbice para que no se pueda utilizar en otras diversas ramas del derecho que van a tutelar en todo extremo una correcta ponderación de derechos fundamentales, aplicable siempre dentro de la no arbitrariedad de nuestro ordenamiento jurídico y el respeto irrestricto de sus derechos, todo ello, como parte de un principio regulador del Estado Democrático de Derecho.

De la misma manera, podemos precisar que por ejemplo el principio de proporcionalidad se viene desarrollando en el Derecho Administrativo Sancionador, tal y como lo ha aplicado el Tribunal Constitucional en sus múltiples sentencias, haciendo referencia al principio de proporcionalidad respecto a las ordenanzas municipales¹⁴⁴.

¹⁴⁴ STC del 14 de marzo del 2011 [EXP. N.º 00004-2010-PI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2010-AI.html> Caso Santiago Freddy Merino

En ese contexto, el principio de proporcionalidad se aplica también en el Derecho Penal, específicamente en el caso en concreto refiriéndose al Derecho Procesal Penal, desarrollando fundamentalmente los derechos contenidos en el proceso inmediato frente al derecho de la libertad del imputado.

De ahí que, con respecto a nuestra postura, en admitir la flagrancia con el presupuesto de una inmediata intervención de la Policía Nacional del Perú en los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, sobre todo en los casos de cuasi flagrancia, hemos creído conveniente ponderar los derechos tales como el derecho a la verdad, el derecho a la tranquilidad, a la paz, específicamente como interés social de toda una comunidad y sus moradores, todo ello en contraposición al derecho personal del imputado dentro del contexto de la inviolabilidad de domicilio, aplicado específicamente en los delitos de tenencia y posesión ilícita de drogas, de armas de fuego, contrabando, delitos de secuestro, entre otros; es decir, delitos cuyos efectos son permanentes.

Igualmente, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado también la conceptualización del principio de proporcionalidad y sus subprincipios, como son la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha; razón por la que en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero del 2003, nuestro TC ha precisado que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho”¹⁴⁵. Esto quiere decir que el principio de proporcionalidad tiene una

Bringas en representación del 1% de los ciudadanos del distrito de punta hermosa; STC del 22 de junio del 2007 [EXP. N. 007-2006-PI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html> Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari; STC del 21 de setiembre del 2010 [EXP.00016-2009-PI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00016-2009-AI.html> Caso Ernesto Emilio Laynes Campoblanco en representación del 1% de ciudadanos del distrito de Pichari.

¹⁴⁵ STC del 3 de enero del 2003 [EXP. N.º 010-2002-AI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5, 000 ciudadanos. Fundamento jurídico 195: “*El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona*”.

aplicación que no está limitada o restringida a un área del derecho en específico, sino que por el contrario, ayuda a dilucidar variada problemática, en cualquier área del derecho, como es nuestro caso en concreto, en el Derecho Procesal Penal. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 045-2004-P1I/TC de fecha 29 de octubre del 2005 ha desarrollado los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha¹⁴⁶. En efecto, mediante un adecuado análisis

¹⁴⁶ STC del 29 de octubre del 2005 [EXP. N.º 045-2004-P1I/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf> Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, Fundamentos jurídicos 38, 39 y 40: “38. Examen de idoneidad. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención. 39. Examen de necesidad. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar. El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional. 40. Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad” - es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos: “Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”. Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la

y examen de proporcionalidad se va a obtener el menor grado de vulnerabilidad a los derechos, en beneficio de toda una ciudadanía.

En función a lo señalado, en líneas infra desarrollaremos de manera concisa los tres subprincipios que forman parte del principio de proporcionalidad, los cuales analizarán de la manera más justa y equitativa, la utilidad práctica de los derechos inherentes y fundamentales, por lo que éstos se han podido dividir en el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

A. Idoneidad

En palabras del autor LONDOÑO AYALA, se precisa que “la *idoneidad, adecuación, aptitud o utilidad* es el subjuicio de valor constitucional del principio de proporcionalidad que realiza un análisis que recae sobre contenidos estrictamente teleológicos, esto es, es el componente de la proporcionalidad encargado del estudio de los diferentes objetivos que se detectan dentro del contexto de una decisión jurídica emanada de los sujetos jurídicos”¹⁴⁷. De esta manera, la idoneidad buscará en todos los extremos ser el fin, la meta o el fundamento que esté acorde con la medida planteada en concreto y que al ponerla en práctica garantice en todo momento la correcta y debida valoración de los derechos fundamentales de la persona humana.

El subprincipio de idoneidad nos permite obtener principalmente resultados concienzudos, respondiendo al llamado medio – fin, por lo que una correcta y adecuada aplicación de los derechos fundamentales, contribuirá a la consecución de un fin que está legítimamente protegido por nuestra diversa doctrina y legislación, es decir, cuyos objetivos y finalidades se encuentren amparados en la

igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional.

¹⁴⁷ LONDOÑO AYALA, César. *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*, reimpresión 2012, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012, p. 307.

Constitución Política del Perú y guarden concordancia con los valores y principios del sistema jurídico penal peruano.

Del mismo modo la idoneidad como subprincipio desarrolla la razón de ser, el fundamento, el fin y el medio; es decir, se refiere a que la medida que se va a aplicar sirva para alcanzar una finalidad en concreto, por lo que el medio será siempre la institución a usar procesalmente hablando; en este caso, las medidas limitativas o restrictivas de derechos, como lo es específicamente la medida de allanamiento, ya que para ingresar a una vivienda se necesitaría un mandato u orden judicial de allanamiento de morada, no obstante, que estando dentro de un proceso inmediato se tiene definitivamente que prescindir, todo ello debido al factor tiempo, porque hasta realizarse las diversas diligencias correspondientes para que el Juez otorgue la orden judicial, los delincuentes ya lograron huir ante la comisión del ilícito. En consecuencia ante tal hecho, quien va a reemplazar a la resolución judicial de allanamiento dentro de un proceso inmediato, es la institución de la flagrancia delictiva, en este caso específico, la cuasi flagrancia con sus presupuestos como son la inmediatez temporal, la inmediatez personal y la extrema urgencia en la intervención policial, como instituciones propiamente dichas.

En ese sentido, resulta proporcional aplicar este subprincipio en nuestro caso en concreto, ya que es idóneo establecer que de manera indefectible se deben aplicar las medidas restrictivas o limitativas de derechos por los efectivos policiales, es decir, se debe permitir que la PNP en pleno cumplimiento de sus funciones realicen las diligencias de allanamiento, que bajo un contexto de proceso inmediato son instituciones que por finalidad temporal, por finalidad personal, o por la finalidad propiamente dicha, son procedimientos que urgen, como parte de la investigación del delito, siendo el allanamiento el medio a utilizar en un caso de proceso inmediato.

De lo que se sigue que, si el medio será en todo extremo la aplicación de las medidas limitativas o restrictivas de derechos, en este caso el allanamiento para empoderar a la Policía Nacional, entonces, la finalidad a obtener en el caso en concreto, es la eficacia, la celeridad y la simplificación procesal, así como también,

el principio de economía procesal, como objetivo principal del proceso inmediato, para evitar y erradicar los índices de criminalidad y punibilidad en nuestro país, como parte de dicho proceso en los casos de cuasi flagrancia delictiva en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, sin discriminar el presupuesto de la extrema urgencia.

En el caso concreto del proceso inmediato, necesitamos que se habilite la intervención de la PNP, más aún, si la Constitución Política del Perú ha establecido en su artículo 2, numeral 24, literal f, que “nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (...)”¹⁴⁸, o lo expresado también en su mismo artículo, numeral 9, respecto a la inviolabilidad de domicilio, precisando que “nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...)”¹⁴⁹. Por lo que a decir, respecto a los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, sí existe una verdad fáctica sobre la existencia de tales delitos, es decir de manera irrefutable se tiene la posesión ilícita de drogas, armas, contrabando o a la persona secuestrada en un domicilio, como un hecho probatorio inquebrantable, cuyos sujetos se encuentran en pleno dominio del hecho delictivo que evidentemente acaban de perpetrar, por lo que sí estaríamos frente a una flagrancia delictiva tal y como nuestro CPP lo ha establecido, requiriendo en todos sus extremos la aplicación del allanamiento.

¹⁴⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2, inciso 24, literal f.- “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.

¹⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2, inciso 9.- “Toda persona tiene derecho: (...) 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

De ahí que, respecto a lo anteriormente mencionado, se estaría quebrantando el principio de jerarquía legal, al ser nuestra Constitución Política del Perú el ente regulador supremo, por lo que no se debe señalar que ante una posesión continuada de bienes u objetos ilícitos que se hallen dentro de un domicilio descubiertos en plena cuasi flagrancia, se va a requerir siempre la previa autorización judicial.

Por cuanto, se puede derivar que si nos referimos específicamente a la cuasi flagrancia delictiva, se tienen como presupuestos a la inmediatez temporal y a la inmediatez personal, por lo tanto estamos ante una marcada evidencia delictiva que requiere del allanamiento de morada prescindiendo de la orden judicial como requisito indispensable al existir una extrema urgencia, ya que ante tal evidencia delictiva se está ante una marcada lesión al bien jurídico protegido, atentando contra nuestro derecho fundamental de la tranquilidad, como parte del interés social de toda una ciudadanía.

Asimismo, la PNP ante la evidencia fehaciente de la ejecución del delito, al observar que tales delincuentes poseen bienes ilícitos en su poder como drogas, armas de fuego o que perciben directamente un secuestro, entre otros delitos, emprenden inmediatamente una persecución ininterrumpida con la finalidad de capturar al sujeto que delinquirió flagrantemente, tal y como corresponde según la legislación en el Perú, pero, ¿qué sucede, si en el trayecto de la persecución, dichos delincuentes se ocultan en una vivienda, la cual es tal vez, su lugar de operativos y además tienen por ejemplo todo un cargamento de droga almacenado en el interior, o de tratarse de un secuestro, donde se tenga dentro del domicilio a la víctima privada de su libertad?, es decir, en estos casos solo por tratarse de delitos de comisión instantánea y efectos permanentes: ¿la policía, más aun si estamos ante una marcada cuasi flagrancia, está impedida de intervenirlos ante un supuesto decaimiento de la extrema urgencia, a pesar de ser esta, evidente y precisa?.

De lo referido en líneas supra, colegimos que las funciones de nuestra PNP, están tuteladas por la Constitución Política del Perú y también por diversa legislación peruana, razón por la que el CPP del 2004 en su artículo 67° expresa que la PNP

debe “(...) en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal”¹⁵⁰, asimismo, el artículo 68° del mismo cuerpo legal señala que “la Policía Nacional en función de investigación (...) podrá (...) capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos. (...) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración”¹⁵¹. Igualmente, el artículo 166° de la Constitución Política del Perú ha establecido que “la Policía

¹⁵⁰ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 67°, inciso 1.- Función de investigación de la Policía.- “La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal”.

¹⁵¹ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 68° inciso 1.- Atribuciones de la Policía.- “La Policía Nacional en función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y en las normas sobre investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente: a) Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciados. b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito. c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito. d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación. e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito. f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos. g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas. h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos. i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación. En este caso, de ser posible en función a su cantidad, los pondrá rápidamente a disposición del Fiscal para los fines consiguientes quien los remitirá para su examen al Juez de la Investigación Preparatoria. De no ser posible, dará cuenta de dicha documentación describiéndola concisamente. El Juez de la Investigación Preparatoria, decidirá inmediatamente o, si lo considera conveniente, antes de hacerlo, se constituirá al lugar donde se encuentran los documentos inmovilizados para apreciarlos directamente. Si el Juez estima legítima la inmovilización, la aprobará judicialmente y dispondrá su conversión en incautación, poniéndolas a disposición del Ministerio Público. De igual manera se procederá respecto de los libros, comprobantes y documentos contables administrativos. j) Allanar locales de uso público o abiertos al público. k) Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración. l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su Abogado Defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos. m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, y n) Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados”.

Nacional (...) previene, investiga y combate la delincuencia”¹⁵². De modo semejante, la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú en su artículo 3° ha señalado que “la finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. (...). Previene, investiga y combate la delincuencia”¹⁵³, en segundo lugar, el mismo cuerpo legal en mención en su artículo 7° ha precisado que “son funciones de la Policía Nacional del Perú (...) prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía”¹⁵⁴.

Entonces, siendo totalmente objetivos en este caso ¿qué debería hacer un efectivo policial si durante el desarrollo y correcto desenvolvimiento de sus funciones para

¹⁵² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 166°.- “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental 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 del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras”.

¹⁵³ LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Artículo 3°.- Finalidad fundamental.- “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. Vigila y controla las fronteras”.

¹⁵⁴ LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Artículo 7°. Funciones.- “Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes: 1. Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú. 2. Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía. 3. Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas. 4. Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes. 5. Investigar la desaparición de personas naturales. 6. Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente. 7. Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia. 8. Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros. 9. Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial, a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley. 10. Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones. 11. Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley. 12. Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación. 13. Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes”.

resguardar a los habitantes de toda una ciudadanía, preservándoles el orden interno, observa un delito cometido bajo la cuasi flagrancia?, siendo sobre todo testigo ocular y presencial de que en una determinada vivienda se ha ocultado el bien, objeto del delito, que en este caso se refiere a aquellos que forman parte de la configuración de los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes. En ese sentido, se puede colegir que no sería correcto que los efectivos policiales estando en pleno cumplimiento de sus funciones y deberes ante la investigación del delito como parte de la PNP, sean totalmente indiferentes ante la perpetración de un delito que reúne las cualidades de la flagrancia delictiva, únicamente por ser delitos con efectos permanentes cuya urgencia supuestamente no existe; la pregunta es entonces: ¿ante tamaña circunstancia realmente decae el requisito de extrema urgencia?.

Al respecto, el autor QUISPE FARFÁN señala que “si bien normalmente en el caso de delitos permanentes, no existe una urgencia tal que impida obtener la orden judicial, no es posible afirmar categóricamente que en ningún caso será posible justificar la intervención policial en flagrancia”¹⁵⁵. Por tanto, resulta fuera de lugar establecer una diferenciación entre un delito u otro, cuando tenemos fehacientemente un hecho delictivo concreto, y ante los ojos de los efectivos policiales la evidencia de ello como prueba irrefutable de una posesión ilícita dentro de un domicilio, entonces, precisar que no existe premura para que la PNP intervenga, es incorrecto, ya que ellos tienen como potestad en primera y en última instancia el deber de protegernos y de preservar un bien común basado en la tranquilidad y salud pública de todo ciudadano peruano.

Por cuanto resulta proporcional aplicar en el caso en concreto, las medidas limitativas de derechos, como es el allanamiento, con una pronta y empoderada intervención policial en la vivienda o domicilio donde se encuentran los sujetos y los objetos materia del delito, es decir, por ejemplo la droga o las toneladas de droga, ya que podríamos estar hablando de una organización criminal, de toda una red muy bien organizada, que tan solo por el hecho formal de no tener una orden

¹⁵⁵ QUISPE FARFÁN, Fany. “La flagrancia en la comisión de delitos permanentes” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 21, marzo 2016, p. 67.

judicial, para no atentar contra la supuesta libertad personal de los delincuentes, nuestros efectivos policiales se vean impedidos de ingresar a pesar de estar ante una evidente cuasi flagrancia, y todo eso conllevaría a aumentar desproporcionalmente los índices de criminalidad en nuestro país, elevándose también las estadísticas de punibilidad y los procesos extensos que aletargan la justicia en el país, en lugar de simplificar las etapas para lograr un proceso célere ante tamaña flagrancia delictiva.

En conclusión, una precisa intervención de los efectivos policiales en el caso en concreto, de acuerdo a lo pautado en nuestro ordenamiento jurídico, tendrá como consecuencia la pronta captura, procesamiento y prisión del sujeto que delinque. Asimismo se va a lograr obtener el objetivo primordial que demanda todo proceso inmediato, como es la celeridad, eficacia, simplificación y economía procesal, para disminuir o aminorar los elevados niveles de bandas y grupos organizados de criminalidad en el Perú, así como sus altos índices que estos últimos años han venido azotando al pueblo peruano, evitando que tamaño ilícito penal quede impune con un proceso simplificado y sin retardos, todo ello para obtener la paz y tranquilidad pública de toda una ciudadanía, protegida con un extenso catálogo de derechos fundamentales.

B. Necesidad

En palabras de BERNAL PULIDO, sobre el subprincipio de necesidad, refiere que éste deriva de la "(...) comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos (...) reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y (...) si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional"¹⁵⁶. Por tanto, el subprincipio de necesidad denominado

¹⁵⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4º ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 934- 935.

también como principio de subsidiariedad o de la alternativa menos gravosa, es apto para resolver el problema con la menor afectación de los derechos fundamentales.

PÉREZ CASAVARDE, precisa que “se trata del análisis de una *relación medio – medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”¹⁵⁷. Esto quiere decir que existen opciones o alternativas, unas más gravosas y otras menos lesivas, por lo que se advierte ante ello que existe una medida que necesariamente se tiene que aplicar y tutelar.

El subprincipio de necesidad precisa que no existe otra medida alterna a aplicar, es decir, la necesidad implica que habiéndose optado por buscar las medidas paralelas para solucionar el problema, éstas no son suficientes, por lo que únicamente se puede utilizar en este caso las medidas limitativas o restrictivas de derechos, así como la inmediata actuación policial ante la flagrancia delictiva, ya que no necesitamos solicitar y diligenciar ante el Poder Judicial la resolución de allanamiento, porque el principio de necesidad nos dice que si existe otra medida paralela que solucione ese conflicto, ésta, necesariamente se debería usar.

Por lo tanto en este caso no se va a utilizar la resolución judicial, porque cuando estamos bajo la figura de inmediatez se necesita forzosamente empoderar a la PNP para que actúe directamente, justificando de esta manera el subprincipio de necesidad, al no existir otro medio, ya que como reza el conocido principio en criminalística, al indicar que “tiempo que pasa, es verdad que huye”, hace referencia que, hasta que los efectivos policiales vayan por la orden judicial, la prueba del delito se desvaneció, se esfumó, transgrediendo así todo el caudal probatorio que se puede recabar de la escena del ilícito perpetrado, y que además de ello los imputados probablemente puedan huir, evadiendo así su responsabilidad penal. Entonces se puede colegir que si la policía no actúa por temor a que pueda ser

¹⁵⁷ PÉREZ CASAVARDE, Efraín. *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Las Garantías de los Derechos*, Tomo II, 1ªed, Lima, Adrus D&L Editores S.A.C., 2015, p. 458.

enervado su accionar, se incrementarían inevitablemente los índices de delincuencia, criminalidad y punibilidad en el país.

Igualmente se precisa, que si bien es cierto que al aplicarse la medida limitativa o restrictiva de derechos como el allanamiento de morada en el caso en concreto, ubicado en el artículo 214° del CPP¹⁵⁸, se va a tener como finalidad en primera y última instancia, a la búsqueda y obtención de pruebas, es decir, esta medida está orientada de forma sistemática a la conservación de la prueba misma, hallada y recolectada legítimamente en la escena del ilícito penal cometido, la misma que incriminaría fehacientemente a los imputados capturados en flagrante delito, como parte de la actividad de investigación del delito por parte de la PNP, quien tiene toda la potestad para realizar las diligencias y recabar toda la evidencia delictiva, sin que esta sea desvanecida o devaluada por el transcurrir del tiempo o tal vez sea modificada ante la no inmediatez de su intervención.

En efecto, como bien se ha venido delimitando, nuestra PNP está ampliamente facultada para investigar el delito con la finalidad de salvaguardar y tutelar el orden público y los derechos fundamentales de la ciudadana, por lo que también se deberán preservar las huellas del delito, evitando que con el transcurso del tiempo, éstas puedan desaparecer o peor aún, puedan ser manipuladas, obstruyendo un debido proceso, razón por la que los efectivos policiales tienen protegida la amplia función de asegurar todo elemento de prueba, incautando los objetos que sean de utilidad para combatir los delitos precisados en el CPP, sobre todo en casos de flagrancia delictiva.

Por lo tanto, la medida de allanamiento es necesaria e imprescindible en su aplicación en el caso en concreto, porque se va a exceptuar del requisito previo de

¹⁵⁸ CÓDIGO PROCESAL PENAL. Artículo 214°.- Solicitud y ámbito del allanamiento.- “1. Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. 2. La solicitud consignará la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar, y el tiempo aproximado que durará. 3. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta”.

la orden judicial, y todo ello porque estamos ante un supuesto de cuasi flagrancia delictiva, logrando de esta manera la plena conservación de la prueba obtenida en el allanamiento, cuyo fin será obtener la verdad de lo ocurrido y de este modo ir directamente a un proceso inmediato donde será valorada con la plena seguridad de condenar a los culpables con mayor celeridad y menores costos procesales posibles.

Asimismo, VELÁSQUEZ DELGADO precisa que “así, entrar a un domicilio, con fines de detención de una persona y/o registrar sus ambientes en busca de objetos delictivos (lo que incluso exige su posterior incautación), es un acto propio de la investigación penal (aunque no solo de ella), que necesariamente comporta la restricción como mínimo de un derecho: el de la inviolabilidad de domicilio”¹⁵⁹. Es decir, no solo se va a allanar el inmueble con la finalidad de capturar a los presuntos delincuentes, sino también para incautar todo el material probatorio que los incriminaría directamente ante la inminente flagrancia y perpetración del delito.

De igual manera podemos colegir que no existe otra medida a aplicar en el caso en concreto, ya que estamos ante la consumación inminente de una conducta flagrante a todas luces delictiva, por lo que mediante la obtención de la prueba durante el allanamiento se va a salvaguardar no solo un debido proceso, sino también se van a proteger los intereses de toda una colectividad.

Por lo que con la aplicación de esta medida se va a lograr en primer término, la inmediata aprehensión y captura de los acusados, así como la realización de todas las investigaciones y diligencias correspondientes que permitirán registrar el interior del domicilio de manera rauda, logrando el aseguramiento de las fuentes de prueba, iniciando con inmediatez la incoación del proceso inmediato, cuyo fin es la simplificación y eficacia procesal, pero todo ello tomando en cuenta el factor tiempo, en tanto que, todo variará en una escena delictiva cuando el transcurrir del mismo sea letal; y en segundo término, se va a poner en custodia todo el caudal probatorio recabado durante dicho allanamiento. Es decir, en el caso de la cuasi flagrancia,

¹⁵⁹ VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. “Restricción al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal” en *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2011, p.76

los efectivos policiales momentos después de observar el hecho delictivo e ir en búsqueda de los acusados, es necesario que tengan carta blanca para empoderarse e ingresar a la vivienda sin alegar un allanamiento ilegal.

De ello resulta necesario admitir que existe la necesidad de aplicar el allanamiento en el caso en concreto y relativizar el derecho a la inviolabilidad de domicilio porque es la única manera de tutelar y salvaguardar los derechos de toda una ciudadanía, es decir, con esta medida utilizada con urgencia en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, la PNP va a detener a los autores de la perpetración del hecho punible, evitando así el peligro de fuga, asimismo, al ingresar al domicilio se podrían detener a otras personas relacionadas con la comisión del ilícito o quizá posibles cómplices o testigos cuya información será fundamental durante la investigación, también se va a poder recolectar e incautar todo material probatorio que incrimine directamente a los delincuentes y con ello se evitaría la alteración de la escena del crimen, dándoles tiempo además para ocultar o modificar la prueba irrefutable del ilícito, obstaculizando así la correcta investigación por parte de la PNP ; y todo ello porque el caudal probatorio será fundamental para esclarecer un proceso inmediato y evitar futuras nulidades en el proceso.

C. Proporcionalidad en sentido estricto

AHARON BARAK, respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, refiere que "(...) con el objeto de justificar una restricción a un derecho fundamental, debe existir una relación adecuada ("proporcional" en el sentido estricto del término) entre los beneficios que se obtienen del cumplimiento del fin y la vulneración causada al derecho fundamental con la obtención de tal fin. Este test requiere una ponderación de los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental con ocasión del uso de los medios seleccionados por la ley para la obtención del fin adecuado"¹⁶⁰.

¹⁶⁰ AHARON BARAK. *Proporcionalidad. los derechos fundamentales y sus restricciones*, traducido por Gonzalo Villa Rosas, 1º ed., Lima, Palestra Editores S.A.C., 2017, p. 375.

La proporcionalidad en sentido estricto significa que la vulneración del derecho fundamental como lo es la inviolabilidad de domicilio, tiene un alto grado de justificación frente a los parabienes y beneficios que podemos obtener de los derechos de toda una sociedad colectiva, tales como el derecho a la tranquilidad, a la paz, es decir, a la seguridad social y al libre y equilibrado desenvolvimiento de la ciudadanía, así como al derecho de la sociedad a conocer la verdad de los hechos delictivos. Por lo que nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 22, precisa que toda persona tiene derecho a “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁶¹. Es decir, tenemos que velar por un derecho colectivo siempre.

En consecuencia, podemos decir en el caso concreto, que habiendo desarrollado la idoneidad y la necesidad tenemos que concluir que es más pesado el derecho a la verdad, el derecho a la eficacia, a la celeridad y economía procesal, así como los criterios de inmediatez de los efectivos policiales para poder darle mayor consistencia a su actuación en los casos de cuasi flagrancia, razón por la que prevalecerá la tranquilidad, la seguridad y el libre desarrollo de la ciudadanía.

De modo semejante el autor ALCÓCER POVIS, respecto a los delitos permanentes, ha precisado que “(...) como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por lo tanto, la vulneración del bien jurídico persiste en el tiempo, lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar que se siga realizando el actuar delictivo cuya comisión es evidente; asimismo, la necesidad de detenerlo pervive mientras dure el estado antijurídico. Por ejemplo, en el caso del secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima. Así, en el supuesto de 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

¹⁶¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2, inciso 22.- “Toda persona tiene derecho: (...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables. Se actúa en ejercicio legítimo de su deber (...)”¹⁶², es decir, el autor ha señalado la relación directa que existe con el cumplimiento del rol de la Policía Nacional del Perú, quien siempre va a defender el orden público.

Igualmente, se precisa que esta medida es de vital importancia, ya que se lograría la inmediata captura y detención de los imputados, interviniendo así a dichos autores del hecho ilícito en el instante preciso de la perpetración del delito o en su defecto después de haberlo consumado, sin darles oportunidad a emprender la fuga mientras se va por la orden judicial, y a la vez, puedan ocultar o desaparecer la evidencia delictiva, es decir, se borre el cuerpo del delito mientras se cumpla con dicha formalidad, cuando existe indiscutiblemente una prueba directa que los incrimina directamente. Consecuentemente, podemos precisar que ante los motivos esgrimidos, se debe cumplir con el objetivo de crear un ambiente de paz y tranquilidad en la ciudadanía, tutelando un interés social y colectivo debidamente protegido por todo el sistema jurídico penal, gracias a la institución de la flagrancia delictiva y su inmediatez, presupuesto que incoa el proceso inmediato.

Por consiguiente, al aceptarse un decaimiento de la urgente intervención policial en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, tendríamos tal vez, no uno, sino dos delitos, ya que nadie sabe, qué sucedería si mientras los efectivos policiales van por la orden judicial para no caer dentro de la infracción del allanamiento de morada, el secuestrador decide matar a la víctima, es decir, en un delito de secuestro; o por ejemplo indicar qué sucedería si mientras se va en búsqueda del mandato judicial los delincuentes deciden huir, escapar del lugar y esconderse u ocultarse en un sitio seguro para ellos, pero realmente peligroso para toda una sociedad, y de esta manera evadir a la justicia como ya se ha visto en muchas ocasiones al no ser capturados por los efectivos policiales. Es decir, se les estaría dando carta blanca para que sigan delinquiendo y perjudicando continuamente a toda la población, cometiendo uno tras otro delito, mientras

¹⁶² ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el Derecho Penal” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 25, julio 2011, pp. 301- 302.

puedan seguir huyendo y ocultándose ante la perpetración de los delitos cuyos efectos son permanentes.

DE HOYOS SANCHO refiere que “sólo se va a permitir la detención en flagrancia en la medida en que la lesión de un bien jurídico sea actual o inminente, de especial gravedad y cuando se tema fundadamente que el imputado va a intentar fugarse u ocultarse”¹⁶³. Por lo que, claramente podemos colegir que se estaría poniendo en riesgo el bien común de toda una población, perturbando su paz, su tranquilidad, su correcto desenvolvimiento, porque mientras los delincuentes se colocan a buen recaudo, se estaría afectando a toda una sociedad por proteger el derecho a la supuesta inviolabilidad de domicilio de un individuo, razón entonces para permitir legítimamente que la PNP realice una detención en flagrancia en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes.

Adicionalmente, al negarse la urgente intervención policial por parte de la PNP en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes para permitir su ingreso y allanamiento de morada, se está dando la oportunidad de evadir a la justicia, porque por ejemplo en el delito de tenencia de drogas, los delincuentes e incluso grandes bandas organizadas que trafican con cantidades exorbitantes de droga, pueden continuar delinquirando sino se les captura y detiene inmediatamente incautándoles el material ilícito, vulnerando así la paz y la tranquilidad de toda una ciudadanía que vivirá en zozobra mientras dichos delincuentes estén libres y continúen perpetrando más delitos, razón por la que GARCÍA TOMA precisa que el derecho a la paz “consiste en proscribir toda forma de convivencia en un entorno violento, conflictivo e intolerante, adscribiéndose más bien a una situación de interrelación social dentro de un clima de sosiego, serenidad, apacibilidad y acción reposada”¹⁶⁴. En consecuencia, ese lapso en el que se sabe que dentro de un domicilio se encuentra una persona secuestrada, se halla tal vez la tenencia ilegal de armas de fuego o el almacenamiento de droga o contrabando, puede ser crucial

¹⁶³ DE HOYOS SANCHO, Monserrat. “Las medidas de coerción procesal. Arts.253° al 267 del Código Procesal Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009, p. 272.

¹⁶⁴ GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*, 2ª ed, Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2013, p.469

para evitar la perpetración de otro hecho delictivo paralelamente, o en todo caso evitar que se agrave el delito cuya vulneración del bien jurídico seguirá mientras no se intervenga para evitar su continuidad y permanencia.

De este modo ante la lesión inevitable al bien jurídico protegido y ante una férrea defensa de los derechos fundamentales, no se podría negar de ninguna manera, que el hecho de conservar a modo de almacenaje dentro de un inmueble, ya sea drogas, armas, contrabando, entre otros bienes ilícitos, no perjudica ni daña a nuestra sociedad. Por ende, resulta ilógico que se requiera como presupuesto inevitable una orden judicial para ingresar a un inmueble, cuando materialmente se trata de un estado de flagrante delito que perjudica a nuestra sociedad.

Es por ello que, debe permitirse el allanamiento cuando exista la cuasi flagrancia como situación justificante para la pronta y urgente detención policial sin orden judicial en un domicilio, ya que los efectivos policiales fueron testigos oculares del hecho delictivo recientemente perpetrado; y es precisamente esta detención la que va a establecer una correcta intervención de un Estado Democrático de Derecho a través de su PNP, como presupuesto indispensable no solo para una debida administración de justicia, sino para la implantación de un proceso inmediato que tiene como requisito sine qua non el establecimiento de la flagrancia delictiva en el funcionamiento del proceso penal peruano.

Asimismo, nuestro Estado al estar debidamente organizado con diversos entes jurisdiccionales que velan por la justicia penal y la protección a nuestros derechos fundamentales, entes como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público y el Poder Judicial, hacen que el Estado peruano ante el hecho delictual perpetrado, deba dar a conocer a toda la nación entera los múltiples alcances de tales hechos criminales de manera pormenorizada, es decir, deben tutelar en todo extremo el derecho a la verdad, el derecho a la eficacia, a la celeridad y a la economía procesal, así como los presupuestos de inmediatez en la flagrancia delictiva en nuestro caso en concreto, por lo que los órganos en mención tienen todo el deber de realizar las diligencias pertinentes para dar a conocer dichos sucesos, como por ejemplo, establecer quién fue el autor del delito y qué se incautó afectando a cientos

de personas, razón por la que debe desplegarse toda una investigación pormenorizada del crimen que flagrantemente acaba de suceder, con la finalidad de alertar, prevenir y preparar a la población de futuros casos similares.

Por lo tanto, no se puede hablar ante tamaña evidencia de una inviolabilidad de domicilio y de un daño o afectación a la libertad individual, cuando se beneficia a una sola persona que ha infringido la ley con la posesión ilícita de bienes, cuando detrás de tal perpetración del delito se encuentra a toda una sociedad perjudicada en su paz y tranquilidad pública, más aun cuando RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRAELI y BERNALES BALLESTEROS precisan que “la tranquilidad es un estado de sosiego, calma o serenidad, ajeno a situaciones de perturbación exterior que alteren el curso normal de la vida, que permite la realización de la persona de mejor manera sus propios designios. (...). La tranquilidad debe ser asegurada por el Estado mediante las acciones preventivas y correctivas del caso”¹⁶⁵. Es decir, no se puede pensar en el ser humano como individuo único de derechos con libertades individuales, y olvidarse de la afectación a toda una comunidad y los derechos e intereses sociales que ésta trae consigo, dejando de lado el goce y disfrute de una verdadera paz y tranquilidad pública.

ALCÓCER POVIS señala que “(...) 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”¹⁶⁶. En ese contexto se puede inferir que defender y encasillar a algunos delitos dentro de una clasificación que lejos de ayudar a una política criminal del Estado, lo que hace es restringir a delitos que deberían tratarse de la misma manera, por tener como común denominador el cumplimiento de los requisitos de la flagrancia que en este caso es más que suficiente para determinar cuándo un delito debe ser sancionado penalmente, indistintamente la clasificación a la que pertenezca.

¹⁶⁵ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2,3 de la Constitución*, 1ª ed, 2ª reimpresión, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 618.

¹⁶⁶ ALCÓCER POVIS, Eduardo. Op. Cit., p. 302.

En consecuencia, la PNP debe intervenir en estas situaciones en concreto sin importar la clasificación en la que se encuentre el delito, sea un tipo penal permanente, instantáneo, u otro en específico, sino únicamente la lesión actual del bien jurídico protegido, que es en este caso, la vida de toda una sociedad, su paz y tranquilidad pública. Por ende, si estamos hablando de delitos de comisión instantánea con efectos permanentes, es lógico que debido a la característica de su permanencia, es decir, que sus efectos van a estar siempre presentes a pesar del transcurrir del tiempo ocasionando la vulnerabilidad indefinida de los derechos fundamentales de toda una sociedad; los efectivos policiales ante la comisión de un delito flagrante deberían allanar el inmueble para detener y poner fin al daño que se está ocasionando, y no obstruir el correcto desenvolvimiento de nuestra PNP para evitar la continuidad de un delito, únicamente por la espera de formalidades cuando está en sus manos el cese de los efectos permanentes de un estado criminal, así como la disminución de los índices de punibilidad.

Por lo que resulta a todas luces necesario una intervención policial en nuestro caso en concreto, porque se va a lograr una menor afectación de los derechos fundamentales de toda un sociedad, al no proteger únicamente a un individuo, ya que mientras la PNP no intervenga continuará la lesión al bien jurídicamente protegido, la realización del delito no cesará de manera inmediata, y el perjuicio social persistirá y aumentará sino se procede con urgencia y rapidez, en consecuencia, el estado criminoso del hecho va a continuar y a prolongarse en el tiempo y en el espacio, causando un daño irreversible para los sujetos de toda una sociedad colectiva, incrementándose los niveles de punibilidad.

De ello resulta necesario admitir que el proceso inmediato es un proceso cuya finalidad es la simplificación, celeridad y eficacia procesal, y que además fue creado como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales ante la comisión de diversos delitos inminentes, cuyos requisitos para su detención policial en caso de flagrancia son la inmediatez personal, la inmediatez temporal y la urgencia de actuación judicial.

En consecuencia, es necesario aplicar las medias limitativas o restrictivas de derechos, todo ello debido al contexto de la inmediatez temporal y la inmediatez personal, asimismo, por la institución de la flagrancia, por el debido proceso, por el principio de necesidad y por la actuación de la prueba, es necesario que se habilite en este caso el allanamiento de morada ante la cuasi flagrancia delictiva, relativizando el derecho de inviolabilidad de domicilio, tutelando así el derecho la paz y la tranquilidad pública y social de toda una ciudadanía.

De lo que se concluye que en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes, existe un escenario teórico que tiene que ser modificado, es decir, prevalece una necesidad de cambiar esa dinámica dentro del contexto de la importancia, para evitar así los niveles de impunidad, razón por la que con esta correcta ponderación de derechos se va a otorgar las herramientas suficientes al fiscal y a la PNP para que actúen bajo el concepto de la inmediatez en cualquier tipo penal cuando exista definitivamente casos de flagrancia porque hay urgente necesidad de actuar, habilitando o empoderando a los efectivos policiales.

CONCLUSIONES

1. Establecer que el proceso inmediato es eficaz, no resulta idóneo para el derecho procesal penal peruano por presentar vacíos respecto a la flagrancia delictiva, precisando erróneamente la inexistencia de dicha flagrancia en los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes. Razón por la que se debería inaplicar en casos futuros, el decaimiento de la urgente intervención de los efectivos policiales en estos delitos en concreto, ante la ineludible lesión al bien jurídico protegido de manera continuada y sobre todo no se debería optar por una ineficaz distinción de los delitos para establecer o no la presencia de una extrema urgencia como presupuesto de la flagrancia.

2. Alegar que no existe prueba suficiente durante la perpetración de los delitos con efectos permanentes dentro de la cuasi flagrancia ante la intervención policial sin una orden judicial, es totalmente incorrecto, más aún, si se considera a todo el material incautado en dicha intervención como prueba prohibida. Por lo que se podría establecer en casos posteriores, la no existencia del decaimiento de la extrema urgencia en tales delitos, ni detrimento a los derechos fundamentales, y que sobre todo, en ningún extremo se debería declarar arbitrariamente la nulidad procesal de todo el caudal probatorio, incautado.

3. Manifiestar la aceptación del decaimiento de la extrema urgencia en los delitos de comisión instantánea y efectos permanentes resulta arbitrario, por aplicarse un derecho penal del autor y no del acto, sin una correcta ponderación de intereses de la sociedad, protegiendo únicamente a quien delinque. Ante ello se recomendaría la implementación de los delitos de comisión instantánea con efectos permanentes para ser tratados dentro del proceso inmediato, ya que cumplirían con el requisito indispensable de una extrema y urgente intervención policial, que cesaría el daño al bien jurídico en una evidente cuasi flagrancia, donde se observa tanto la inmediatez personal como la inmediatez temporal, empoderando de esta manera a la PNP para realizar legítimamente la medida limitativa o restrictiva de la derechos, como el allanamiento.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. AHARON BARAK. *Proporcionalidad. los derechos fundamentales y sus restricciones*, traducido por Gonzalo Villa Rosas, 1º ed., Lima, Palestra Editores S.A.C., 2017.
2. ANGULO MORALES, Marco. *El Derecho probatorio en el Proceso Penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016.
3. ARAYA VEGA, Alfredo. *El nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias. Decreto Legislativo N° 1194 y Acuerdo Plenario N° 02-2016*, 2ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2016.
4. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo I, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015.
5. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo II, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015.
6. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. “La prueba en el nuevo proceso penal” en *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2012.
7. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. *El proceso penal en la práctica. Manual del abogado litigante*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017.
8. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La Prueba en el delito de colusión bajo las reglas del Código Procesal Penal” en *La Prueba en el Proceso Penal*. Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2015.

9. BAZALAR PAZ, Víctor. “Análisis a la casación N° 692 – 2016 – Lima Norte. Flagrancia, flagrancia presunta y diligencias preliminares” en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
10. BAZALAR PAZ, Víctor. “El proceso inmediato comentado: Artículo por artículo*” en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
11. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4º ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
12. CÁCERES JULCA, Roberto. *Las nulidades en el proceso penal*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2007.
13. CÁCERES JULCA, Roberto e IPARRAGUIRRE N, Ronald. *Código procesal penal comentado. Decreto legislativo N° 957. Concordancias – Jurisprudencia - Índice analítico*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2007.
14. CASTILLO GUTIÉRREZ, Luciano. *La prueba prohibida. Su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal y en la jurisprudencia*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2014.
15. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *La prueba ilícita en el proceso penal peruano*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2009.
16. CHIRINOS ÑASCO, José. *La prueba en el Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2018.
17. CLAUS ROXIN. *Derecho penal. Parte general, Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, traducido por Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ºed, reimpresión 2006, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2006.
18. CÓRDOVA ROSALES, Rudy. “La importancia de la imputación necesaria en el proceso inmediato en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2016/ CIJ-116” en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
19. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso de flagrancia*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017.
20. CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, 1ª ed, Lima, Palestra Editores S.A.C., 2009.
21. DE HOYOS SANCHO, Monserrat. “Las medidas de coerción procesal. Arts.253º al 267 del Código Procesal Penal” en *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009.
22. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *El nuevo proceso penal. Teoría y práctica*, 2ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018.
23. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. 2º ed. Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2012.
24. GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales*, 2ª ed, Arequipa, Editorial Adrus S.R.L., 2013.

25. HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. "Actividad probatoria en el proceso penal. Énfasis en cuanto a la prueba indiciaria" en *La Prueba en el Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018.
26. HERRERA GUERRERO, Mercedes. "El carácter excepcional del proceso inmediato en el Decreto Legislativo N°1194. Especial referencia a los presupuestos materiales" en *El Proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
27. LEIVA CÓRDOVA, Elizabeth. *El proceso inmediato en casos de flagrancia. Aplicación práctica*, 1ª ed, Lima, Grupo Editorial Lex & Iuris, 2016.
28. LONDOÑO AYALA, César. *Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*, reimpresión 2012, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
29. MACAVILCA ROMÁN, Zoila "Los principios de la actuación probatoria en el Juicio Oral – La actuación de la prueba material" en *Revista de análisis especializado de jurisprudencia. RAE jurisprudencia. Procesal Penal. Estudio Benitez, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados*, 1ª ed, Lima, ECB Ediciones S.A.C., 2012.
30. MACHUCA FUENTES, Carlos. "La nulidad en el Código Proceso Penal del 2004" en *Estudios sobre la nulidad Procesal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010.
31. MENDOZA AYMA, Francisco. *Sistemática del proceso inmediato. Perspectiva procesal crítica*, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2017.
32. MENDOZA CALDERÓN, Galileo. "Aplicación dogmática del proceso inmediato: Interpretación del Decreto Legislativo N° 1194 según el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2- 2016/ CIJ - 2016" en *El Nuevo Proceso Penal Inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016.
33. MENESES GONZALES, Bonifacio; MENESES OCHOA, Jean. *Proceso inmediato para investigar y sancionar delitos flagrantes como respuesta a la criminalidad*. 1ª ed, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2016.
34. MIRANDA ABURTO, Elder. "El proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva. Un análisis respecto a las últimas modificaciones del Decreto Legislativo N.º 1307" en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacifico S.AC., 2017.
35. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Legitimidad de la prueba. Art. VIII° del Código Procesal Penal" en *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2009.
36. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruana de 2004*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2012.
37. MIXÁN MÁSS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. 1ª ed, 1ª reimpresión, Trujillo, Ediciones BLG, 2009.

38. NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima, IDEMSA, 2010.
39. NEYRA FLORES, José. *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo II, 1ª ed, Lima, IDEMSA, 2015.
40. ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Estudio introductorio” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016.
41. PARMA, Carlos y PARMA, Marcelo. *Temas de la Teoría del Delito*, 1ºed, Bolivia, Ulpiano Editores, 2017.
42. PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “El proceso inmediato: Supuestos de aplicación y procedimiento” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016.
43. PELÁEZ BARDALES, José. *La Prueba Penal*, 1ª ed, 1ª reimpresión, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2014.
44. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 4ª ed, Instituto Pacífico S.A.C., 2016.
45. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “El proceso inmediato como manifestación de simplificación procesal en el Nuevo Código Procesal Penal y su limitada actuación en el marco de la política criminal del derecho penal securitario” en *El proceso inmediato*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.
46. PÉREZ CASAVARDE, Efraín. *Derecho constitucional y derecho procesal constitucional. Las garantías de los derechos*, Tomo II, 1ºed, Lima, Adrus D&L Editores S.A.C., 2015.
47. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al derecho penal*, Lima, Editora Jurídica Grijley .E.I.R.L., 2008.
48. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal. Parte general*, 1º ed. Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2015.
49. REÁTEGUI LOZANO, Rolando. “Delito de flagrancia y criminalización de la protesta”, en *El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N°1194*, 1ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2016.
50. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009.
51. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “El proceso inmediato en el código procesal penal del 2004 a través de la reforma del D. Leg. N° 1194”, en *El proceso penal inmediato en casos de flagrancia delictiva. Comentarios a partir del Decreto Legislativo N°1194*, 1ª ed, Lima, Editora y distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2016.

52. REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Procesal Penal*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2015.
53. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal con aplicación al nuevo proceso penal. Decreto Legislativo N° 957*, 1ª ed, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2009.
54. ROSAS YATACO, Jorge. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Volumen 1, 1a ed, Lima, Ediciones Legales E.I.R.L, 2016.
55. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2,3 de la Constitución*, 1ª ed, 2ª reimpression, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
56. SALAS BETETA, Christian. “La actividad probatoria en el nuevo proceso penal: Recolección, ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba” en *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2012.
57. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2ª ed, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2003.
58. SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal. Lecciones*, 1ª ed, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - INPECCP y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales - CENALES, 2015.
59. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal peruano. Estudios*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017.
60. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal peruano*. 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017.
61. SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan. “Aproximación a la valoración de la prueba en el proceso penal” en *La Prueba en el Proceso Penal*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018.
62. SÁNCHEZ PONCE, Lyceth. “¿En qué momento se debe excluir la prueba ilícita en el proceso penal peruano?” en *La Prueba en el Proceso Penal*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2018.
63. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, IDEMSA, 2004.
64. TABOADA PILCO, Gianmpol. “Realidad problemática del proceso inmediato no reformado” en *El nuevo proceso penal inmediato. Flagrancia, confesión y suficiencia de elementos de convicción*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2016.
65. TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba Penal*, 1ª ed, Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 2017.

66. VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. “La nulidad en el nuevo proceso penal peruano” en *Estudios sobre la nulidad Procesal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2010.
67. VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. “Restricción al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal” en *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S, A., 2011.
68. VILLEGAS PAIVA, Elky. *La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Un estado de la cuestión*, 1ª ed, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015.
69. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, 1ºed, 6ºreimpresion, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., 2016.
70. XAVIER TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal. Colección: Maestros del derecho penal, N° 33*, traducido por Mario Pereira, 2º ed, Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2010.
71. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2006.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

1. ALCÓCER POVIS, Eduardo. “La detención en caso de flagrante delito y el Derecho Penal” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 25, julio 2011.
2. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor. “La nulidad en el nuevo proceso penal”, *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 29, noviembre 2011.
3. BERMEO CEVALLOS, Luis. “El delito descubierto y el delito probado en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, Vol 21, marzo 2016.
4. CÁCERES JULCA, Roberto. “Las nulidades en el nuevo código proceso penal”, *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 20, febrero 2011.
5. FRANCO GONZALES, César. “El beneficio de la confesión sincera en los supuestos de flagrancia delictiva presunta y su justificación en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 31, enero 2017.
6. GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “Incompatibilidad de la flagrancia extendida como supuesto de incoación del proceso inmediato. A propósito
7. GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “Flagrancia delictual desde la perspectiva del tercero” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 33, marzo 2017.
8. GARCÍA CALIZAYA, Carmelo. “La flagrancia delictiva en sus modalidades de cuasiflagrancia y flagrancia extendida” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 97, julio 2017.

9. GUILLERMO PISCOYA, Juan. “La importancia de la imputación necesaria en el proceso inmediato” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 21, marzo 2016.
10. HURTADO HUAILLA, Ana y REYNA ALFARO, Luis. “El Proceso Inmediato: Valoraciones político – criminales e implicancias forenses del D.Leg.N°1194”, en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 76, octubre 2015.
11. MIRANDA ABURTO, Elder. “La geolocalización en la flagrancia delictiva y su relación con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 16, octubre 2015.
12. PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “Análisis de Decreto Legislativo N°1194: un balance de lo que se necesita trabajar en los operadores de administración de justicia” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 76, octubre 2015.
13. QUISPE FARFÁN, Fany. “La flagrancia en la comisión de delitos permanentes” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 21, marzo 2016.
14. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. “La Nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 16, octubre 2010.
15. TORRES MANRIQUE, Jorge. “Implicancias de una indebida aplicación del nuevo proceso inmediato como consecuencia de una errada apreciación de la flagrancia delictiva. A propósito de la casación N° 842-2016 Sullana” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, N° 34, abril 2017.
16. UGAZ ZEGARRA, Fernando. “Reflexiones sobre el proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva. Un análisis normativo y jurisprudencial” en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, N° 1, marzo – abril 2017.
17. VALDIVIEZO GONZÁLES, Juan. “Reflexiones sobre la detención en el Código Procesal Penal de 2004: Análisis al D.Leg.N°1298” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 91, enero 2017.
18. VARGAS YSLA, Roger. “Luces y sombras del proceso inmediato. A propósito de la Casación N° 842 – 2016- de Sullana” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 94, abril 2017.
19. VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel. “Detención policial, detención preliminar judicial y detención judicial en casos de flagrancia. A propósito del D. Leg. N° 1298” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 91, enero 2017.
20. VEGA LLAPAPASCA, Rafael. “Comentarios a la secuencia de implementación del proceso inmediato reformado en el estado actual de la reforma procesal penal peruana” en *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, N° 1, marzo – abril 2017.
21. VILLEGAS PAIVA, Elky. “La detención en el proceso penal peruano. Comentarios a propósito del D.Leg.N°1298 que modifica el CPP de 2004” en *Gaceta Penal & procesal penal*, Tomo 92, febrero 2017.
22. VINELLI VERAU, Renzo. “El proceso inmediato. Comentarios sobre el Decreto Legislativo N°1194” en *Actualidad Penal, al día con el Derecho*, Vol 16, octubre 2015.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. ACUERDO PLENARIO N° 06-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010 de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2017 [Ubicado el 18 VI 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N6_2010.pdf
2. ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 02-2016/CIJ-116 del 01 de junio del 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016 [Ubicado el 18 VI 2017]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_2-2016.pdf
3. CASACIÓN N° 383-2012 – La Libertad del 15 de octubre del 2013 de la Sala Penal Permanente, 2013 [Ubicado el 18 IV 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ff38d0046a942b19e6fffac1e03f85e/CAS_383-2012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2ff38d0046a942b19e6fffac1e03f85e
4. CASACIÓN N° 692 – 2016 – Lima Norte del 04 de mayo del 2017 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Primera Sala Penal Transitoria [Ubicado el 23. II 2018]. Obtenido en <http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casaci%C3%B3n-692-2016-Lima-Norte-Flagrancia-presunta-flagrancia-y-diligencias-preliminares.pdf>
5. CASACIÓN N° 842 – 2016 – Sullana del 16 de marzo del 2017 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – Primera Sala Penal Transitoria [Ubicado el 23. II 2018]. Obtenido en http://legis.pe/wp-content/uploads/2017/03/Casaci%C3%B3n-482-2016-Sullana-Declaran-nulo-todo-lo-actuado-en-proceso-inmediato-Legis.pe_.pdf
6. CASACIÓN N° 413-2014 – LAMBAYEQUE - del 07 de abril del 2015 Corte Suprema de Justicia de la República - Sala Penal Permanente [Ubicado el 04. VI 2018]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d1f84a004cd22f18a1b9afb8adeb3b40/413-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d1f84a004cd22f18a1b9afb8adeb3b40>
7. DECRETO LEGISLATIVO N° 1307, 2016 [Ubicado el 17 V 2018]. Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-legislativo-que-modifica-el-codigo-procesal-penal-pa-decreto-legislativo-n-1307-1468963-7>
8. DECRETO LEGISLATIVO N° 1194, 2015 [Ubicado el 17 V 2018]. Obtenido en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-el-proceso-inmediato-en-casos-decreto-legislativo-n-1194-1281034-2/>

9. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. CASACIONES Y ACUERDOS PLENARIOS. CODIGO PROCESAL PENAL (DECRETO LEGISLATIVO N° 957) 2012. CASACIÓN N° 22-2009 (SENTENCIA) – LA LIBERTAD - del 23 de junio del 2010 - Corte Suprema de Justicia de la República del Perú - Sala Penal Permanente [Ubicado el 04. VI 2018]. Obtenido en <http://sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/CASACIONES-Y-ACUERDOS-PLENARIOS.pdf>

10. PLENO JURISDICCIONAL PENAL NACIONAL - ICA – 1998 [Ubicado el 18 IV 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe72148043eb780b936ad34684c6236a/II_PLENO_JURISDICCIONAL_PENAL_1998.pdf?MOD=AJPERES

11. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA EL PROCESO INMEDIATO EN CASOS DE FLAGRANCIA Y OTROS SUPUESTOS EN EL MARCO DEL D. LEG. N° 1194, aprobado por el Decreto Supremo N° 003 – 2016 – JUS, el 10 de mayo del 2016 [Ubicado el 25 II 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/wp-content/uploads/2016/05/Protocolo-de-actuaci%C3%B3n-interinstitucional-para-el-proceso-inmediato-en-casos-de-flagrancia-y-otros-supuestos-bajo-el-D.-Leg.-N%C2%B0-1194-DS-Nro-003-2016-JUS.pdf>

12. SENTENCIA DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA del 30 de diciembre del 2009 [Expediente número 19-2001-09- A, V.] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/fuji47.html#Sentencia> Caso de Barrios Altos y La Cantuta.

13. STC del 27 de diciembre del 2004, f.j°4 [Expediente número 2096-2004-HC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02096-2004-HC.html> Caso Eleazar Jesús Camacho Fajardo,

14. STC del 04 de diciembre del 2005, f.j°4 [Expediente número 4557-2005-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04557-2005-HC.pdf> Caso Víctor Sarmiento Pérez.

15. STC del 16 de marzo del 2006, f.j°5 [Expediente número 1923-2006-HC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01923-2006-HC.pdf> Jorge Manuel Chipulina Fernández Dávila.

16. STC del 6 de enero del 2006, f.j°5 [Expediente número 9724-2005-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09724-2005-HC.pdf> Caso Juan Enrique Dupuy García,

17. STC del 22 de agosto del 2009, f.j°5 [Expediente número 03366-2009-PHC/TC] [Ubicado el 22. II 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03366-2009-HC.pdf> Caso Jorge Enrique Vigo Villegas.
18. STC del 26 de junio del 2014 [Expediente número 04630-2013-PHC/TC] [Ubicado el 18. II 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04630-2013-HC.pdf>
19. STC del 03 de enero del 2003 [Expediente número 010-2002-AI/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html> Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos.
20. STC del 08 de enero del 2005 [Expediente número 4831-2005-PHC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04831-2005-HC.pdf> Caso Rubén Silvio Curse Castro.
21. STC del 05 de abril del 2007 [Expediente número 1014-2007-PHC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html> Caso Luis Federico salas Guevara Schultz.
22. STC del 17 de octubre del 2005 [Expediente número 6712-2005-HC/TC] [Ubicado el 04. III 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf> Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.
23. STC del 15 de setiembre del 2003 [Expediente número 2053-2003-HC/TC] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02053-2003-HC.html> Caso Edmi Lastra Quiñones.
24. STC del 27 de octubre del 2010 [Expediente número 00655-2010-PHC/TC] [Ubicado el 06. IV 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html> Caso Alberto Quimper Herrera.
25. STC del 18 de marzo del 2010 [Expediente número EXP. N.° 03691-2009-PHC/TC] [Ubicado el 08. IV 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03691-2009-HC%20Resolucion.pdf> f. j N°.19. Caso Luz Emerita Sánchez Chávez y otros
26. STC del 14 de marzo del 2011 [EXP. N.° 00004-2010-PI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2010-AI.html> Caso Santiago Freddy Merino Bringas en representación del 1% de los ciudadanos del distrito de punta hermosa;

27. STC del 22 de junio del 2007 [EXP. N. 007-2006-PIITC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html> Caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari;
28. STC del 21 de setiembre del 2010 [EXP.00016-2009-PI/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00016-2009-AI.html> Caso Ernesto Emilio Laynes Campoblanco en representación del 1% de ciudadanos del distrito de Pichari.
29. STC del 29 de octubre del 2005 [EXP. N.° 045-2004-PII/TC], [Ubicado el 17. V 2018]. Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf> Caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

LEGISLACIÓN:

1. CÓDIGO PROCESAL PENAL
2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ
3. LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

ANEXO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Lima, 18 de marzo de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Luz Emerita Sánchez Chávez a favor propio y de don Teófilo Juárez Marín, contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 93, su fecha 3 de julio de 2009, que declaró infundada la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A**Los antecedentes**

1. Que con fecha 8 de junio de 2009, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus a su favor y de don Teófilo Juárez Marín, denunciando la inconstitucionalidad de la investigación fiscal que se les sigue por el delito de microcomercialización de drogas, la detención policial que vienen sufriendo desde el día 5 de junio de 2009 y el allanamiento de su domicilio, por considerarlos arbitrarios y vulneratorios de los derechos al debido proceso y a la libertad ambulatoria, así como del principio de legalidad.

Al respecto afirma que el Fiscal Adjunto de la Segunda Fiscalía Provincial de Celendín abrió investigación preliminar en su contra por el término desproporcionado de 15 días. Refiere que su detención por dicho espacio de tiempo resulta arbitraria ya que no han cometido ningún delito, no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas y que desconocían del contenido de la bolsa con el estupefaciente ya que terceras personas se lo encargaron. Señala que los miembros de la Policía Nacional, bajo la dirección del fiscal, allanaron su domicilio, los detuvieron sin que medie una orden judicial ni se cumpla la situación de flagrancia, ingresando de manera furtiva para luego aterrarlos con su actitud abusiva. Agrega que por la cantidad de droga incautada (6 gramos de marihuana) es inviable la configuración del delito que se les atribuye, y que, por consiguiente la investigación preliminar a la que se encuentran sometidos resulta desproporcionada, tanto más si, conforme a la ley, la posesión de dicha cantidad de droga no resulta punible.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

Por otra parte, mediante el escrito del recurso de agravio constitucional de fecha 9 de julio de 2009 (fojas 108), afirma que la privación de la libertad a nivel policial fue injustificada, ya que no existió una orden judicial que la sustente ni se configuró los supuestos del flagrante delito. Agrega que su libertad ha sido violentada de manera ilegal ya que *“no se ha cumplido en lo absoluto con otros protocolos [como lo son] la toma de muestras o recolección de pruebas en el lugar de los hechos, tampoco se ha exhibido el video materia de la intervención, el mismo que forma parte de los recaudos de la investigación penal aperturada en el Juzgado de Celendín”*; asimismo, refiere que la alegación de inocencia y el cuestionamiento a los medios probatorios, *“en su momento, deben contextualizar la investigación que lleva a cabo el Juez Penal”* (el subrayado es nuestro).

De los actuados e instrumentales que corren en el expediente del hábeas corpus

2. Que mediante escrito de fecha 9 de junio de 2009, el Fiscal Adjunto de la **Segunda Fiscalía Provincial de Celendín**, don José Nelson Montenegro Avellaneda, señala que “la detención de las personas Luz Emerita Sánchez Chávez y Teófilo Juárez Marín se ha producido en mérito a la existencia de flagrancia delictiva, [esto es] el haberse encontrado a ambos en posesión de droga (...) y un arma de fuego”, por lo que “no result[a] necesario la existencia de una orden judicial de allanamiento para la intervención de su domicilio” (sic). Afirma que se ha dispuesto que las investigaciones se realicen por el término que la Constitución establece *para el delito de tráfico ilícito de drogas*, de modo que la continuación de la detención policial se encuentra arreglada a la Ley. Agrega que su presencia como fiscal en el domicilio de los actores ha sido para garantizar la legalidad de la intervención, y no para dirigir a los policías en su tarea (fojas 14).

Por otro lado, se aprecia del “Acta de Intervención” de fecha 5 de junio de 2009 (14:00 horas), levantada en la vivienda de los actores ubicada en el lugar denominado “La Laguna – Congona – Huasmin”, que: *a)* la intervención en el domicilio de los actores se debió a una denuncia realizada por vía telefónica por una tercera persona, que dio cuenta de la existencia de droga y armas de fuego en dicha vivienda, *b)* los actores habrían permitido el ingreso a su domicilio a los efectivos policiales y del aludido fiscal provincial, *c)* ejecutado *el registro* se incautó un arma de fuego (con serie LC595790), municiones y moneda nacional en la cantidad de 3,300.⁰⁰ nuevos soles; documento que es firmado por el citado fiscal, los efectivos policiales y los actores del hábeas corpus (fojas 21).

Asimismo, aparece otra instrumental denominada “Acta de Registro Domiciliario” de fecha 5 de junio de 2009 (15:05 horas), la que refiere haber



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

sido levantada en el lugar denominado “La Laguna, comprensión del caserío La Congona – distrito de Huasmín”, en la que se detalla: “positivo” para drogas (hojas de marihuana), “positivo” para armas y/o municiones (arma de fuego con serie LC595790 y municiones) y “positivo” para moneda nacional en la cantidad de 3,300.⁰⁰ así como de 131.⁵⁰ nuevos soles; documento que también es firmado por el aludido fiscal, los efectivos policiales y los actores del hábeas corpus (fojas 23).

De otro lado, se tiene el Acta de Comiso de la Droga Incautada que señala que la sustancia decomisada *al parecer* sería marihuana y que su peso aproximado es de 6 gramos (fojas 26).

Por otra parte, aparece al “Acta de Prueba de Campo de Descarte y Pesaje de Droga” que precisa que se trata de *cannabis sativa* [marihuana] con un peso que *coincidentalmente* es de 6 gramos (fojas 29).

Finalmente, aparece el Oficio N.º 225-2009-XIV-DITERPOL-CSPNP_CELENDIN-“A”/SIDE, de fecha 5 de junio de 2009, que dirige el **Comisario Sectorial de Celendín** al Fiscal de la **Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín** comunicando la detención policial de los actores por encontrarse sujetos a investigación preliminar por los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones (fojas 47).

Los actos materia de cuestionamiento en el caso en concreto

3. Que en el presente caso se cuestiona la detención policial que sufrieron los actores –en su momento– por el término de 15 días, esto es a partir del día 5 de junio de 2009. Por todo esto se sostiene: *i)* que la investigación preliminar a nivel fiscal resulta arbitraria, *ii)* la irresponsabilidad penal de los favorecidos, pues *no habrían cometido ningún delito tanto así que no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas, y iii)* que el allanamiento del domicilio de los actores (derecho a la inviolabilidad del domicilio) realizado el día 5 de junio de 2009 habría sido ilegal toda vez que se ejecutó sin que exista una orden judicial que lo disponga ni se configure la situación delictiva de flagrancia. Adicionalmente, se aduce que la cantidad de droga incautada no comporta el delito que se les atribuye.

Que en este contexto es menester señalar que la Constitución establece expresamente en su artículo 200º, inciso 1º, que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella. Al respecto, el artículo 1º del Código Procesal Constitucional establece que es finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

violación del derecho fundamental a la libertad personal o sus derechos conexos.

5. Que por consiguiente, en lo que respecta al cuestionamiento constitucional a la investigación preliminar a nivel fiscal y los alegatos de irresponsabilidad penal (sustentado en que los actores *no habrían cometido ningún delito, los hechos no configuran el delito que se les imputa y que no existen medios probatorios que hagan suponer que se dediquen a la microcomercialización de drogas*) corresponde el rechazo de la demanda en aplicación de la causal de improcedencia contenida en el inciso 1 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, toda vez que: **a)** las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva, pues si bien su actividad (en el marco de la investigación preliminar así como la formalización de la denuncia o acusación) se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, no obstante, conforme al modelo procesal penal vigente en el distrito judicial de Cajamarca, no tiene facultades para coartar la libertad individual [Cfr. STC 07961-2006-PHC/TC y STC 05570-2007-PHC/TC, entre otras]; y de otro lado, **b)** la presunta irresponsabilidad penal de los actores –que implica un juicio de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas– así como la subsunción de las conductas en determinado tipo penal no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción penal que no compete a la justicia constitucional. [Cfr. STC N.º 00702-2006-PHC/TC y STC 8109-2006-PHC/TC, entre otras].

Respecto a esto último cabe agregar que sólo excepcionalmente se podrá efectuar el control constitucional de una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal. En concreto, esto es en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juzgador penal se aparta del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente inadecuadas, extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. [Cfr. STC 2758-2004-HC/TC].

6. Que en lo que respecta al cuestionamiento de la detención policial, carece de objeto emitir pronunciamiento al haber operado la sustracción de la materia justiciable. En efecto, siendo la finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o un derecho conexo a éste, se advierte que la privación de la libertad que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

sufrieron los actores (en el marco de la investigación preliminar por el delito de tráfico ilícito de drogas) por el término de 15 días, esto es a partir del 5 de junio de 2009, evidentemente ha cesado a la presente fecha. Justamente, de lo expuesto por los recurrentes en su recurso de agravio constitucional de fecha 9 de julio de 2009 (fojas 108) se advierte que a la fecha no se encuentran bajo la acusada sujeción policial sino sujetos a un proceso penal, pues afirman que se encuentran instruidos ante el Juzgado Penal de Celendín, sede judicial en la que obviamente tienen expedito su derecho para hacerlo valer conforme a la ley.

7. Que, finalmente, en cuanto a la presunta afectación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de los actores, corresponde que se declare su improcedencia en aplicación de lo previsto en inciso 5 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, toda vez que los hechos que configuraron su vulneración (5 de junio de 2009) han cesado en momento anterior a la postulación de la presente demanda (8 de junio de 2009), por lo que resulta irreparable la reposición del derecho afectado.
8. Que no obstante la improcedencia de la demanda, en cuanto a la denuncia de violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en el presente caso el Tribunal Constitucional considera necesario analizar la materia controvertida a fin de realizar precisiones en cuanto a su contenido y en relación a la situación de la flagrancia delictiva, ello, claro está, en los términos de la Constitución.

Esto porque en el presente caso la controversia está centrada en el supuesto de la flagrancia del delito de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego y municiones –de los recurrentes–, lo que habría habilitado legítimamente el ingreso a su domicilio para consecuentemente disponer su detención policial por el término de 15 días a efectos de la investigación preliminar (lo que se cuestiona en los hechos de la demanda); esto es la violación del domicilio de la persona humana, lo cual guarda conexidad directa con el derecho a la libertad individual, que a su vez involucra la intromisión en la privacidad y dignidad de la persona humana.

Del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio

9. Que la Constitución señala, en su artículo 2º que toda persona tiene derecho a: Numeral 9.- "A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, (...)", disposición que guarda concordancia con el artículo 11º numerales 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

10. Que al respecto el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en cuanto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, precisando que en una acepción específica encarna el espacio físico y limitado que la propia persona elige para domiciliar, quedando facultada para poder excluir a otros de dicho ámbito impidiendo o prohibiendo la entrada en él; y, en una acepción más amplia, la inviolabilidad de domicilio encuentra su asentamiento preferente, no exclusivo, en la vida privada de las personas, de modo que no se refiere a la protección de la propiedad, posesión u otros derechos reales, sino a la necesidad de preservar el carácter privado e íntimo de lo que en él hay de emanación de la persona. [Cfr. STC 7455-2005-PHC/TC].
11. Que a través del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio *no* se protege cualquier espacio físico definido respecto del cual el actor alegue su vulneración, sino aquel que sea compatible con la esfera de privacidad de la persona. En este sentido, no se puede considerar como domicilio a los espacios físicos destinados a fines incompatibles con la expresión de privacidad como lo son los lugares que por su naturaleza, actividad o función se encuentran expuestos al público, pues aun cuando incorporen cierta intimidad puede que no se manifieste la vida privada y familiar de la persona [Cfr. STC 003-2005-PI/TC]. Entonces se puede afirmar que el ámbito de tutela de éste derecho no puede extenderse a cualquier espacio físico respecto del cual la persona tenga su disposición, sino que aquel debe contar con elementos que revelen el carácter de vida privada de la persona.
12. Que así, la norma constitucional que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio manifiesta que su conculcación implica el ingreso o los registros (por parte de terceros) en el domicilio de la persona y sin la correspondiente autorización (de la persona o dispuesta por el juez), afectación que subsiste en tanto continúe la *permanencia arbitraria* de los agresores en el interior del domicilio de la persona [Cfr. RTC 01999-2008-PHC/TC]. Es en este contexto que, por lo general, a la fecha de su denuncia el agravio constitucional ha cesado –precisamente– porque el acto de permanencia y/o registros arbitrario no es actual; no obstante ello, no significa que en todos los casos la violación del derecho en comento quede exento de control constitucional y la correspondiente sanción por los órganos correspondientes, pero debe resolverse atendiendo al caso en concreto.

En relación a esto último resulta pertinente señalar que *no* puede dejar de advertirse de ciertas demandas constitucionales que resultan manifiestamente improcedentes *en los procesos de hábeas corpus*, como son aquellas en las que alegándose la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio pretenden: *i)* dejar sin efecto la ejecución de la diligencia de lanzamiento que se sustenta en un proceso judicial ordinario que implica al espacio físico que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

constituye el domicilio y/o ii) cuestionar la supuesta irregularidad de un proceso judicial ordinario cuya consecuencia es la ejecución del lanzamiento del predio respecto del cual se invoca a su momento la presunta afectación del domicilio. Esto es así porque aquellos aspectos deben ser dilucidados en la vía pertinente. [Cfr. RTC 04577-2008-PHC/TC y RTC 00876-2008-PHC/TC, entre otras]. Al respecto, es menester advertir que cuestión distinta constituye el lanzamiento judicial respecto del *domicilio* que, no habiendo sido materia de implicancia en dicho proceso, se lleve a cabo en manifiesta afectación de este derecho en referencia de las personas que allí domicilian, lo cual denota, en principio, la arbitrariedad de la medida judicial o de la interpretación por parte de los ejecutores, que sin embargo debe de ser apreciada en cada caso en concreto.

13. Que la intromisión en el espacio físico e íntimo (domicilio) con el consentimiento del titular de este derecho resulta legítima, siempre que el pedido de ingreso manifieste de manera indubitante el motivo preciso de su cometido y que a su vez sea plenamente comprendido por el sujeto pasivo, quien es el señalado a decidir por la intrusión en el ámbito de su intimidad. Sin dicho presupuesto tal autorización resulta inválida.
14. Que, por tanto, el pedido de autorización para el ingreso del domicilio realizado por una o varias personas, la policía o los funcionarios públicos, debe expresar con claridad el motivo de tal intromisión, resultando que de su concesión *no* pueden derivarse otros supuestos ajenos a lo que fue autorizado (sea la autorización expresa o implícita).

Del supuesto de la flagrancia delictiva al interior del domicilio como presupuesto válido para su intromisión por parte de la fuerza pública

15. Que el dispositivo de la Norma Fundamental que tutela el derecho a la inviolabilidad del domicilio a su vez señala los supuestos de excepción a la autorización de ingreso o registro del domicilio, precisando que cabe su intervención en caso de "(...) flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley", estas dos últimas referidas a un estado de necesidad o fuerza mayor.
6. Que en nuestro caso, en lo referente a la detención policial bajo el supuesto de la flagrancia delictiva, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la flagrancia en la comisión de un delito presenta la concurrencia de dos requisitos insustituibles: *a)* la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y *b)* la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos en el momento de la comisión del delito y esté relacionado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

con el objeto o los instrumentos del delito, ofreciendo una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal incluso cuando a través del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 989 (publicado con fecha 22 de julio de 2007) se modificó el artículo 4º de la Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito (Ley N.º 27934), estableciendo que la situación de la flagrancia delictiva subsiste dentro de las 24 horas de producido el hecho punible en determinados supuestos [Expediente N.º 05423-2008-PHC/TC]. Sin embargo, el Congreso de la República a través de la Ley N.º 29372 del 9 de junio de 2009 modificó el artículo 259º del Nuevo Código Procesal Penal (que regula la detención policial en situación de flagrancia), coincidiendo con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional y disponiendo su vigencia a todo el territorio nacional.

17. Que la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la *situación particular* de la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su *necesaria* intervención.
18. Que por tanto, y estando a lo anteriormente expuesto, resulta legítimo el ingreso de efectivos de la Policía Nacional en el domicilio de una persona sin su previa autorización siempre que se tenga conocimiento fundado, directo e inmediato, que deje constancia evidente de la realización de un hecho punible, el gravísimo peligro de su perpetración o en caso de la persecución *continuada* del infractor que se refugia en él. Ello implica que el objetivo de tal intromisión domiciliaria no es otro que la urgente intervención a efectos de detener al infractor, evitar que se cometa el hecho punible y, accesoriamente, efectuar las investigaciones y/o los registros con ocasión del delito en cuestión (decomiso de los objetos del delito, entre otros).
19. Que en este contexto se concluye que 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

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*.

A propósito de la detención a nivel policial

20. Que la Norma Fundamental establece en su numeral 24, literal *f* que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, en consecuencia: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término".

De esto último se tiene que, conforme a la Constitución, la detención policial por el delito de tráfico ilícito de drogas (como lo es uno de los ilícitos que se atribuye a los actores) en el marco de la investigación preliminar no puede exceder por ningún motivo los 15 días naturales, temporalidad que se cuestiona en los hechos de la demanda.

21. Que al respecto este Tribunal Constitucional ha señalado en el precedente vinculante recaído en el Expediente N.º 06423-2007-PHC/TC, que el plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo de carácter absoluto, y que no obstante tal temporalidad inequívoca y simple en su cómputo no es la regla general a aplicar en todos los casos, puesto que se tiene la evaluación previa de los márgenes de constitucionalidad de la detención, la que no puede durar más allá del *plazo estrictamente necesario* que debe ser establecido en cada caso en concreto y en atención a las circunstancias que dan lugar al mantenimiento de la privación de la libertad personal, como lo son las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros. En este sentido, el Tribunal precisa que el control de los plazos de la detención (*plazo estrictamente necesario* y *plazo máximo*) debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el Juez competente, según corresponda, sin que tal verificación sea excluyente sino complementaria de dichas instituciones, por lo que debe llevarse a cabo bajo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

responsabilidad, dejándose constancia del acto de control. Así, el derecho a ser puesto a disposición judicial en los plazos antes señalados resulta *oponible* frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (Vg. el de la detención policial, la detención preliminar judicial, etc.).

De los hechos denunciados en el presente hábeas corpus

22. Que este Tribunal, atendiendo a las particularidades del presente caso en concreto, considera pertinente advertir de la actuación de los funcionarios del Estado que participaron del allanamiento y posterior detención de los actores del presente hábeas corpus (hechos que motivaron la demanda de autos), esto a fin de determinar si su conducta se ajusta al marco constitucional y legal.

- a. De lo expuesto por el Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín, en su escrito de fecha 9 de junio de 2009, se desprende que la supuesta *situación de flagrancia* (que se aduce como presupuesto de legalidad de su accionar) no fue el presupuesto legal que habilitó el ingreso al domicilio los recurrentes, sino que *aquella* presuntamente se habría configurado recién en el interior del domicilio, lo cual resulta contrario a lo establecido por la Constitución conforme a lo expuesto en los fundamentos 15 y 18, *supra*. Esto es así porque *una llamada telefónica* de una tercera persona que denuncia la posesión de objetos o elementos ilícitos en el interior de un domicilio no puede comportar el conocimiento fundado, directo e inmediato de la realización del hecho punible (que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes) que habilite a la autoridad pública a prescindir del mandato judicial correspondiente pretextando la configuración de la situación delictiva de la flagrancia.
- b. Aun cuando los recurrentes habrían autorizado el ingreso a su domicilio, se advierte que existen dos actas, una llamada de *intervención* y otra de *registro* (cabe indicar que el acta llamada de *intervención* precisa que lo que se realiza es el *registro*). Al respecto se tiene que, por un lado, ambas muestran diferencias en precisar la ubicación y extensión del domicilio, y de otro, guardan similitud en la descripción de los objetos incautados (arma de fuego y dinero); asimismo, sólo en una de ellas aparece el comiso de lo que *al parecer sería* los supuestos 6 gramos de hojas de marihuana, la que, luego de efectuarse *el descarte y pesaje técnico* por el órgano correspondiente, coincidentemente, arroja que se trata de la señalada droga y precisamente en la cantidad que inicialmente la autoridad especulaba como el peso aproximado (lo que se explicita en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

considerando 2, *supra*). Ambas actas entonces resultan discordantes y, en todo caso, incumbe a la autoridad correspondiente la verificación de su regularidad.

- c. En el caso, a efectos de validar la supuesta flagrancia no se manifestó la cuestión de la urgencia que haga viable por necesaria la intervención de la fuerza pública, pues el carácter permanente de la posesión de elementos ilícitos no justifica *per se* el ingreso al domicilio de la persona; y es que la posesión continuada no configura el supuesto de extrema urgencia, que bajo la institución de la flagrancia delictiva pueda habilitar a la fuerza pública a intervenir al margen de la autoridad judicial; sin embargo, la autoridad policial o la persona que conoce del hecho debe poner éste en conocimiento del juez a cargo, a fin de que en el acto decrete la medida que corresponda.
- d. Por último, en cuanto a la denunciada detención policial provisional se puede advertir de lo expuesto por el fiscal de la **Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín** y lo señalado por el **Comisario Sectorial de Celendín** (fojas 47), que como consecuencia de la aducida flagrancia del delito se detuvo preliminarmente a los actores por el término que la Constitución establece para el delito de tráfico ilícito de drogas, esto es, tal como se denuncia en la demanda, por el término de 15 días naturales. Asimismo, del “Acta de Prueba de Campo de Descarte y Pesaje de Droga” ha quedado precisado que la sustancia incautada trata de 6 gramos de *cannabis sativa* [marihuana] (fojas 29). A ello se debe agregar que el Código Penal establece, en su artículo 299°, que *no es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de ocho gramos de marihuana*, entre otros.

Al respecto, y sin perjuicio de lo anterior expuesto, se debe reiterar que el Tribunal Constitucional viene subrayando en su jurisprudencia que los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad y la subsunción de las conductas en determinado tipo penal, entre otros, son atribuciones exclusivas de la jurisdicción ordinaria. No obstante, conforme a lo expuesto en el segundo párrafo del considerando 5, *supra*, la autoridad competente al atribuir la comisión de un ilícito penal a una persona no puede realizar una interpretación manifiestamente extravagante respecto de *los hechos* con la finalidad de aplicar un determinado tipo penal ajeno a la conducta del actor o de mantener su detención preliminar; y es que, en definitiva, la subsunción de las conductas en los tipos penales es atribución del Juez penal; sin embargo la validez constitucional de sus pronunciamientos judiciales es susceptible de ser examinada por este Tribunal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03691-2009-PHC/TC
CAJAMARCA
LUZ EMERITA SÁNCHEZ CHÁVEZ
Y OTRO

23. Que, estando a lo expuesto en el fundamento anterior, este Colegiado considera pertinente que se remita copias certificadas de la presente resolución a la Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú, a la Oficina de Control Interno del Ministerio Público y al Juzgado Penal de la Provincia de Celendín, a fin de que tomen conocimiento de la actuación del fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Mixta de Celendín y de los efectivos policiales de la Comisaría Sectorial de Celendín que participaron en el denunciado allanamiento y posterior detención de los recurrentes.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en cuanto a la denunciada detención policial, al haber operado la sustracción de materia.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.
3. Disponer la remisión de las copias certificadas de la presente resolución a la Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú, a la Oficina de Control Interno del Ministerio Público y al Juzgado Penal de la Provincia de Celendín, para su conocimiento y fines.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ

Lo que certifico:


DR. VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENA
SECRETARIO RELATOR