



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

INCORPORADA A LA UNAM

CAMPUS CUERNAVACA
LICENCIATURA EN DERECHO
CLAVE: 8344 - 09

**ANÁLISIS SOBRE LOS EFECTOS Y
ALTERNATIVAS
DE LAS DIVERSAS FORMAS DE DETENCIÓN
DEL SUJETO ACTIVO**

TESIS

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

LUIS ALBERTO PÉREZ LOZA

ASESOR: HÉCTOR ROA MARTÍNEZ.

CUERNAVACA, MORELOS.

ENERO 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ANÁLISIS SOBRE LOS EFECTOS Y ALTERNATIVAS DE LAS DIVERSAS FORMAS DE DETENCIÓN DEL SUJETO ACTIVO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I. El delito en la antigüedad.....	4
A, Evolución del concepto de delito.....	4
B. Elementos para la comisión de un delito.....	5
C. La voluntad.....	7
D. El hecho.....	8
I.1 Delimitación de la eficacia de la ley penal.....	9
I.2 La antigua Roma. Delitos públicos y privados.....	10
a) Delitos privados.....	10
b) El hurto (Furtum).....	11
c) El objeto material del delito.....	12
d) Consecuencias del delito.....	13
e) Obligación nacida como consecuencia del delito.....	13
-Acción <i>furti manifestum</i>	14
-Acción <i>furti nec manifestum</i>	14
f) La rapiña.....	14
g) La intimidación.....	15
h) De la reparación del daño causado injustamente.....	16
I.3 La ley <i>Aquilia</i>	16
- Elementos del delito de daño.....	17
- Consecuencias del delito de daño y de la acción <i>legis Aquilae</i> .17	
- La injuria.....	18
- Elementos de la injuria en las XII Tablas.....	18
- Consecuencias legales del delito.....	19
I.4 Delitos públicos.....	20
- El perjurio.....	21
- La magia.....	21
- El <i>incendium</i>	22
- El <i>parricidium</i>	22

- El <i>perduellio</i>	23
- La traición o <i>prodittio</i>	23
I.5 Concepto de delito en la actualidad.....	24
-La flagrancia desde el punto de vista Histórico.....	24
CAPÍTULO II La flagrancia vista en el extranjero.....	32
II.1 Código de Procedimiento Penal Chileno.....	37
- Arresto y detención.....	38
II.2 Flagrancia y control de identidad.....	51
II.3 Jurisprudencia. Sistema jurídico chileno.....	57
CAPÍTULO III. Diversas formas de detención.....	59
Arresto ciudadano.....	59
III.1 Efectos de la fuga de un centro de detención preliminar.....	59
III.2 Concepto de flagrancia.....	61
a) Flagrancia presunta a priori.....	61
b) Flagrancia presunta a posteriori.....	62
c) Doctrina concepto de flagrancia.....	63
III.2.1 La detención en flagrancia en México.....	67
- Situación jurídica.....	68
- Detención en un retén.....	69
- Allanamiento de morada.....	70
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES.....	73
Confusiones e imprecisiones conceptuales.....	73
IV.1 Concepto de flagrancia en la actual regulación secundaria..	74
IV.2. Propuestas de modificación.....	77
Conclusión.....	113
BIBLIOGRAFÍA.....	118

INTRODUCCIÓN

El concepto de detención, suele aparecer asociado a la acción de un integrante de una fuerza de seguridad que captura y arresta a una persona. La detención, en este sentido, consiste en privar a un sujeto de su libertad durante un cierto periodo temporal.

Una autoridad competente es quien puede ordenar la detención de una persona cuando ésta es sospechosa de haber cometido un delito. El objetivo es que el sospechoso sea llevado ante la autoridad competente para determinar su eventual culpabilidad.

Otra posibilidad es que un oficial de policía decida la detención de una persona cuando la encuentra cometiendo un delito in fraganti. Si un agente pasa frente a una tienda y observa cómo un hombre encapuchado está forzando la puerta, puede detenerlo y, de esta manera, privarlo momentáneamente de su libertad.

La duración de la detención depende de lo establecido por la ley y de lo fijado por un juez. Una persona puede estar detenida preventivamente hasta que llegue la sentencia judicial o quedar detenida durante el tiempo que establezca una pena ya confirmada.

Detención tiene, de entrada, un significado general. Quiere decir parar algo, normalmente de manera temporal. Imaginemos que alguien observa unas imágenes grabadas y quiere fijarse en una toma concreta, para lo cual procede a la detención de la misma.

En segundo lugar, detención es un concepto estrechamente relacionado con el derecho. La policía es la institución que vela por la seguridad ciudadana y es la responsable de detener a los delincuentes o presuntos delincuentes. En el momento en el que alguien es sospechoso de haber infringido una norma, se puede proceder a su detención policial. Se trata de una medida temporal y en derecho es una de las medidas cautelares. En los países con garantías democráticas, el procedimiento de la detención

legal establece que el detenido debe ser puesto a la disposición de la justicia antes de 24 horas, para que el juez se pronuncie sobre dicha circunstancia. No hay que olvidar, que la detención es un acto especial, porque supone la privación de libertad de un individuo.

El tema que se aborda en la presente tesis, es la detención en flagrancia, que a nuestro juicio, debe estructurarse sobre bases sólidas, como lo son la seguridad jurídica, el derecho y la tutela jurisdiccional. Como principal elemento la seguridad jurídica en materia procesal apunta a los fines propios del derecho, traduciéndose esta idea como la búsqueda de las condiciones para la mayor y mejor satisfacción de las necesidades en lo material y espiritual que el hombre pueda alcanzar, con pleno respeto a los derechos de las demás personas.

Un aspecto que me llevó a tocar el presente tema, es lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contiene la actual reforma que señala: *“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.”*

El anterior concepto, nos da la idea de que se pretende desaparezcan definitivamente las figuras de retención, incomunicación y la de privación indebida de la libertad de las personas, y como consecuencia, el abuso de cualquier autoridad.

Cabe resaltar que no presenta mayor complicación este párrafo del artículo 16 constitucional, ya que se redacta este precepto dando mayor claridad sobre esta conducta de personas o autoridades para privar a alguien de su libertad sin orden de autoridad judicial, obviamente, debiendo seguir determinados requisitos que la propia disposición contempla.

Un aspecto que me llamó mucho la atención de esta figura jurídica penal, que la

flagrancia se presenta propiamente cuando el autor o autores del hecho delictuoso son privados de su libertad en el momento de estar cometiendo el delito, o posteriormente, si se les ha perseguido de manera ininterrumpida. No se establece un lapso preciso respecto al momento en que deba entenderse que ha cesado la persecución; este punto lo trataremos en el cuerpo de la presente, tal como lo está exigiendo este artículo reformado.

La flagrancia sólo tiene alcance al momento de la comisión del hecho y el inmediato siguiente cuando se persigue al individuo. La citada reforma tiende a evitar que en las legislaturas se establezca la denominada “flagrancia equiparada” o “cuasiflagrancia”, conceptos teóricos que no definían en realidad los lapsos que debían mediar entre el hecho delictivo y la detención de la persona, dando lugar a abusos por parte de autoridades policiales.

Se llegó a establecer que en algunos casos la “flagrancia equiparada” extendía la oportunidad de detención para la autoridad en lapsos que comprendían de las 48 hasta las 72 horas siguientes a la comisión de un hecho delictivo, calificado como grave por la ley, o cuando a pesar de los lapsos señalados, sin orden de aprehensión y solo por el señalamiento de alguna persona o testigo, o por el hecho de que tuviera en su poder objetos materiales del delito, se efectuaba la detención sin mandato de autoridad judicial, lo que, desde luego, generó graves violaciones a las garantías individuales.

Por ello es menester establecer la seguridad jurídica, debiendo, como es necesario, contar con el debido control del poder jurisdiccional, dichos institutos creados y que se desarrollan en el ámbito social son amparados por normas de rango Constitucional y Tratados Internacionales. Salta a la vista que la institución de la flagrancia no está en su desarrollo inicial bajo la tutela jurisdiccional del debido proceso, ya que nace no al amparo de la tutela jurisdiccional, sino en la realidad social del fenómeno delictual.

En ocasiones es necesario solicitar al juez llevar a cabo una serie de procedimientos procesales a la hora de efectuar ciertas acciones policiales, en casos de delito flagrante dichos procedimientos pueden exceptuarse, con la finalidad de evitar que el delito se consuma.

Los anteriores y diversos cuestionamientos que se ventilan en esta tesis se analizan a fin de llegar a una conclusión adecuada.

CAPÍTULO I

I. EL DELITO

A. Evolución

El delito en los tiempos antiguos tenía una denominación que se aplicaba en los mismos efectos tanto para el derecho público y el derecho privado, es decir no había una clara distinción entre ambas instituciones. Esta denominación fue la de *nox* o *noxia*; La primera era la forma antigua, pero el uso fue haciendo que predominara la segunda. Como el valor de ambas expresiones era el mismo, ambas abarcaban los delitos de las dos esferas referidas, en cuanto el daño cometido hacia el Estado como a los particulares. (Tagle Martínez, Hugo, *Curso de Historia del Derecho Constitucional, Derecho Indiano*)

Prescindiendo de las expresiones ajenas a la lengua jurídica, podemos decir que para denominar el delito había dos palabras con alguna pretensión de valor técnico, y que a la vez eran de uso y de una aplicación generales, dichas palabras eran *crimen* y *delictum*.

Crimen representa aquí la inculpación de una injusticia; es pues una voz procesal; es el asunto que se presentaba ante el juez para que lo resuelva. Nunca se aplicó la palabra *crimen* a la acción o demanda de carácter puramente patrimonial, sino que se concretó a la esfera de los delitos, tanto como públicos y privados. Con este carácter de generalidad se sirvió de ella la ciencia jurídica de la época Imperial.

Lo que sucedió con la palabra *crimen* en épocas posteriores y de un modo incompleto, sucedió desde luego y con mejor resultado la palabra *delictum*. La cual indica propiamente el acto de resbalar, la comisión de una falta y, puesto que la encontramos frecuentemente empleada ya por Plauto, sin relación a un hecho penal concreto que conmueva todos los fundamentos de la moralidad común, y con un valor ético, es perfectamente adecuada para designar en el Derecho Penal el delito como tal. Parece que desde el momento en que ocuparon un lugar en el Derecho Civil las acciones penales, se empleó esta palabra genérica para designarlas, y desde entonces se formó sin mayores complicaciones la denominación común *de delicta privata*. En el uso de la palabra tenemos ya la prueba de que se había sentido el carácter unitario del Derecho Penal largo tiempo antes de que se verificase esta unión exterior. El término correlativo del delito es el de su retribución ordenada y ejecutada por el Estado, ó sea la pena

B. Conformación

El concepto del delito estriba en el carácter moral de la naturaleza. La violación de los deberes que el hombre tiene que cumplir encuentra su norma ante todo, en el propio sentimiento de la obligación, en la conciencia del individuo. Este concepto de la obligación, no sometido a ninguna coacción externa, recibe del Estado un contenido fijo,

categorico; el sistema penal no es sino la ley moral convertida en ley política. (Bravo Lira, Bernardino, *“Por la Razón o la Fuerza, El Estado de Derecho en la Historia”*)

El hombre, en cuanto se halla sometido a la ley moral y en cuanto pertenece a un Estado, está sujeto a la ley penal, sea cual sea su posición y su condición jurídica. Es preciso entonces enumerar aquellas categorías de individuos que carecían en Roma de capacidad de delinquir, en general, ó a quienes se privaba de la capacidad para ser penados, segregándolos del Estado. La capacidad de delinquir y la de sufrir algún tipo de pena era teóricamente diversa, así que a continuación enumeraremos las más importantes:

Carecían de la capacidad para cometer delitos los seres sin vida. Jamás se les ocurrió a los romanos, como lo han hecho otros pueblos de más viva fantasía, llevar ante los tribunales al hacha que hubiera causado daño a un hombre

No tenían capacidad penal los muertos. El hecho del delito no cambia porque sobrevenga la muerte, pero cuando muere el autor del mismo, se hace imposible en el Derecho Penal imponérsele una pena a un muerto. La retosión y la venganza no pueden ejercitarse sino sobre los vivos. Tocante a los delitos públicos de la época antigua; la maldición obraba más allá de la tumba, y aun después de la muerte podían aplicarse las penas de privación de sepultura, remoción de tumba, y sobre todo, de execración de la memoria del difunto.

Tampoco podía emplearse el procedimiento penal romano contra aquellos que hubiesen sido segregados del campo de acción de la jurisdicción romana.

La capacidad para delinquir en todo hombre que siendo susceptible de responsabilidad, viviese sometido a la soberanía del Estado, constituyó el fundamento del Derecho Penal ya desarrollado bajo el aspecto científico. Sin embargo, desde los tiempos primitivos se trataban de diferente manera los delitos de las mujeres, de los extranjeros y de los individuos no libres que los cometidos por los ciudadanos romanos,

y si bien esta diferencia fue disminuyendo en el curso del tiempo, no fue jamás abolida del todo.

C. Elemento imprescindible la voluntad del agente activo

El concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Esta voluntad antijurídica presuponía por necesidad el conocimiento de que el hecho que va a realizarse era contrario a la ley, por lo que el error de hecho en este punto excluía la imputabilidad. El que ofendía al magistrado, sin saber que éste lo era, no cometía crimen; la unión sexual de dos personas que desconocían el parentesco existente entre ellas, tampoco era considerado un crimen.

El concepto de la culpa, lo mismo que el *dolus*, no pertenecía a la legislación, sino a la interpretación científica de las leyes. Es de presumir que el Código de las Doce Tablas no llegar en materia de Derecho privado más que a establecer la responsabilidad humana en general, en oposición al hecho que no estuviera ligado por ninguna relación de causalidad con la acción u omisión humana; es decir empleando la terminología actual, que no haría otra cosa sino establecer la antítesis entre los hechos procedentes de *dolus* o *de culpa*, y los procedentes del *casus*. La evolución del concepto de la responsabilidad general, distinguiendo en ella el daño producido intencionalmente y el derivado de desatención o descuido, fue debida sin duda alguna a la ciencia jurídica de tiempos de la República, igualmente que la distinción entre el concepto de los miramientos que todo hombre debe a su prójimo el concepto de los miramientos que se deben unas a otras las personas que intervienen en una obligación contractual; distinción ésta que sirvió de base a la diferencia entre la culpa *aquiliana* y la culpa contractual.

La transformación de la ley moral en ley penal exige que se fijen de un modo positivo los elementos constitutivos de cada hecho delictivo, y esta fijación no puede menos de estar sujeta al arbitrio. Cuanto más se complican las relaciones sociales y más

estrechamente trata de acomodarse la ley penal a la ley moral, tanto mayor es la intervención que se le da al arbitrio.

D. Elemento a estudiar: el hecho

Así como no existe delito alguno sin voluntad delictuosa, tampoco existe si esta voluntad no se efectúa, es decir si no hay hecho punible. La voluntad por sí sola el *animus*, aun manifestado por medio de palabras o confirmada su existencia por propia confesión del sujeto, no es delito ni puede dar origen a pena.

La cuestión relativa a saber qué es lo que haya de entenderse por efectuación de la voluntad delictuosa, la contesta la ciencia jurídica de los tiempos modernos diciendo que hay que distinguir, no en todos los delitos, pero sí en la mayor parte, los actos preparatorios, la tentativa de delito y el delito consumado. En el Derecho Romano no existía el concepto de la tentativa ni, claro es, una palabra técnica con que designarlo; las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre como tales, cuando se habían consumado, advirtiendo que era preciso que dichas acciones tuvieran por base la unicidad de solución o propósito, y cuando se tratara de delitos culposos, la unicidad del descuido o desatención de las propias obligaciones.

En términos generales, podemos decir que todo acto realizado con el malicioso propósito de contribuir a la comisión de un delito debía ser considerado como un acto de codeincuencia.

Las penas correspondientes a los delitos se imponían en regla general en la misma calidad y cantidad a todos los participantes en ellos, como si cada participante hubiera cometido el delito por sí solo. Aquí se ve bien claramente que el Derecho Penal privado consideraba el resarcimiento del daño, no pago del mismo, sino como criterio para determinar la multa penal o pena pecuniaria, pues el pago de esta, verificado por un partícipe en el delito, le libraba a él solo de su responsabilidad, no libraba a otros.

I.1 Los límites de la eficacia de la ley penal

El hacer una delimitación del Derecho Penal por razón de las personas y el territorio en la antigua Roma es empresa muy difícil ya que la tradición poco ha brindado a los historiadores. El criterio predominante típico en esta materia fue la contraposición entre la comunidad romana y el Reino romano, es decir, entre el Estado individual y concreto, con su territorio fijamente determinado, con su terreno perteneciente a los ciudadanos romanos o a la comunidad misma y a la confederación a cuya cabeza estaba Roma, y a la que pertenecía las ciudades y los Estados de clientes reconocidos como autónomos por Roma en virtud de un contrato, unidos a la misma con un vínculo indisoluble, y jurídicamente sometidos a ella

Un delito que podía ser sometido a la acción de la ley penal romana era el que se cometía en daño inmediato de la comunidad, fuese cual fuese la persona que lo cometiera y el lugar de la comisión; en cuanto a los demás delitos, o se atendía, para el efecto de aplicarles la ley romana a la persona del lesionado sin hacer caso del lugar donde se hubiese cometido, o por el contrario se atendía al lugar sin atender a la persona de la víctima.

I.2 La delincuencia en la antigua Roma.

a) Delitos Privados

Delito es todo acto ilícito que es castigado con la pena. Como en los actos ilícitos en general se precisan, por tanto, dos elementos en el delito: la lesión de un derecho y la intención, o sea la culpa. Los efectos específicos son mayores, ya que en el delito la gravedad del acto para el orden social hace que la obligación del resarcimiento sea unida también una pena. (Gayo, *Instituciones Jurídicas*, Javier Núñez de Prado, Editorial Obras Maestras, página 131 y siguientes)

El concepto de delito privado, el carácter privado y obligatorio de la acción y de la pena constituyen un residuo del ordenamiento primitivo, en el cual el delito es la *fuentes verdadera y única de la obligación*.

En sí, los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

Las Ley de las XII Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un Estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La ley se limita en ciertos casos a regular esta venganza. El ladrón cogido *in fraganti* era vapuleado y atribuido como esclavo al robado. Para ciertas injurias se ejercitaba la Ley del Talión.

Entonces, pues los decenviros solo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos atroz y reemplazar ésta con una multa.

Después de la Ley de las XII Tablas, las leyes penales y la jurisprudencia consagraron y desarrollaron poco a poco más perfección. Por una parte, se tuvo en cuenta la intención criminal del autor, y por la otra la pena fue mejor proporcionada al daño causado.

b) El hurto (Furtum)

Etimológicamente, *furtum*, relacionado con *ferre*, es llevarse cosas ajenas, sin fundamento en un derecho. Sin embargo, se fue entendiendo el campo de acción de este delito, partiendo del *furtum rei*, de modo que llegaba a ser todo aprovechamiento ilegal y doloso de un objeto ajeno, incluyendo una extralimitación en el derecho de detentar o poseer una cosa... e incluyendo también el *furtum possessionis* que encontramos cuando el mismo propietario de una cosa la retiraba dolosamente de la persona que tenía derecho a poseerla (por ejemplo del acreedor prendario). Todo lo anterior queda condensado en

la cita de Paulo, - *Furtum est: contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve* “el robo es un aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, o su uso, o posesión”. Así, el *furtum* llegó a ser una figura muy amplia de una vaguedad difícilmente compatible con nuestras ideas modernas sobre la tipicidad de los delitos.

Este delito contaba con dos elementos. El primero de carácter objetivo, era el aprovechamiento ilegal (*la contrectatio rei*) que venía en lugar de la *amotio rei*, a cuyo último concepto ha regresado el concepto moderno de robo, y, el segundo de carácter subjetivo, la intención dolosa, el *animus furandi*.

El *furtum* daba a dos clases de acciones: la primera, la *poenae persecutoria*, por la cual la víctima trataba de obtener una ganancia, la multa privada; la segunda, la *rei persecutoria*, por la cual la víctima trataba de recuperar el objeto robado o de obtener la indemnización correspondiente.

La pena por robo, establecida por las XII Tablas, era severa. En aquella época, el robo tenía rasgos de delito público, coexistentes con diversos rasgos de delitos privados. En caso de flagrante delito de robo, el ladrón perdía la libertad, si era un ciudadano libre; o la vida, si era un esclavo. En caso de delito no flagrante de robo, el culpable debía pagar a la víctima una multa privada, del doble del valor del objeto. Paralelamente con lo anterior, la víctima podía ejercer una *rei persecutoria*.

c) El objeto material del delito

Pueden ser objeto de un hurto los muebles corporales susceptibles de propiedad privada. No podría haber delito de hurto:

a) Ni para los inmuebles. La cuestión había sido controvertida, y los sabinianos eran de parecer contrario; pero su opinión no ha prevalecido;

b) ni para las cosas no susceptibles de propiedad privada como las *divini juris*, las cosas públicas. Su protección estaba asegurada por otras leyes especiales;

c) Ni para las cosas incorpóreas que repugnan por su naturaleza misma a la idea del hurto.

d) Consecuencias del delito

El efecto directo del hurto es crear a cargo del ladrón una obligación nacida del delito, y que tiene por objeto, en el derecho clásico, el pago de una multa más o menos grande. Esta sancionada por la acción *furti*.

e) Obligación nacida como consecuencia del delito (la acción *furti*)

La Ley de las XII Tablas castigaba rigurosamente el hurto. Para el hurto *manifesto*, es decir, cuando el ladrón era cogido en el hecho, pronunciaba una pena capital. Después de haber sido azotado, el hombre libre era atribuido como esclavo a la víctima del hurto; el esclavo era precipitado de la roca Tarpeya.

La acción *furti* se da:

a) Contra el *autor* del delito. Si hay varios autores, cada uno está obligado por el todo, y la multa es debida tantas veces como culpables haya;

b) Contra cada uno de los cómplices. El cómplice es el que ha participado en el delito *ope et concilio*: quien ha prestado al ladrón una asistencia material *ops*, con la voluntad *concilium* de cooperar con el hurto. Solo es posible en la acción *furti nec manifestum*

- Acción *furti manifestum*:

En caso de delito flagrante de robo, el ladrón o su dueño debían una multa de cuatro veces el valor del objeto. Para que un robo fuera considerado flagrante, era necesario encontrar al ladrón con el objeto, antes de que hubiera llevado el botín al primer lugar de destino.

- Acción *furti nec manifestum*

En caso de delito no flagrante de robo la multa privada era del doble del valor del objeto.

Alrededor del *furtum* todavía hay que darle cabida al *Actio furti concepti*: En caso de encontrarse un objeto robado en casa de alguien, éste respondía de una multa privada de tres veces el valor del objeto, sin que el propietario del bien robado tuviese que comprobar que el detentador del objeto era el ladrón o un cómplice de éste.

f) Hecho considerado delito: La Rapiña

La rapiña es la sustracción violenta de una cosa ajena, es cometer un robo de manera muy violenta que es también conocida como la *actio vi bonorum raptorum*.

Hacia la época de las guerras civiles, los hurtos y actos de destrucción cometidos por las bandas armadas se habían vuelto muy comunes y los culpables no incurrían más que en la acción *furti nec manifesti*, pero el pretor *Peregrini M. Lúculo* creó la acción *vi bonorum raptorum* que fue dada en caso de hurto y daños agravado con violencia, aunque proviniera de una sola persona. Este delito calificado a veces de rapiña contenía los mismos elementos del *furtum* o el *damnum injuria datum*, con la circunstancia agravante de la violencia y, la víctima podía contentarse con las acciones nacidas del hurto.

La acción *vi bonorum raptorum*, ejercitada durante un año útil a partir del delito, arrastraba contra el culpable una condena al cuádruplo, bien que el culpable hubiera sido cogido o no en el hecho. El valor del cuádruplo era la estimación exacta de la cosa y no el interés del demandante.

g) Efectos del temor fundado de la intimidación

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes. En esa época el Pretor Octavio sancionó la intimidación concediendo una *in integrum restitutio*, por la cual la víctima podía reclamar la devolución de lo que hubiera entregado por miedo, y una *exceptio quad metus causa*, que procedía en el caso de que el culpable reclamase a la víctima el cumplimiento de una prestación, prometida bajo influencia del miedo; entonces la víctima podía oponer con éxito ésta *exceptio a la actio* del culpable. Además de estos remedios, estaba también a disposición de la víctima la *actio quad metus causa*, de carácter penal, por cuatro veces el valor del daño sufrido en caso de ejercerse dentro de un año. Después, su objeto se reducía al simple valor de la cosa arrancada por intimidación.

Esta acción podía intentarse contra cualquier causahabiente del culpable, aun contra el adquirente de buena fe, de algún objeto robado (ya que éste, mediante la *conditio furtiva*, solo respondía del simple valor del objeto).

h) De la reparación del daño

Cuando una persona causa sin derecho un perjuicio a otra atacando su propiedad, la equidad quiere que haya reparación en provecho de la víctima. Disposiciones especiales se dictaron primero para los daños más frecuentes y más graves. Después, el pretor, por extensiones sucesivas, ha ensanchado el Derecho Civil y permitido la reparación del perjuicio causado fuera de las condiciones fijadas por la ley.

Algunos hechos de daño ilícito habían sido previstos por la Ley de las XII Tablas. Pero, bajo la república, un plebiscito cuya fecha es incierta, la *Lex Aquilia* vino a reglamentar esta materia de una manera más completa, sin aplicarse, sin embargo, a toda clase de daño, y sirvió de punto de partida a las extensiones de la jurisprudencia. Esta ley comprendía tres capítulos, en los que era tratado y reprimido como delito el daño causado en determinadas condiciones, pero en este trabajo solo trataremos los capítulos primero y tercero.

I.3 La ley *Aquilia*

El primer capítulo de esta ley decide que el que ha matado al esclavo ajeno, o un animal vivo en rebaño *pecus*, y perteneciente a otro, debe pagar el valor más elevado que haya alcanzado el esclavo o animal el año que ha precedido el delito. El tercer capítulo se refiere a cualquier otro daño causado a otro por lesión o destrucción de un bien suyo. El que ha hecho una herida, no mortal, aun esclavo o animal vivo en rebaño, o que ha matado o herido cualquier otro animal, o en fin, que ha roto, quemado, destruido o dañado de una manera cualquiera cosa inanimada, está obligado a pagar el valor más elevado que el esclavo, animal o la cosa hayan tenido en los últimos treinta días antes de cometido el delito.

- Elementos del delito de daño

Es preciso que el daño consista en la destrucción total o degradación material de una cosa corporal, *corpus loesum* y que sea causado por el contacto mismo del autor del delito

Es preciso que el daño haya sido causado sin derecho

Es preciso también que el daño provenga de un hecho del hombre

- Consecuencias del delito de daño y de la acción *legis Aquiliae*

El autor de un daño que reúna los caracteres exigidos por la Ley *Aquilia* está obligado *ex delicto* en virtud de ésta. La obligación, nacida en provecho de la parte lesionada, tiene por objeto el pago de una cantidad de dinero igual al valor más elevado que el objeto del daño haya alcanzado en el año precedido al delito, o solamente en los treinta últimos días anteriores del delito si está contemplado en el artículo Tercero de la ley *Aquilia*.

Esta obligación es sancionada por una acción especial llamada *legis Aquiliae, o damni injuriae*. Si el demandado interrogado ante el magistrado confesaba ser el autor del daño, el juez no tenía más que fijar la condena en los límites indicados anteriormente. Pero cuando el demandado negaba ser culpable, el juez después de la verificación de los hechos, debía condenarle al duplo.

Pero la jurisprudencia extendió también la *actio legis Aquiliae*, como *utilis*, a las muertes ocasionadas sin acto material (*mortis causam preastare*), y a las destrucciones de otras cosas cometidas igualmente sin la primitiva presunción, del *rumpere, fragere, urere*; pero sí con otros actos cualquiera que conducen al mismo efecto del detrimento patrimonial. Y llegó a concederla como *utilis*, además de al propietario, a los investidos con derecho fraccionario de propiedad sobre la cosa destruida o deteriorada

- La Injuria

La palabra injuria tomada en sentido lato, significa todo acto contrario a derecho. Pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona, mientras que el *damnum injuria datum*, reprimido por la ley *Aquilia*, es un daño causado injustamente a la cosa ajena.

Así, se presentan únicamente tres clases de injuria, las que tenían lugar mediante *pulsatio, verberatio*, o violación de domicilio (*vi domum introire*) fueron objeto de penas afflictivas en los últimos tiempos de la República, según una *lex Corneliade iniuriis*; la que

por otra parte dejaba al mismo ofendido la elección entre la facultad de provocar el ejercicio del tribunal penal competente para la aplicación de dicha pena al autor de la ofensa, o la de valerse por el contrario de la *actio iniuriarum aestimatoria* privada para conseguir del autor una indemnización en dinero proporcionada a la gravedad del acto.

- Elementos de la injuria en las XII Tablas

Según la ley de las XII Tablas, la injuria no comprendía más que los ataques a la persona física, golpes, heridas más o menos graves, pero sin distinguir si había intención culpable o simple ignorancia. En Derecho clásico, la noción de la injuria se ha restringido, porque se exige la intención de dañar para que haya delito. Pero se ha ampliado desde el punto de vista que los hechos que constituyen la injuria; el ataque a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y en general, todo acto de naturaleza que comprometa el honor y la reputación ajena.

- Consecuencias legales del delito

La Ley de las XII Tablas establecía la pena del talión para la injuria más grave: la pérdida de un miembro, a menos que haya una transacción entre las partes. Por la fractura de un hueso una multa de 300 ases o de 150 ases, según que la víctima era un hombre libre o un esclavo. Más tarde el Pretor sustituyó una reparación pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria, y obtenida mediante la acción *injuriarum*, que implicaba una nota de infamia. Esta reparación era evaluada por el demandante, en caso de injuria *ordinaria*, y el juez podía mantener o reducir en la condena la cantidad fijada. Pero, para las injurias *graves*, hacía la estimación el magistrado mismo, y de hecho el juez nunca se aparte de ello.

La acción *injuriarum* es dada a la persona injuriada. Pero la injuria hecha a una persona *alieni juris* recae sobre el jefe de familia, que puede entonces ejercer una doble acción: una en su nombre, otra en nombre de la persona que ha sido víctima de la injuria.

Lo mismo se concede al marido por el insulto hecho a su mujer. La acción se ejercita contra el culpable y sus cómplices. Pero es intransmisible. Se extingue por la muerte del ofensor y por la del ofendido.

Otras tres figuras de delitos aparecen al finalizar la República y a principios del Imperio, al lado de las existentes como lo son; el engaño causado para obtener un provecho injusto con daño de otro (DOLUS); la enajenación fraudulenta hecha por el deudor insolvente, cuyo patrimonio está sometido a la *missio in possessionem* de los acreedores, con la complicación de terceros conscientes del fraude (FRAUS CREDITORUM). A cuyas figuras corresponden; la *actio doli*, con lo que la víctima del engaño puede pretender el resarcimiento del daño sufrido a consecuencia del *dolus*, si también el demandado no prefiere proceder análogamente a la restitución; la *actio Pauliana*, con la que el representante de los acreedores (*curator*) puede conseguir la revocación de las ventas fraudulentas, o el oportuno resarcimiento.

1.4 Delitos Públicos

Los delitos públicos eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado. Daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, delante de una jurisdicción especial. El derecho de intentar esta persecución estaba abierto a todo ciudadano, aunque de hecho solo los personajes de cierta importancia osaron asumir el papel de acusador. Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran llamados *crimina* o *judicia pública*.

La ciencia jurídica de los romanos partía de la idea de la plenitud de poder de la magistratura. Conforme a esta concepción, el jefe único y vitalicio era el rey, quien mandaba y disponía con entero e ilimitado poder sobre toda clase de infracciones o faltas, igual sobre las de índole religiosa que sobre las militares y las civiles, tanto con respecto a las cometidas tanto dentro como fuera de los muros de la ciudad. Delitos eran las

acciones que el rey castigaba, y penas los males que el mismo imponía a ciertas personas.

Los hechos punibles según el derecho de la guerra eran en parte los mismos que los delitos contra el Estado; la desertión y la sedición se hallaban incluidas tanto en un sistema como en el otro. Pero la desobediencia contra los mandatos de los magistrados ocupaba el primer lugar de delitos de derecho de guerra; la evasión del campo de la lucha y el abandono del puesto que al soldado se le indicaba eran castigados con la pena de muerte.

La pena de muerte era la que ocupaba el primer lugar de la escala de las penas en el Derecho Penal público de los tiempos primitivos al igual que la pena corporal, y singularmente la flagelación.

- El perjurio

Perjurio es un delito que cometen los testigos y peritos que declaran a sabiendas contra la verdad.

Los que cometían este delito eran sancionados con el arrojamiento desde la roca Tarpeya. Las personas que cometían estos delitos no podían ser perdonados ya que con sus falsos testimonios perjudicaban el proceso.

- La magia

En la antigua Roma las prácticas de magia estaban prohibidas ya que los romanos pensaban que las personas que se dedicaban a estas prácticas eran enviadas por el demonio. El *malum carmen incantare*, o prácticas mágicas dirigidas a provocar la muerte de alguien, era sancionada con la muerte del mago según la Ley de las XII Tablas, como posiblemente también el *fruges excantare*, o encantamiento de las mieses.

- El *incendium*

Aquel que incendiase la casa que habita o la de alguna persona, o el que incendie las mieses era sancionado con muerte en la hoguera.

- El *parricidium*

El *parricidium* es entendido como el homicidio voluntario de un hombre libre, establecía una famosa ley atribuida a *Numa* que “*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*”, por lo que prescindiendo de la expresión *parricidas* hay una consecuencia entre el homicidio voluntario y la condena a muerte del culpable. Confrontando esta ley con otra disposición atribuida a *Numa* (pero también de las XII Tablas) según la que “*si quis imprudens occidisset hominem pro capite occissi agnatis eius in contione offerret arietem*” en que, en el supuesto de homicidio involuntario, se impone a los parientes del muerto la composición, consistente en el ofrecimiento expiatorio de un carnero, efectuado por el reo delante de la asamblea comicial, sin que se pueda considerar que la condena a muerte del homicida voluntario, sea considerada también como sacrificio expiatorio, presumiblemente por realizarse bajo el control de la colectividad por parte de los parientes del muerto que efectúan de esta manera la *vindicta* de los dioses *Manes* familiares. La declaración de la voluntariedad o no del homicidio quedaba al juicio de los *quaestores* llamados por las fuentes *parricidii* (en vez de *paricidii*) y recordados como órganos de la comunidad ciudadanas competentes para castigar el homicidio y otros crímenes capitales. Este juicio se pronunciaría quizá con anterioridad al *comicio* por lo que podría considerarse que se trataba de un proceso comicial, del que testimonian las XII Tablas, no derivado de *provocatio*.

- El *perduellio*

El *perduellio*, genéricamente se consideró como crimen dirigido contra la comunidad ciudadana, aunque su contenido específico fue incierto, si bien establece una *lex horrendi carminis*, recordada por Tito Livio con motivo del caso de Horacio homicida

de su hermana, que se está en presencia de un *paricidum*: “*lex horrendi carminis erat: duumviri preduellionem iudicent; si a duumviris provocarit, provocatione certato; si vincent, caput obnubito; infelice arbori reste suspendito; verebato vel intra pomerium vel extra pomerium*”. La supresión del culpable mediante *suspensio* al *arbor infelix* y expuesto a la muerte, debe considerarse bajo la vigilancia de la colectividad.

- La traición o *prodittio*

Aquí se unen todos los actos ilícitos que se manifiestan como desobediencia al magistrado, considerado como jefe militar, y que según las mismas XII Tablas, se condenaba con la pena capital, aplicada mediante fustigación (*virgis caedere*) y decapitación con la segur (*securi percussio*). Son actos ilícitos que lesionan de una manera inmediata los intereses de la comunidad ciudadana, los cuales traen como consecuencia la muerte del traidor con la pena de decapitación.

Otro delito que fue condenado en la época antigua fue el delito de Concusión, lo que ahora entendemos por peculado, que era el acto de tomar el dinero que el Estado le facilitaba para satisfacer las necesidades sociales, para su propio bienestar.

I.5 Concepto de delito en la actualidad

Etimológicamente, la palabra *delito* proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.

El delito o hecho punible puede ser definido de diversas maneras. Puede así concebirse como el hecho del hombre prohibido por la ley penal o también como la acción prohibida por la ley penal con la amenaza de una pena. El más representativo autor de la llamada escuela clásica definió el delito como “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”

El delito de flagrancia a través de la historia

La flagrancia, no es un hecho histórico nuevo, sino que constituye parte de nuestro pretérito en el desarrollo de la humanidad y como tal ha sido abordado de diversas formas y con distintos tratamientos, a través de su apareamiento en la comisión de los delitos.

Parafraseando las palabras que se encuentran en la Biblia en el Libro de Eclesiastés en sus Capítulos 1, 2 y 3, referidas al Rey Qohelet, de que no hay nada nuevo bajo el sol, desde que existen las sociedades humanas en nuestro orbe, ésta ha tenido que sacrificar la libertad individual, entendida como el querer hacer todo y de todo, por el bienestar común, que se ajuste a nuestra conducta y aplaquen los instintos naturales de supervivencia más arraigado en nuestra personalidad consciente e inconsciente.

Nuestra actitud gregaria, unida a la racionalidad del hombre nos ha permitido la evolución en los distintos campos del saber, en los que el ius no se ha mantenido ajeno. Entonces reaccionamos, primero con la auto protección o autotutela de nuestros derechos, para luego pasar a la etapa de la venganza privada, venganza colectiva y venganza social, y finalmente en esta secuencia entregar la solución de los conflictos a un poder jurisdiccional atomizado en la figura nuclear del juez. (<http://lapruebadetestigosenelprocesopenal.blogspot.com/>; revisada en agosto de 2014)

Acaso no fueron entre otros el Código de Manú, El Código de Hammurabi, que trataron las figuras delictuales y entre ellas las formas de ser sorprendido en la comisión del mismo, no es ajeno a estos textos y menos al Derecho Romano, así lo vemos en Las Instituciones de Gayo, Nro. 182 señala: El robo flagrante, según algunos, es el robo en que el ladrón es cogido en el hecho. Otros van más lejos; éste sería cuando el ladrón es cogido en el lugar del robo; por ejemplo: si se ha robado olivas en un olivar, uvas en una viña, mientras el ladrón está en el olivar o en la viña; si el robo es cometido en una casa, mientras el ladrón está en la casa. Otros más lejos aún: lo sería también en el lugar en

que el ladrón se llevara lo que tenía intención de llevarse. Otras señalan: bastaría que el ladrón haya sido visto con la cosa en la mano; esta última opinión no ha persistido. Pero también la opinión precedente no parece deba ser aprobada, pues hay duda seria sobre el punto de saber si el traslado del objeto al lugar de destino durará un día entero o varios. Sucede a menudo, en efecto, que los ladrones piensan transportar objetos hurtados de una ciudad a otra de distinta provincia. En cuanto a las dos primeras opiniones, cada una tiene sus partidarios, pero se prefiere generalmente la segunda.

La sanción del robo flagrante, en virtud de la ley de las Doce Tablas, era una sanción que alcanzaba a la persona; azotes, el hombre libre culpable de robo era adjudicado a su víctima. ¿Se volvía esclavo o su estatuto era el de adjudicado? Los antiguos disputaban... El esclavo apaleado... Más tarde el rigor de la sanción fue reprobado y el edicto del pretor, en lugar de apalear a la persona, estableció una acción en reparación cuádruple, tanto para el esclavo como para el hombre libre.

La sanción del robo no flagrante está fijada por la ley de las Doce Tablas al doble, y ha sido mantenida tal por el pretor.

Es más exacto no definir el robo sino por su naturaleza; pues la ley no puede más hacer flagrante un robo que no lo es que declarar ladrón a un hombre que no ha cometido ningún robo, adúltero u homicida a quien no haya cometido ni adulterio ni asesinato. Todo lo que la ley puede hacer es castigar con la pena referente al robo, al adulterio o al homicidio al individuo que no haya cometido ninguna de estas infracciones. (Jiménez de Asúa, Luis *"Curso de Derecho Penal"*, Tomo I)

Concluimos entonces que a través de la historia de la evolución humana ya se conocía y resolvía la flagrancia en la comisión de los ilícitos

Con la caída del Imperio Romano comenzó el apogeo de la aplicación del Derecho Germánico, en los que traían nuevas formas procedimentales, unidas al conocimiento y evolución del Derecho Romano, sólo variaron en cuanto a ritualidades, sanciones y

procedimientos (Javier Núñez de Prado, Editorial Obras Maestras), quedando el derecho sustantivo indemne, la rapiña, el *furtum*, el *fumus commisi delicti*, permanecieron de igual forma, por lo que la apariencia en la comisión de un delito, se castigaba y sancionaba de igual forma que en la época del Imperio Romano.

La Edad Media, fue una etapa del desarrollo de la humanidad plagada de oscurantismo en lo intelectual, en donde se aplicó de manera amalgama el Derecho Romano, unido al Derecho de los pueblos bárbaros con preeminencia de unos u otros dependiendo de la región o de quienes aplicaban con mayor o menor influencia cultural el derecho del imperio caído.

Los estatutos jurídicos dependieron de los reyes y los señores feudales, tanto en su generación, como en su aplicación, la Edad Media Baja, fue poco fértil en institutos jurídicos destacables referidos a libertades personales, sino por el contrario, éstas eran restringidas al máximo e incluso llegaban a las crueldades y barbaridad más increíbles para la obtención del cumplimiento de una obligación y el castigo de un culpable o de aquel que tuviera apariencia de ser culpable o presumirse su responsabilidad. (Novoa Monreal, Eduardo "*Derecho Penal*", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile)

El *ius puniendi*, desplazó toda su severidad sobre los que el poder monárquico o del señor feudal pedía o les requería a los detentadores del poder judicial, confundido con el poder político, al no existir una división de los poderes (administrativo, legislativo y judicial), siendo una etapa del desarrollo embrionaria en este sentido, por lo que el *fumus commisi delicti* era pan nuestro de cada día en las detenciones de personas en la comisión de diversos delitos, (brujería, hechicería, rapiña, conspiraciones, etc.) para ser puestos ante la autoridad administrativa, quienes detentaban además la autoridad judicial, por lo que se producía un atropello a las garantías individuales en el orden específico, esto es la libertad. El cara y sello de esta problemática jurídica es la detención por flagrancia versus detención con orden judicial o por funcionario competente.

Entonces es necesario destacar el origen de la regulación de la detención en la última forma, que no fue hasta el año 1215 de nuestra era cristiana que se vino a consagrar a nivel de estatuto jurídico de rango formal y más o menos general el derecho a no ser detenido, sin orden de autoridad competente, la Magna Carta Libertatum, nacida en Inglaterra, y suscrita por el rey Juan sin Tierra, a raíz de serias dificultades sociopolíticas de la época, teniendo su sustrato en que los normandos oprimían a los anglosajones a través de impuestos y conculcación de privilegios que los primeros gozaban y cobraban a estos últimos. Fue el 15 de Junio de 1215 que se dio a luz a los 63 artículos que componen esta obra jurídica, la Carta Magna, en que el poder del Monarca se limitó y equilibró con la creación del parlamento que se componía de dos cámaras de Los Lores y La Cámara de los Comunes, básicamente se establecieron normas mínimas sobre la libertad personal que sirvieron de basamento a normativas continental – europea y que posteriormente conformarán la institución del Debido Proceso, que es parte del Estado de derecho. ([http://es.org/wiki/Carta Magna](http://es.org/wiki/Carta_Magna). Revisada en agosto de 2014)

El estudio del Derecho, como ciencia se produjo en el siglo XII en las universidades del viejo continente, como asimismo en Íbero América en el siglo XVI, como por ejemplo la Universidad de San Marcos en Lima, Perú, para luego en el siglo XIX de la Ilustración en donde se produjo la mayor fertilidad en cuanto a la creación de Códigos, Reglamentos Constitucionales y Constituciones.

En cuanto a la flagrancia en la legislación española, ésta se encontraba tratada en Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio; Fuero Juzgo; Fuero Real, en los textos referidos a los delitos.

Descubierto el nuevo mundo en el año 1492, El Rey debió aplicar normas jurídicas vigentes en España, como las que acabamos de mencionar, para luego crear un consejo asesor, llamado Consejo de Indias, dictando leyes particulares para ser aplicadas espacial y temporalmente en América, surgiendo las Leyes de Indias, la Nueva Recopilación de las leyes de Indias, y en caso de omisiones o imposibilidad de solución

de los conflictos de relevancia jurídica no contemplados en éstas, se debía recurrir a la legislación hispánica en órdenes que fueron cambiando de acuerdo a la casa del monarca que ejercía el poder en la corona española, (Habsburgo 1516-1700 y Borbones 1700 - 1818).

Los procesos de independencia fueron consecuencia en América de un elemento circunstancial, Felipe II de España, había sido tomado prisionero por Napoleón Bonaparte en su expansión militar y había ordenado que asumiera su hermano José Bonaparte, la dirección del poder en España, con lo que dio pábulo para que las colonias americanas organizadas política-administrativamente, como virreinato y capitanías generales respondiesen jurídico – socialmente a la realidad imperante en el viejo continente, procediéndose primeramente a no obedecer las órdenes del nuevo monarca de origen ajeno a la casa real, y proceder a la autonomía en sus decisiones de acuerdo a sus espacios territoriales en la suposición de que ésta era una medida transitoria y eminentemente temporal, lo que insistimos dio frutos a la independencia de la América Indiana.

En lo judicial la Real Audiencia administraba justicia, aplicando las normas dadas desde España para América en las formas que se expresaron en los párrafos anteriores. Las colonias recién independizadas, debieron seguir empleando los estatutos legales en la forma dada por la España monárquica, debiéndose producir la necesaria creación de institutos legales nuevos creados y adaptados para los nacientes estados independientes, conformados en república.

CAPÍTULO II

La detención. Estudio comparativo

Dentro de las figuras jurídicas penales, se estima que existe relación con aspectos del derecho procesal de especial importancia puesto que tienen sustento en las normas de carácter constitucional, sustantivas y adjetivas penales.

Se ha señalado dentro del ámbito jurídico que el Derecho Procesal, es una rama del Derecho, creada por la sociedad por inspiración divina que vino a regular la convivencia de los hombres y que lo diferencia de otras normas por su potencialidad de coacción, posibilidad cierta de ser exigida y acatada para el bienestar común de la sociedad.

La detención debe estructurarse sobre bases sólidas, como lo son la seguridad jurídica, el derecho y la tutela jurisdiccional.

Como primer elemento la seguridad jurídica en materia procesal apunta a los fines propios del derecho, insistimos *el bien común*, que en nuestra carta fundamental se conceptualizó adecuadamente en el artículo 1 incisos 3 y 4, traducéndose esta idea como la búsqueda de las condiciones para la mayor y mejor satisfacción de las necesidades en lo material y espiritual que el hombre pueda alcanzar (Pfeffer Urquiaga, Emilio, *“Código Procesal Penal, Anotado y Concordado”*, Editorial Jurídica de Chile, en sus páginas 147 y siguientes) con pleno respeto a los derechos de las demás personas.

El constituyente y legislador, comienzan a crear instituciones que conducen a establecer la seguridad jurídica, debiendo como es necesario contar con el debido control del poder jurisdiccional, dichos institutos creados y que se desarrollan en el ámbito social son amparados por normas de rango Constitucional y Tratados Internacionales que ofrecen los derroteros para la legislación nacional.

Los institutos procesales, como lo son *Due Process of Law*, ya consagrados salta a la vista que la institución de la flagrancia no está en su desarrollo inicial bajo la tutela jurisdiccional del debido proceso, ya que nace no al amparo de la tutela jurisdiccional, sino en la realidad social del fenómeno delictual.

El debido proceso de ley, comienza en forma natural con la acción del ente persecutor que solicita medidas intrusivas personales, como lo son entre otras la detención de una persona, debiendo cumplir con los requisitos legales mínimos que se exige para solicitarla al Juez de Garantía. (Paillas Peña, Enrique, "*Derecho Procesal Penal*", Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, 1986)

La actuación del ente jurisdiccional, es *a posteriori* a la detención del o los sujetos que fueran sorprendidos bajo las hipótesis de la flagrancia en la comisión de un punible.

El segundo tema relacionado, es el derecho, entendido como el conjunto de normas y principios que regulan la actuación de los distintos actores de la vida jurídico social y que establecen la forma y condiciones en que se deben llevar a cabo las actuaciones en el ámbito de la eficiencia y eficacia de las garantías constitucionales y en especial en el tema que nos aboca, respetar el estándar mínimo que nos faculta la norma constitucional y legal para poder efectuar una detención como en el caso de flagrancia en la comisión de un delito.

Y por último el tercer derrotero está constituido por la tutela jurisdiccional, que no es ni más ni menos, que el órgano a través del cual se obtiene la validación del respeto a las garantías constitucionales y legales es para obtener el fin último de la sociedad organizada, el bien común y la paz social, resolviendo de una manera definitiva e inalterable con posibilidad de ejecución conminatoria las infracciones que se susciten en el orden temporal que afecten el normal desarrollo de la convivencia social, y que tengan relevancia jurídica.

El anterior aspecto, es un tema tratado desde un punto conceptual, histórico, legal, doctrinal y lo más importante desde su aplicación, interpretación y solución jurisprudencial.

(<http://www.monografias.com/trabajos81/flagrancia-comision-delito/flagrancia-comision-delito.shtml#ixzz3LhsYtARH> Revisada el 19 de abril de 2014)

En ciertos países es necesario autorización judicial para entrar en una casa ajena, para proteger el derecho a la intimidad. Esta autorización muchas veces tiene la excepción de que existan sospechas fundadas de que en ese momento se esté cometiendo un delito.

Existen ciertos cargos públicos denominados aforados, que requieren de requisitos previos para poder ser detenidos (solicitud rogatoria al Congreso, por ejemplo). También existe la excepción de que se esté produciendo un delito flagrante, en cuyo caso el sujeto puede ser detenido directamente.

La detención en flagrancia es una situación fáctica que autoriza a la autoridad policial, a funcionarios públicos determinados o a un tercero para detener en forma excepcional, sin mandato judicial imperativo previo a aquel que se encuentra en las situaciones contempladas en la ley y que se traducen en las hipótesis de la norma legal en estar cometiendo un punible, habiéndolo cometido, el que huye del lugar de comisión y es señalado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; el que en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuese encontrado con objeto procedente de aquél o con señales; y el que las víctimas de un delito reclamen auxilio o testigos presenciales, para el solo efecto de ser puesto ante la autoridad jurisdiccional correspondiente en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder éste al que se contempla en la Constitución y la ley.

Nuestro país no fue ajeno al proceso legislativo americano, y fue así que surgieron proyectos que contenían principios y garantías, la recreación compilada del profesor Fernando Campos Harriet, Constituciones de 1822 y 1823, contenían ya el rol del Poder

Judicial como uno de los poderes del Estado, como asimismo las garantías individuales y la libertad personal. Asimismo las normativas de rango constitucional, conocidas como la Constitucional Liberal de 1828 y la Pelucona de 1833 prestaban con mayor atención los principios universales de separación de los poderes del Estado y la observancia y protección de las garantías individuales.

La Carta Fundamental de 1833 establece ya el Habeas Corpus consagrado en la Carta Magna de 1215 y en lo referente a las consagraciones legales es importante la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del 15 de Octubre de 1875, que tratándose de este tipo de tópicos debía ser competencia de la Excelentísima Corte Suprema, lo que se mantuvo en la Constitución de 1925 hasta la actual Carta Fundamental de 1980 y sus modificaciones, que establecieron el recurso de amparo y ampliaron su competencia para ser vistos en primera instancia por las I. Corte de Apelaciones del país y en segunda instancia cuando se apelara ser visto por la Excelentísima Corte Suprema.

Entonces concluimos que la flagrancia es aquella que se produce en los momentos que el sujeto lleva a cabo la comisión del punible, no importando el desarrollo del *iter criminis* u omitiendo su actuar intencionalmente, encontrándose en posición de garante con respecto a la víctima, y que es observado sensorialmente, habilitando su detención por las personas que autoriza la ley, sin mandato judicial previo y para el sólo efecto de su entrega a la autoridad pública.

Posteriormente los Códigos, como el Civil, Penal, Comercial, de Procedimientos, fueron discutidos y aprobados por nuestro Congreso Nacional y siendo promulgado y publicados como ley de la República.

Así surgieron la compilación de normas referidas a los procedimientos instrumentales para aplicar los derechos sustantivos contemplados en los Códigos Civil y Penal, el que nos interesa en relación a la flagrancia, serían dos que es el Código de Procedimiento Penal, que actualmente se encuentra en franca retirada por su aplicación

a hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en las regiones del país en que se fue aplicando, siendo analizados desde un punto de vista de la consagración de la medida cautelar personal de la detención por flagrancia, que sin lugar a dudas su naturaleza jurídica corresponde indiscutiblemente, según lo sostiene mayoritariamente la doctrina al igual que la jurisprudencia a una medida cautelar personal, porque consustancialmente consiste en la conculcación del derecho de la libertad individual de una persona determinada, por parte de un tercero en razón de haber sido sorprendido en las hipótesis legales en la comisión de delitos que habilitan su detención sin orden de funcionario competente, y para el sólo efecto de ser presentado ante el ente jurisdiccional.

II.1 Análisis comparativo

El Código de Procedimiento Penal, publicado en 19 de febrero de 1906 por la Ley 1853, establecía en su artículo 255 los casos en que el Juez podía ordenar la detención, estableciendo los requisitos en el mismo articulado y que decían relación con la ocurrencia de una *notitia criminis* y que el Juez tuviera sospechas de que el detenido tendría responsabilidad criminal en los hechos ilícitos (autor, cómplice o encubridor).

Además de decretarla contra testigos o peritos renuentes a proporcionar información relevante para el esclarecimiento de los hechos.

Es en el artículo 262 CPP., se expresaban los casos en que un particular podía detener a la o las personas que fuesen sorprendidas infraganti cometiendo un delito, debiéndolo poner inmediatamente o por medio de la Policía a disposición del Juez, estableciéndose en el artículo 263 del mismo código 4 hipótesis legales que comprendía la flagrancia en la comisión de un punible, otorgándose el derecho al detenido, a que se le justifique los motivos por los cuales se le consideró delincuente flagrante (artículo 268).

Los artículos 267, 269, 270 bis y 272 bis del mismo cuerpo legal, establecían la facultad de legitimar la práctica de la detención por flagrancia en su caso para poner al

detenido a disposición del juez en un plazo no superior a 24 horas, pudiéndose ampliar este lapso por resolución fundada del Juez por un máximo de 5 días.

Por último, de acuerdo al Profesor Enrique Paillas, nos recrea la posibilidad legal de que *"Cualquier tribunal de la República puede disponer el arresto, aunque no tenga competencia en materia penal, ya que por esta medida no se imputa una conducta delictual a la persona arrestada"*. El inciso 1º del artículo 256 alude a una situación muy particular: que en la sala de despacho de un juez se cometa un delito y se halle presente el malhechor. Así como cualquier persona puede detener a un delincuente flagrante, ese juez está facultado para disponer la detención de este individuo a fin de ponerle a disposición del juez competente. (Paillas Peña, Enrique, ob. Cit.)

- Arresto y detención

Bástenos decir que el arresto y la detención no son iguales, ya que la naturaleza jurídica del arresto nace de un incumplimiento de una obligación procesal o legal, propias de la ley o resolución de un Juez, como por ejemplo el desacato o el incumplimiento de una obligación de carácter legal que tienen los testigos y peritos de declarar ante los Tribunales de justicia. Sin embargo, la detención es una medida cautelar decretada por el Juez en contra de una persona por tener fundadas sospechas de su participación en un punible como autor, cómplice o encubridor que inclusive puede ser llevado a cabo sin previa orden judicial en caso excepcionalísimos.

Con respecto a los órganos policiales, éstos se encuentran en la obligación Constitucional y legal de detener a un individuo que se encuentre en las hipótesis legales de la flagrancia, son sus estatutos respectivos en los delineamientos generales contenidos en la norma Constitucional. Debemos hacer la diferencia entre cualquier otro funcionario público y la policía, estando ambos obligados a denunciar los hechos delictuales que han tenido conocimiento so pena de incurrir en delito en su calidad de funcionario público y éstos últimos no tan sólo tienen la obligación de denunciar, sino que

además por la función propia que desempeñan, detener a todo antisocial que sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un punible.

El funcionario policial del recinto a que fuese conducido el detenido sorprendido infraganti en la comisión de un ilícito penal, que se traten de faltas, delitos o cuasidelitos que sólo autoriza la citación del mismo, por la entidad del cuasidelito, delito o falta cometida (recordemos que hay punibles que sólo autorizan la citación judicial y no detención). Debía ser puesto en libertad, intimándola para que compareciera ante el juez competente a la primera hora de la audiencia inmediata, cumpliéndose los siguientes requisitos:

a) que el detenido acredite tener domicilio conocido, o

b) que exhiba en dinero efectivo una fianza. La fianza debía ser recibida por el mismo funcionario y podía ser depositada por el propio detenido o por cualquiera persona a su nombre.

El incumplimiento de la obligación de detener al delincuente flagrante, trae aparejado diversas sanciones para aquel que está obligado a detener, en el caso de policías en incumplimiento de deberes.

La Policía, también pesa igual carga legal tiene con respecto al que sorprenda cometiendo un punible en flagrancia, debe detenerlo, si así no lo hiciere dolosamente será responsable de las penas que la prescripción legal expresa.

El Código de Procedimiento Penal, ofrecía las hipótesis de la flagrancia sintéticamente en aquellas personas que fuesen sorprendidas cometiendo un crimen o simple delito o que recién lo ha perpetrado, o que huye en los momentos en que acaba de cometerse y es señalado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice. También debe detenerse al individuo que en un tiempo inmediato a la perpetración del hecho, fuese encontrado con objetos procedentes del delito o con señales en sí mismo o

en sus vestimentas que induzcan a sospechar de su participación en él, o con las armas o instrumentos que se emplearon para cometerlo, y al que personas asaltadas o heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclaman auxilio, señalen como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

También el Código de Procedimiento Penal, permitía a la Policía proceder a la detención de individuos que se encontrasen prófugos de la justicia en las siguientes hipótesis:

a) al individuo que haya quebrantado una condena a pena corporal efectiva o bajo los beneficios de la ley;

b) al que se hubiese fugado, estando detenido antes de ser puesto a disposición del tribunal (evasión de detenido-fuga), o a aquel que se encontrare en prisión preventiva se fugare.

En igual sentido mediante la aplicación de la ley de estados antisociales la autoridad policial competente podía proceder a la detención de individuos que fuesen sorprendidos en punibles que la propia ley sancionara y quisiese prevenir.

Se ha dicho que el sistema anterior carecía de certeza jurídica en esta figura, lo cual es imposible, ya que la flagrancia se producía extra-jurisdiccionalmente, y los alcances sólo podían verificarse en la tutela jurisdiccional, cuando el detenido era presentado ante el Juez, quien podía incluso dejarlo en libertad si se consideraba su inocencia sobre los hechos, o si seguiría investigando su participación, no siendo necesaria la aplicación de una medida cautelar personal, como lo sería la prisión preventiva.

No se veía afectada la certeza jurídica, porque la tutela jurisdiccional sólo actuaba *a posteriori* de la detención por flagrancia en la comisión de un delito, y ella buscaba la seguridad jurídica, totalmente distinto a la idea de la certeza jurídica, porque la última se

alcanza y desarrolla en la sentencia, que va referida a los grados de conocimiento a los que arriba el Tribunal, a través del debido proceso de ley. La seguridad jurídica, otro principio totalmente distinto que descansa en las garantías máximas de un justo y racional proceso para aquella persona de la cual el órgano jurisdiccional respectivo ha dictado su sentencia, situación que sí se cumplía en el estatuto procesal antiguo, porque la idea del debido proceso de ley, no nació en el Código actual, sino que fue recogida por la Carta Fundamental inspirada en principios de orden Constitucional y los tratados internacionales suscritos y ratificados.

Anteriormente se diferenciaba la detención por flagrancia efectuada por un particular, a quien les exigía más requisitos para que ésta tuviese lugar y la efectuada por la Policía, en cambio en el actual estatuto procesal no se hace tal distinción explícita, sino que en el tiempo en que dure la detención antes de ser puesto a disposición del juez nos surge irremediabilmente la diferencia de quien detiene.

La consagración Constitucional de garantías individuales y los mecanismos para hacerla efectiva descansan en nuestra Carta Fundamental al describir el fin último del Estado, esto es, el bien común y la paz social que se traduce en alcanzar el máximo de desarrollo en lo espiritual y material de las personas, implicando con ello el respeto al derecho de los demás para alcanzarlo, siguiendo la interpretación sistemática constitucional en los que el constituyente nos indica como derrotero primordial "*respetar la Constitución y los Tratados Internacionales*", para finalmente en el articulado relativo a los derechos y garantías individuales o constitucionales, establecer derechos sustanciales y las garantías mínimas procesales, con respecto al derecho a la libertad y seguridad individual, entre otros, descansándose en ideas e instituciones supraleales, como lo son el debido proceso de ley, el derecho a defensa, derecho a la legalidad de las penas, igualdad ante la ley, y especialmente en relación a la consignación de la detención in fraganti en la comisión de un delito en forma excepcional, el mandato del constituyente, en atención a que la detención, se debe producir por orden de funcionario público competente y que al momento de verificarse ésta, le debe ser intimada la orden en forma legal, siendo de manera excepcionalísima que se pueda realizar tal detención sin la

orden, para el sólo efecto de ser presentado ante el Juez competente en el plazo de 24 horas.

Por lo que respecta a la procedencia de la detención, cabe señalar que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

El articulado faculta a toda persona, no haciendo la diferencia entre la Policía, Funcionarios Públicos o Particulares, todo individuo puede efectuar una detención, la pregunta es ¿cuándo se puede hacer?, la respuesta implica temporalidad y espacio, cuando sea sorprendido cometiendo un delito en flagrancia, más adelante en los articulados se expresa en números clausus, pero en hipótesis legales abiertas las situaciones en que se pueden encontrar una sujeto en delito flagrante.

Además la hipótesis legal expresa que la detención se efectúa con un fin claro, consistente para el sólo efecto de ser puesto a disposición de la autoridad judicial más próxima que es distinta a juez competente, no expresándose que ésta fuese la que en derecho es exclusiva y excluyente, esto es el juez competente (normas del Código Orgánico de Tribunales en relación a la Constitución Política del Estado, referida al Poder Judicial), por lo que el que efectúa la detención puede conducir al detenido a Carabineros, a la Policía, al Ministerio Público o Juez de Garantía, para que se inicie y active la tutela jurisdiccional sobre esta detención en flagrancia.

Con lo referente a la orden de autoridad competente es claro que se mantiene la redacción de la Constitución Política del Estado y del Código de Procedimiento Penal anterior, y no se emplean los vocablos "orden de juez competente", en razón de que existen autoridades públicas que pueden ordenar la detención, en la especie el Presidente de la República, Intendente, Gobernadores, Jefes de Plaza, y Jefes de Guarniciones, en situaciones doblemente excepcionales, referidas a estados de

excepción Constitucional como se establece en los artículo 39 a 45 de la Constitución Política de la República, y la aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado. La última de las autoridades mencionadas (jefes de guarniciones), en los casos en que se hubiesen producido hechos que ameriten la detención y que no dieran tiempo por premura y eficacia de recabar la autoridad de Juez Competente, sin correr el riesgo que esta demora traiga consecuencias jurídicas en la comprobación de los hechos y aseguramiento de responsables.

La intimación de la orden tiene su raigambre histórico en la Carta Magna de 1215, no siendo otra cosa que comunicarle a la persona del detenido las razones de la medida cautelar, quien la ordenó y el motivo, a fin de garantizar su derecho a la defensa en un debido proceso de ley.

Artículos del Código Procesal Penal referentes a la flagrancia

Los artículos referentes a la flagrancia en la comisión de un ilícito son:

1.- "Artículo 129.- Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito.

No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal.

La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las

medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas.

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención".

El artículo en comento señala diversas directrices en relación a la persona que detiene, realizándose la diferencia entre particulares y la policía, pero omite la posibilidad de la detención por funcionario público que no fuere la policía, v. g. Juez, Gendarmería de Chile o cualquier miembro de la administración del Estado o que tenga la calidad de funcionario público.

El particular que proceda a la detención, deberá poner a disposición de la autoridad que se señala en el articulado al detenido inmediatamente, lo que significa en su sentido literal a la brevedad posible, situación que juzgara la autoridad judicial en la audiencia de control de la detención, so pena de no cumplir con esta disposición declarar que la misma medida cautelar no se ajustó a la constitución ni a la ley que autoriza la detención en flagrancia, trayendo consecuencias jurídicas al particular que la llevo a cabo. No nos debemos alarmar sobre el tema, sino más bien, reflexionar que tanto que Carabineros como la Policía de Investigaciones trabajan conjunta y coordinadamente, recibiendo las órdenes de detención recabadas por el ente persecutor ante el Juez de Garantía. Además de estar plena y profesionalmente preparados para proceder con el mayor celo de la justicia ante situaciones de flagrancia y respetando las garantías básicas que la constitución y la ley aseguran a la persona del detenido, por ello es que hemos escuchado que la Policía frente al delito flagrante, lo que les interesa, es el tiempo de respuesta, esto es, desde que es denunciado el delito ante ellos y el movimiento de todos los recursos y medios a su alcance para constituirse en el sitio del suceso procediendo a la o las detenciones de los antisociales que se encuentran en las hipótesis de flagrancia, que es

el segmento más amplio del espectro comisivo u omisivo del delito que provoca mayor alarma social.

Por último con respecto a este inciso la técnica legislativa es poco feliz al omitir la diferencia existente en la entrega de la persona del detenido, si se trata de un particular, de la Policía o la autoridad pública, tiempo que son diversos, debiendo haber sido abordados conjuntamente en este inciso para un orden lógico y racional

El inciso 2) contiene la orden perentoria para la policía de proceder a la detención del delincuente sorprendido en las hipótesis de flagrancia, no amerita mayor comentario su infracción a los vertidos en párrafos anteriores. Siendo entonces interpretada a contrario sensu que los particulares no están obligados a detener al sorprendido *in flagranti* en la comisión de un delito.

Con respecto al inciso 3), éste posibilita que se produzca la detención en aquellos delitos que requiere denuncia particular previa.

En este inciso de articulado nos transporta a la acción penal pública, acción penal privada y la acción penal pública que requiere la denuncia previa de la víctima, debiéndose distinguir los siguientes tópicos:

La acción Penal Pública, otorgará siempre la posibilidad de detener al autor o cómplice del delito por particulares o miembros de la policía.

Creo que debió haberse hecho referencia a los demás funcionarios públicos que no sean policías, a lo menos con la obligación de denunciar los delitos que presencian en forma *infraganti*, situación que echamos de menos en el articulado.

La acción penal pública que requiere la denuncia previa de la víctima, otorga la facultad a la Policía de detener sin orden judicial previa, tratándose de los delitos de

violación, estupro y ciertos abusos sexuales, esto el bien jurídico protegido es la indemnidad social, aunque no se haya cumplido con el trámite del denuncia previo.

La acción penal privada, por delito en que esté comprometido solo el interés particular, no habilita para detener al infractor por parte de un particular o la Policía, como por ejemplo las injurias y calumnias.

En el inciso 4) del articulado contiene mandato legal imperativo hacia la Policía para detener en diversas hipótesis, y que sólo en una de ellas se establece la flagrancia, que es "a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas", presumiéndose la flagrancia para las demás hipótesis.

Finalmente en su último inciso trata el tema del allanamiento, el cual solamente se puede producir por parte de la policía sin orden previa en los casos en que se esté en persecución del individuo que se le hubiese sorprendido en flagrancia en la comisión de un punible o en aquellos casos en que la víctima solicita el auxilio a la Policía, encontrándose al interior o fuera del inmueble (víctima), lo mismo ocurre en los casos en que para dar protección a los testigos que soliciten auxilio se requiera violentar la esfera de resguardo, a través del allanamiento. Esta materia es del todo sensible, en atención a que nos encontramos frente a dos derechos y garantías fundamentales de rango constitucional, la libertad personal y la inviolabilidad del hogar, siendo éste último en que el allanamiento afecta vías de hecho, sin orden judicial previa, en los casos en que la disposición legal comentada lo requiere, exigencia necesaria e indispensable para poder socorrer a la víctima y a testigos, y con ello no puede haber colisión de derechos, ya que la vida, y la integridad física de las personas como bien jurídico están por sobre la libertad personal y la inviolabilidad del hogar.

El allanamiento siendo una orden judicial de entrada y registro de un domicilio implica el descerrajamiento en el caso de que éste se encuentre cerrado o sus dueños o

moradores no autoricen su ingreso, debiendo cumplirse por la vía compulsiva y materialmente descerrajando chapas y rompiendo sellos, y todo lo que a su paso obstaculice la entrada y registro del domicilio, por lo que creo que tanto Carabineros como la Policía de Investigaciones, se ha destacado positivamente como lo es habitual en sus procedimientos policiales, toda vez que su obligación no tan solo es detener al sujeto que se encuentra cometiendo un delito en flagrancia, sino que en los casos en que éste huya y se refugie en un domicilio y al interior del mismo sorprenda *in franganti* otros punibles, debe cumplir el mandato legal y detener también al o los responsables de todos y cada uno de los que sorprenda en flagrancia en la comisión de un delito. Ejemplo: en auxilio de una mujer que está siendo golpeada, solicita ayuda y Carabineros deba forzar la puerta de ingreso para socorrerla, sorprendiendo en su interior a un tercero con una cantidad importante de alucinógeno o sustancias psicotrópicas prohibidas., a otra persona llevando consigo armas de fuego sin la correspondiente autorización de porte y tenencia de acuerdo a la ley , cumpliendo con los elementos de la fragancia, en el sentido de ser ostensible, coetáneos o inmediatez al interior del inmueble, sin que hubiese requerido por el personal policial mayor registro de la casa, ya que requeriría la correspondiente orden judicial para su registro. La Policía y el Ministerio Público han empleado en forma criteriosa esta facultad, en atención a los intereses superiores que se trata de salvaguardar, como lo es la protección de las víctimas, la protección de los testigos y residualmente a estos dos ejes rectores nos queda la finalidad de la detención del antisocial que ha cometido un punible y ha sido sorprendido infraganti en el mismo.

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

a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

b) El que acabare de cometerlo;

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.”

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

Nos encontramos frente a la clasificación dogmática cristalizada en la norma legal, flagrancia verdadera y flagrancia ficta, siendo las primeras hipótesis de las letras a) y b) y correspondiendo a la concepción de ficta los literales d) y e). Siendo el inciso c) de una mixtura de ambas (verdadera y ficta), dependiendo de la observación sensorial, si no se pierde de vista al sujeto desde la comisión del punible, ejemplo: el antisocial que sale huyendo después de haber sustraído sorpresivamente una cartera a una transeúnte, o el caso del que es reconocido por la propia víctima o testigo, como el sujeto que huyó del lugar en que se perpetró el ilícito. (Acordémonos de los elementos ostensibilidad e inmediatez, no siendo en el caso sublite coetáneo).

Es necesario recordar que se ha efectuado una clasificación de la persona que comete un punible desde un punto de vista de su actuar y su motivación, encontrando las siguientes categorías: el delincuente ocasional, que es aquel que aprovecha circunstancias que le son dadas y saca provecho ilegalmente, ingresando a la esfera punible, pero que no posee antecedentes criminógenos;^[38] el delincuente por negligencia, imprudencia o descuido, estos son los autores de los llamados cuasidelitos y que en nuestro país tienen esta categoría, sólo cuando el bien afectado es la vida o la

integridad física de la persona, por ello es que no existe cuasidelito de estafa, cuasidelito de robo; el delincuente irresponsable que es distinto al anterior, en razón de su inimputabilidad(loco o demente, menor de edad); el delincuente psicópata – socio pata, requiere de un análisis psiquiátrico y psicológico, toda vez, que su actuar delictual puede deberse a un trastorno biológico importante (ej. Pérdida de masa encefálica, defecto con formación mórbida, etc.); personalidad emergente a raíz de un suceso traumático (ej. Violación reiterada en la infancia); personalidad socializada con potencialidades humanas negativas internas, encontrándolos en criminales muy gentiles en el trato, pero altamente agresivos al momento de la comisión del ilícito; el delincuente esquizoide o psico - paranoico, es uno de los más complejos, toda vez que en la comisión del punible despliega todos sus instintos retenidos, la forma subliminal de los mismos no está acorde con la homeostasis natural.[39]

En el inciso final del articulado en comentario otorga un plazo para la captura del sorprendido infraganti, el cual consiste que no se puede exceder desde la época de la comisión del ilícito a la captura más de 12 horas,[40] permaneciendo incólume el plazo constitucional de 24 horas que consigna nuestra Constitución Política de la República, para ser puesta la persona ante la autoridad competente.

II.2 Flagrancia y control de identidad

El reflejo de la tutela jurisdiccional se ve nítidamente en la audiencia de control de la detención en donde el Juez de Garantía controla si se han respetado todos los derechos constitucionales y legales que puedan haberse visto involucrados y afectados en la detención de la persona sorprendida en la comisión de un punible en flagrancia, realizando todas las consultas del caso en la misma audiencia y allegándose en la misma el máximo de antecedentes para justificar la detención, informe policial, declaración de testigos o de víctimas, pericias (informe de lesiones, informe ginecológico). Acordémonos que éstos son simples antecedentes, no son medios probatorios en esta etapa procesal, pero estos permiten al Juez de Garantía tomar una decisión en lo referente a la detención

en flagrancia en la comisión de un ilícito. Si pudiésemos secuenciar la audiencia, la primera etapa sería:

1) Declarar si la detención se encuentra ajustada a derecho, en esta misma sede se puede dar que se reclame por el defensor y se pida reposición verbal sobre la decisión del juez, y en caso de no ser acogida, se deduzca recurso de apelación sobre la misma, el cual tiene que ser por escrito y dentro de los plazos legales (5 días).

También puede ocurrir que el Juez de Oficio en virtud de que detenta la tutela jurisdiccional en forma exclusiva y excluyente puede declarar que la detención no se ajusta a derecho, sin que modestamente creamos se deba agigantar una situación excepcional, sino por el contrario, sentirnos orgullosos de que las instituciones (Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Ministerio Público) funcionan con pleno respeto de las garantías y derechos individuales de las personas, y no exagerando sobre un procedimiento particular, policial o del Ministerio Público, relacionado con la flagrancia, que fuese resuelto que no se ajustó a derecho, porque el órgano jurisdiccional es por antonomasia el encargado de súper vigilar que se respeten garantías y derechos.

2) Se declare ajustada a derecho la detención y se formalice la investigación en contra del detenido imputado, sin que el defensor realice ningún reparo sobre la detención ni menos la realice su representado, reservándose su derecho constitucional de guardar silencio amparado en el principio de inocencia

Se deberá discutir sobre la aplicación de una medida cautelar personal o real dependiendo de la aplicación del art. 139 a 155 del Código Procesal Penal.

3) Con lo relacionado a los antecedentes que se hubiesen obtenido y recogido a raíz de la detención en flagrancia declarada no ajustada a derecho, concordamos plenamente con la opinión del insigne Juez de Garantía don Adolfo Cisterna Pino, a la época de la elaboración de su obra,[41] que no pueden hacerse valer tales antecedentes, toda vez, que tienen su origen en un procedimiento no ajustado a derecho, pero tenemos

que tener en consideración que la disposición legal del artículo 132 inciso final del Código Adjetivo Penal, establece que no existe cosa juzgada con respecto a la solicitud de exclusión de prueba de aquellos antecedentes que se hubiesen hecho valer en la primera audiencia del detenido en que se hubiese declarado ilegal la detención.

Entonces debemos concluir que por disposición expresa no se declara la ilegalidad de los antecedentes, sino que éstos deben pasar por el filtro del Juez de Garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral si se reclamase sobre estos antecedentes a través de la solicitud de exclusión de prueba.

4) Finalmente concordamos con el mencionado autor del párrafo anterior, en que ni por principio de economía procesal, concentración o defensa letrada pueda en la misma audiencia que fue declarada la detención no ajustada a derecho, formalizarse la investigación, sino que debe agendarse una nueva audiencia para verificar la formalización de ésta, en atención a que dicha actuación procesal no es de poca importancia, sino que marca un hito procesal crucial para el investigado, que adquiere la calidad de imputado en derecho con la primera actuación, la que en esta sede fue de carácter policial. En esta sede en que la medida intrusiva de detención en flagrancia declarada no ajustada a la legalidad, trae como consecuencia la pérdida de la calidad procesal de imputado (artículo 7 inciso 2 del Código Procesal Penal), por lo que en ésta , se puede citar a la persona para que concurra en un día y hora determinado para la formalización, toda vez que la audiencia de control de detención nunca ha sido nula, y es una actuación jurídico procesal válida para citarlo con la debida anticipación, habiéndose ya consignado su nombre completo y domicilio.

Se ha producido una discusión entre dos grandes académicos y referentes de pensamientos jurídicos chilenos, me refiero a José Luis Cea Egaña y Emilio Pfeffer Urquiaga, en torno hacia si el Ministerio Público por sí y ante sí puede dejar sin efecto una detención por flagrancia antes de ser judicializada, encontrando el ente persecutor que no hay mérito para mantener a una persona privada de libertad en relación a los hechos por los cuales fue detenido en flagrancia.

Este autor, coincide plenamente con el Constitucionalista Sr. Cea Egaña, en razón de que por antonomasia quien ejerce la tutela jurisdiccional es el Tribunal, y violentado un derecho constitucional con o sin justificación quien debe decidir son los tribunales de la República por mandato constitucional y legal, ya que el ente persecutor no posee facultades jurisdiccionales.

La institución del control de identidad y la detención en la comisión de delito flagrante son de naturaleza jurídica y finalidades distintas, toda vez que la primera de ellas nace del procedimiento policial tendiente a identificar a la persona que es controlada y que se encuentra en las situaciones contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, esto es, que se estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad, por lo que una vez cumplido este objetivo y sin que exista órdenes de detención pendientes se agota la actuación policial, teniendo un plazo máximo de duración de 8 horas de acuerdo a la disposición del artículo 85 inciso 4 del mismo cuerpo legal, para los efectos de identificar al controlado, si éste no exhibiese o acreditase su identidad cuando le es solicitada o cuando le son dadas todas las facilidades para se identifique, debiendo entonces procederse en conformidad a la disposición legal antes citada a tomar sus huellas dactilares para el solo efecto de su identificación y una vez realizada esta operación queda concluido el control de identidad.

Creemos que la facultad que tiene y posee Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, se encuentran consagradas sus directrices generales en la propia Constitución Política de la República en su Capítulo XI, referentes a Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, toda vez que no tan sólo existen estas instituciones para dar eficacia al Derecho, sino que también como lo preceptúa el articulado 101 inciso 2) de la Carta Fundamental para garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas, por lo que la labor de

control de identidad es netamente una actuación policial, que se radica por antonomasia en los cuerpos de Orden y Seguridad, correspondientes a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, facultando esta directriz para llevar a cabo su labor de carácter profesional, por ello que la disposición antes indicada en su inciso final como el artículo 102 inciso 1) se refieren a ellos como cuerpos profesionales y hacen referencia a la incorporación a sus respectivas instituciones, lo que se ve reflejado en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

Entonces concluimos que el control de identidad nace de labor policial, encomendada por la Constitución Política del Estado a Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones para mantener el orden y seguridad pública, y cuya naturaleza inmediata es preventiva e investigativa, la primera de ellas se manifiesta en el mandato constitucional de mantener la seguridad pública y la investigativa se materializa en la identificación de la persona que se encuentra en los presupuestos del artículo 85 que insistimos una vez agotada esta labor concluye dicha etapa con la identificación del controlado.

En la actuación del control de identidad puede que surja la detención por flagrancia en virtud de que el controlado se encuentre en las hipótesis del artículo 129 y 130 del Código Procesal Penal, debiendo darse cuenta de dicha actuación al Ministerio Público.

Finalmente por la labor profesional de la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, por seguridad y orden público, en cumplimiento del mandato legal del artículo 85 del Código Adjetivo Penal, estas instituciones policiales pueden examinar sin necesidad de nuevos indicios, las vestimentas, equipaje o vehículos de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle.

En segundo término, la detención por flagrancia en la comisión de un punible tiene por objeto, privar de libertad a un sujeto que se encuentre en las hipótesis del artículo 129 y 130 del Código Adjetivo Penal, para el sólo efecto de ponerlo a disposición de la

autoridad competente, su naturaleza no es otra que de medida cautelar personal y a simple vista el origen normativo se encuentra en la Carta Fundamental y Código Procesal Adjetivo.

La detención por flagrancia, jamás dará origen a la actuación de control de identidad por la propia naturaleza cautelar y no investigativa sobre la persona del flagrante.

La libertad personal es un derecho que posee todo ser humano y que le permite ir y venir de un lugar a otro, es decir desplazarse sin ningún tipo de restricciones salvo las causas previstas en nuestro ordenamiento jurídico y en la Constitución Política del Estado a fin de proteger otros derechos de igual relevancia.

A una persona se le puede privar de su libertad cuando ésta ha cometido un delito y ha sido sorprendida en flagrancia por la autoridad policial o por un particular (Arresto ciudadano); asimismo se puede dar el caso que gozando de una comparecencia simple o restringida el Juez dicta durante el proceso la medida coercitiva personal de detención por cuanto existe peligro de fuga u obstaculización del proceso, por tanto podemos decir que el Estado no permite la persecución injusta de una persona ni mucho menos una inadecuada privación de su libertad sino que ampara su decisión en ciertos criterios establecidos en el ordenamiento jurídico; y es así, como el nuevo modelo procesal penal se caracteriza por salvaguardar los principios básicos de un proceso penal que respeta los derechos humanos y protege la seguridad ciudadana.

Para Jorge Rosas Yataco, *"la detención es la privación de libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso, y recibirse su declaración, cuando se aprecie que no obedecerá la orden de citación o intentará entorpecer la investigación"*. (Manual de Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal. Primera Edición. Lima, Mayo del 2009. Jurista Editores E.I.R.L., Pág. 447).

CAPÍTULO III

Diversas formas de detención

Arresto ciudadano

Toda persona puede proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva, pero tiene la obligación de entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.

Como lo hemos mencionado anteriormente el modelo procesal penal autoriza a un particular aprehender a un sujeto cuando éste se encuentre realizando una conducta delictiva (flagrancia) evitando de esta manera que pueda huir del lugar, lo cual considero de gran importancia para aquellos lugares donde no existe Comisarias y las autoridades policiales se ven impedidas de actuar inmediatamente cuando se perpetra un delito, además que esta nueva figura constituye un acto de apoyo para la Justicia siempre y cuando no se cometan abusos.

III.1 Efectos de la fuga de un centro de detención preliminar.

Esto se presenta cuando el sujeto activo es capturado, posteriormente es conducido ante el Ministerio Público y cuando se están realizando las investigaciones, en un descuido se logra fugar del lugar.

En el supuesto anterior, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento.

La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecutará de inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias podrá ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos estos casos la comunicación deberá contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado anteriormente.

Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitados.

La Motivación del auto de detención deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables.

III.2 Concepto de flagrancia

Flagrancia viene de “flagrar” que significa literalmente “estar ardiendo” brillar, estar flameante, incandescente lo aplicado figurativamente a un acontecimiento o hecho, nos da la idea de que el asunto está, en pleno desarrollo. De esto justamente se trata, pues cuando hablamos de delitos flagrantes cualquier diccionario o manual de derecho que se consulte, siempre nos lo definirá como aquellos que se están cometiendo o acaban de cometerse, pero esto no es suficiente falta añadir “al momento de intervenir las autoridades o los particulares”.

La definición de flagrancia podría mejorarse así:
“Será delito Flagrante aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse.”

De lo dicho surgen una serie de problemas en cuanto al modo de constatación de la existencia del delito en este sentido, es cuando conviene recordar las enseñanzas de los penalistas clásicos sobre la flagrancia a los efectos de saber qué es, cómo se manifiesta y cómo puede ser probada. Los doctrinarios de la dogmática penal establecieron claramente la existencia de tres tipos de flagrancia. La flagrancia presunta la cual presenta dos modalidades:

a) Flagrancia presunta a priori

Entendida como: la situación en que se encuentra una persona, que hace presumir a las autoridades o público que se dispone a cometer un delito a juzgar por el lugar donde se halla, o por las herramientas o instrumentos que pudiere portar.

La flagrancia presunta es pues una sospecha más o menos fundada. Por esta razón y por el indudable hecho de que la doctrina moderna del derecho penal se inclina por la no punibilidad de los actos preparatorios, los ordenamientos procesales penales democráticos no contemplan la flagrancia presunta como causa de origen de un proceso penal y solo los estados comunistas o fascistas la han considerado como índice de peligrosidad delictual, que puede conducir a la aplicación de medidas de seguridad, advertencias policiales, reseña del sospechoso.

b) La flagrancia presunta a posteriori.

Consiste en la detención de una persona con instrumentos o cosas provenientes del delito, tiempo después de haber cesado la persecución. En este caso podría presumirse la participación del detenido en el hecho del que provienen los bienes que se encontraron en su poder. Esta figura es muy cuestionada hoy día, porque lo único

flagrante es la posesión de objetos provenientes del delito, en tanto que la participación del aprehendido en el delito principal debe ser probada por la fiscalía, ya que presumir su participación violaría principios fundamentales del procedimiento penal como el *indubio pro reo* y la carga de la prueba del acusador (principio acusatorio)

La flagrancia real (*in ipsa perpetratione facinoris*) que es la captura e identificación del delincuente en plena comisión del hecho, bien que lo haya consumado o que resulte frustrado o desistido. Esta es la verdadera flagrancia y de ahí su nombre.

La flagrancia *ex post facto* o cuasi flagrancia, que es la detención del sujeto, perfectamente identificado o identificable, inmediatamente después de haber cometido el delito, como producto de una persecución ininterrumpida de las autoridades o del público, que no le hayan perdido de vista. Es bueno aclarar que el COPP, como ordenamiento procesal de avanzada y moderno, acoge la flagrancia real, la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta *a posteriori*, pero no la flagrancia presunta *a priori*. Tal como puede evidenciarse del contenido del artículo 248.

c) Doctrina concepto de flagrancia

1.- JOAQUIN ESCRICHE: señala el autor: "*Denomínase así el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba. Flagrante es participio activo del verbo flagar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le comprende en el mismo hecho, como en el acto de robar o con las cosas robadas en el mismo lugar que se ha cometido robo, o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato. Todo delincuente puede ser arrestado en flagrante, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez...*" (Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1991. Pág. 266)

MARIA INES HORVITZ LENNON y JULIAN LOPEZ MASLE no definen la detención por flagrancia, sin embargo, señalan *"es una forma de detención que, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso público. Nada obsta, sin embargo, a que pueda realizarse por la policía en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento de su propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro..."*

RUBEN ROMERO MUZA expresa en su texto *"Los criterio definitorios de la flagrancia, por la escasa doctrina que ha examinado en detalle la materia, son en general los de "evidencia" e "inmediatez", o bajo una denominación similar los de "ostensibilidad" y "coetaneidad o inmediatez", caracterizaciones definitorias que han tenido efectiva recepción en la jurisprudencia de los tribunales. La coetaneidad caracteriza al delito que se está actualmente cometiendo; la inmediatez refiere, por su parte, al que acaba de ser cometido. De este modo, el sujeto es detenido in fraganti cuando está cometiendo ahora mismo el delito, o cuando sólo ha transcurrido un instante desde que lo cometió, de modo que su detención ocurre al instante, enseguida o sin tardanza" .*

ADOLFO CISTERNA PINO, el autor señala *"La palabra flagrante viene del latín flagrans – flagrantes, participio del presente del verbo flagare, que significa "arder o quemar como fuego o llama", de tal modo que delito flagrante es- siguiendo esta imagen o metáfora- aquel que resplandece, salta a la vista, que es groseramente vistoso y ostensible."*

LUIS M. URIARTE VALIENTE Y TOMÁS FARTO PIAY, autores españoles que señalan en su texto la definición legal. *"De acuerdo al artículo 795.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma del 24 de octubre de 2002 (Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002), señala que "se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere*

mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente infraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.”

FLAGRANCIA: (del verbo flagrar, arder) es, en Derecho penal, la forma mediante la cual se hace referencia a aquel delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante.

La distinción es por tanto una cuestión de oportunidad y tiempo, dado que se refiere al momento en el cual el delito se está cometiendo.

El concepto de flagrante tiene que ver con la inmediatez del delito. El hecho que un delito sea o no flagrante tiene importancia en dos ámbitos del derecho:

Por un lado, cuando se captura a un delincuente in flagrante delicto o infraganti (correcto sería inflaganti), la autoridad ha podido comprobar en persona cómo se estaba cometiendo, por lo que es mucho más fácil probar en un procedimiento penal la culpabilidad del acusado.

En segundo lugar, en Derecho existen ciertas excepciones para aquellos casos en los que alguien se encuentra in flagrante delicto. Si bien en ocasiones es necesario llevar a cabo una serie de procedimientos procesales a la hora de efectuar ciertas acciones policiales, en casos de delito flagrante dichos procedimientos pueden exceptuarse, con la finalidad de evitar que el delito se consume.

La palabra flagrancia puede tener distintos significados, dependiendo de la legislación de cada País o de cada Estado, en el caso de México el significado de

flagrancia lo puedes encontrar en el Código Federal de Procedimientos Penales, más específicamente en el capítulo IV Artículo 193 que a la letra dice:

“Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad,

o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.”

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho

III.2.1 La detención en flagrancia en México.

Es importante para todos los mexicanos conocer sus Derechos Humanos y Garantías Individuales concebidas en nuestra Carta Magna, para poder tener los argumentos jurídicos necesarios para no permitir arbitrariedades e injusticias que puedan llegar a provocar las fuerzas del orden público, llámese policías municipales, estatales, federales, navales o militares (navales y militares porque en México se encuentra establecido un acuerdo de colaboración con las instituciones de defensa por el grado de inseguridad que acechó a nuestro país).

La flagrancia en México está en mismos términos que los Tratados Internacionales, y se entiende como flagrancia cuando la persona es detenida por cualquier persona en el momento de estar cometiendo el delito o detenido cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito; o cuando tenga en su poder objetos o instrumentos productos del delito o cuando hayan indicios de que hagan presumir que intervino en el mismo.

Es decir, cuando el autor del delito lo esté cometiendo y/o trate de huir y lo sigan inmediatamente después de ejecutado el delito sin perderlo de vista, o en su defecto que todavía traiga consigo elementos que comprueben que participó en la comisión del delito, debiendo existir algún testigo del hecho o víctima.

De no haber realizado la detención en el momento o durante la huida, ya no se puede detener sin alguna orden de aprehensión de por medio.

La flagrancia se encuentra fundada en el artículo 238 del Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Existe en México otro supuesto que es la cuasi flagrancia, pero esta no es parte de Tratados Internacionales, ni se encuentra definida totalmente en nuestra legislación. Para que se cumpla esta figura jurídica menciona la ley ciertos requisitos, entre ellos se justifica por la urgencia. (Art.239 del CPP del Estado de Veracruz)

- Situación jurídica

Si se realiza la consignación ante el juez con detenido, la autoridad deberá ratificar ante el juez, si menciona que no fue con flagrancia, se suelta y debe de solicitar la orden de aprehensión; el problema es que las pruebas que se valoraron fueron declaradas ilícitas por la detención que no fue con flagrancia, por lo cual queda libre y sin pruebas para juzgarlo.

Hay que imaginarnos si esa persona al momento de su detención iba con armas exclusivas para uso del ejército o drogas, las supuestas pruebas que lo acompañaban se vuelven pruebas ilícitas, saliendo libre con una gran carga de conciencia para el juzgador.

Por lo anterior, la autoridad no debe detener a persona alguna sin orden de aprehensión o sin flagrancia en la comisión de algún delito. No es lo mismo detener por creer que es sospechoso por ver su apariencia a detenerlo porque se le ve un bulto en la ropa con apariencia de arma, o si se percataron que traía armas dentro del vehículo antes de detenerlo, o si pudieron percatar por su sentido del olfato que olían a marihuana antes de la detención, en esos casos, si es válida la premisa de flagrancia, porque se percató

por medio de los sentidos que en ese momento se está cometiendo un delito.

Bajo esta premisa, si te detiene en la calle alguna autoridad preventiva para revisión de rutina, por parecerles que es una persona sospechosa, están lesionando las garantías individuales de los mexicanos, pero si te detienen porque hueles a droga o se te ven partes extremas de un arma en la ropa, estás en problemas.

Lo anterior se encuentra sustentado y fundamentado en nuestra Carta Magna:

Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El alcance de este primer párrafo del artículo en mención, es tan importante y poderoso para la libertad de todas las personas que vivimos en nuestro bello país, que rebasa los abusos de autoridad que pueden llegar a provocar autoridades por falta de conocimiento o abuso, evitando se realicen detenciones arbitrarias.

- Detención en un retén.

No es menos importante comentarles, que en un retén no es la misma premisa para los juzgadores de la Suprema Corté de Justicia, es decir, parten de un análisis un poco más complejo, mencionan que los retenes son creados por la inseguridad que vive nuestro país, y por lo consiguiente se colocan sobre una vía de comunicación, un camino o paso, y que si el ciudadano quiere pasar al otro lado del camino, seguirá avanzando por la vía de comunicación, debe acceder de manera voluntaria a que la autoridad preventiva revise su vehículo, y al momento de que le llegarán a encontrar armas o drogas, se puede decir que lo detienen en flagrancia, por estar cometiendo un delito (portación de armas de uso exclusivo del ejército o narcóticos); con lo cual sí se tendrían los elementos suficientes para consignarlo. Si quiere pasar, se debe someter, es un

consentimiento de que le revisen, aceptando las consecuencias, hay una permisión tácita, está legitimada.

No está totalmente definido, pero es una manera de justificar la seguridad y la detención, y por consiguiente, como si es en flagrancia, las pruebas sí son lícitas.

Lo pertinente es, si se encuentran con un retén por el camino trayendo consigo algo por lo que saben que pueden ser detenidos, dense la vuelta, porque si pasan deberán detenerse voluntariamente, y ya saben que el que busca encuentra, o el que nada debe nada teme, depende en que premisa te encuentres.

- Allanamiento de morada.

Otro caso de flagrancia es cuando se está cometiendo un delito en un domicilio particular. En caso de que la autoridad preventiva tenga conocimiento que se está realizando un delito, puede hacer uso de la fuerza pública para penetrar a su interior, sin necesidad de una orden de cateo. A contrario sensu, si no tiene la certeza de que en su interior este en proceso un delito, no puede acceder al domicilio.

Ahora bien, dentro de los elementos considerados como prueba para corroborar que en su interior se está cometiendo un delito, puede permitirse la observación de las cámaras de seguridad del lugar, con autorización de la autoridad federal.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES.

Confusiones e imprecisiones conceptuales

Análisis sobre la modificación al párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional.

Con la Reforma constitucional del sistema de justicia penal se modificó, entre otros, el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional.

En su anterior redacción el citado párrafo indicaba: *“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”*

A partir de junio de este año dicho párrafo cuarto establece: *“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”*

Mucho se ha debatido en relación a la reforma citada. En primer lugar, se ha dicho que con ella se cambia el concepto constitucional de flagrancia. Por otro lado se arguyó que la reforma buscaba reducir los casos de detención sin orden judicial a sólo ciertos supuestos de flagrancia (vg. flagrancia strictu sensu y cuasi-flagrancia) y ello motivado por la necesidad de evitar el uso excesivo de la misma¹. Por último, se han planteado diversos interrogantes en relación al registro de detención, por ejemplo: qué autoridad llevará dicho registro, que deberá entenderse por inmediato, qué contenido tendrá dicho registro, entre otros.

No es objeto del presente comentario realizar un análisis de las intenciones que tuvo el legislador al reformar el párrafo cuarto del artículo 16 constitucional; tampoco es nuestra pretensión estudiar lo atinente al registro de detención. Nos avocaremos así al análisis del citado párrafo constitucional a la luz del concepto de flagrancia, para así poder estudiar las incidencias que tiene y debe tener en el mismo.

El índice de detenciones en flagrancia es sumamente alto, y por mucho, superior a las detenciones efectuadas mediante orden de aprehensión. A modo de ejemplo, en el Estado de México, durante el 2005 hubo 44,504 detenciones en flagrancia (cerca del 83.4% de su total de detenciones), mientras que sólo 8,849 personas fueron detenidas por orden de aprehensión. Esto significó que por cada persona detenida mediante orden de aprehensión cerca de cinco personas fueron detenidas por flagrancia.

IV.1 El concepto de flagrancia en la actual regulación secundaria

Inicialmente hemos de señalar que la actual regulación secundaria de la flagrancia sufre graves deficiencias. Siendo que existen 33 códigos procesales, para realizar el análisis pertinente, nos basaremos en la prescripción que establece el actual Artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual, textualmente dice:

“Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre

y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito. En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa. La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad. De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.”

De la simple lectura del citado artículo surgen las confusiones en que incurre el artículo, como algunas imprecisiones terminológicas:

a) Confusiones e imprecisiones conceptuales

b) Detención versus flagrancia

La citada disposición en su texto confunde la “consecuencia” con la “causa” que la genera; en otras palabras, confunde la detención con aquello que motiva la misma. Ello es así, dado que, sabido es que, la facultad de detener sin orden judicial a un individuo deriva del supuesto normativo de flagrancia. Dicho con un ejemplo: a veces el sujeto es sorprendido en el momento mismo en que está cometiendo un delito (robo de mercancías en un almacén) o inmediatamente después; a esto normativamente lo denominamos “flagrancia”. Ahora bien, siendo ello así y por esta razón, es decir, por haber sido encontrado en dichas circunstancias, el sujeto puede ser detenido en ese instante y sin orden judicial; recién entonces estaremos en un supuesto de detención por caso de flagrancia.

Por lo tanto, constituye un error el identificar de manera necesaria el concepto de “detención” con el de “flagrancia”. Así pues, no es correcto definir la flagrancia como

aquella situación en la que alguien “es detenido en el momento de estar cometiendo el delito”; lo propio sería decir que habrá flagrancia cuando alguien es sorprendido en el momento de estar cometiendo un hecho aparentemente delictivo.

“Delito” versus “hecho aparentemente delictivo”

El artículo en cuestión (como así sus símiles de las legislaciones locales) hablan de “delito” y no de hecho aparentemente delictivo. Esto, en sí, es un error. En primer lugar porque al momento de constatarse la flagrancia no se puede saber a ciencia cierta (es decir, desde la perspectiva penal) si lo que acontece es o no un delito, en la justa expresión de su sentido. Por ello, incorporar a la descripción de flagrancia dicho concepto (delito) importa no sólo un error, sino una exigencia de constatación tan alta que resulta imposible de cumplimentar, y por ende, vuelve letra muerta la expresión referida, dando vigencia a la expresión que proponemos. En otras palabras, lo que puede y debe constarse es si en el momento se está llevando adelante un acto aparentemente delictivo, o si éste se acaba de cometer.

Por otro lado, establecer que el indiciado se encuentra “cometiendo un delito” presenta la idea de que sólo se puede realizar un delito en modo de acción –lo que supone la eliminación de las posibilidades de omisión-.

IV.2 Propuestas de modificación

Con la intención de esclarecer las imprecisiones y confusiones anteriormente señaladas, sugerimos en varias oportunidades la modificación del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe señalar que el Grupo jurídico de ESCI, tras realizar varios estudios y diagnósticos, concluyó que era necesario realizar ciertas modificaciones al código penal y procesal penal, entre otras. Particular importancia tenía la propuesta de modificación al artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, propuesta que buscaba

corregir las imprecisiones y errores conceptuales que ut supra señalamos, al mismo tiempo que sugería plasmar expresamente la posibilidad de que la flagrancia fuera percibida con el auxilio de medios técnicos.

Dicha propuesta fue presentada como iniciativa de la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables en abril de 2008. La misma, entre otras reformas plantea la modificación del mencionado artículo, para quedar como sigue:

“Artículo 193. ...

I. El indiciado es sorprendido en el momento de estar participando del hecho delictivo;

II. Inmediatamente después de ejecutado el hecho delictivo, el indiciado es perseguido materialmente, o... La flagrancia debe ser percibida de modo previo a la detención, ya sea mediante el alcance normal de los sentidos o con auxilio de medios técnicos. En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si se acredita la razonabilidad y legalidad de la detención, están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad; o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa. La violación a lo dispuesto en el presente artículo hará penalmente responsable a quien detenga arbitrariamente o decrete la indebida retención del indiciado. La persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad. De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la investigación correspondiente, si aún no lo ha hecho.”

Posteriormente, algunas de las objeciones formuladas fueron tenidas en cuenta en la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal el 18 de septiembre de 2008. En la misma, no sólo se establece la distinción entre flagrancia y su consecuente detención, sino que además contempla expresamente la posibilidad de que la percepción de la flagrancia se realice a través de medios técnicos. A saber, la propuesta sugiere la siguiente redacción:

“Artículo 193. Cualquier persona podrá detener al indiciado:

I. En el momento de estar cometiendo el delito;

II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito, o

III. Inmediatamente después de la comisión del delito, cuando sea señalado por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con él en la comisión del delito o cuando existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en él. El indiciado deberá ser puesto sin demora a disposición de la autoridad competente, conforme al artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución. La flagrancia puede ser percibida de manera directa por los sentidos o con auxilio de medios tecnológicos. La detención por flagrancia deberá ser registrada de inmediato por la autoridad competente.”

Con el propósito de tener una mejor visión del tema tratado, precisa exponer el siguiente caso real y la resolución de un amparo directo.

A) El recurrente aduce que incorrectamente, el Tribunal Colegiado consideró que el artículo 106 del Código de Procedimiento Penales de Baja California al extender de cuarenta y ocho a setenta y dos horas el término para considerar que se actualiza la flagrancia en un delito grave cumple con el artículo 16 constitucional, ya que este no limita el tiempo en que puede operar la flagrancia delictiva; cuando que lo dispuesto en el numeral impugnado contraviene el derecho humano consagrado en dicho dispositivo consiste en la “puesta inmediata del inculpado”, es decir, este supuesto se refiere única y exclusivamente cuando se sorprende a una persona en el momento mismo del hecho o bien durante su persecución material inmediata posterior.

B) Asimismo, alega que el Órgano Colegiado en forma incorrecta aplicó el artículo 106 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California, pues el término que medio entre la puesta a

disposición ante el Agente del Ministerio Público y su detención fue de nueve horas con doce minutos sin que existiera razón que justificara esa dilación.

Aunado a lo expuesto, señaló que la dilación indebida, existe cuando sin existir motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continua a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad competente para definir su situación jurídica; además de que tales motivos razonables únicamente pueden tener como origen impedimentos fácticos reales y comprobables (como la distancia que existe entre el lugar de la detención y el lugar de la puesta a disposición), y estos motivos deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades.

En concepto del recurrente, lo anterior implica que los Agentes de Policía no pueden retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público, a fin de ponerlo a disposición, donde deben desarrollarse las diligencias e investigación pertinentes e inmediatas, que permitan definir su situación jurídica de la cual depende su restricción temporal de la libertad personal, de ahí que manifiesta que no pueden simplemente retener a un individuo con la finalidad de obtener su confesión o información relacionada con la investigación que realiza, para inculparlo a él o a otras personas, alegando que no son las horas ni los minutos los elementos que se deben tomar en cuenta a fin de tener por consumada la violación, sino la justificación o motivos por los que la autoridad retiene al detenido.

C) Por otra parte, el recurrente aduce que el órgano judicial debió realizar un examen estricto de las circunstancias que acompañan al caso, desechando cualquier justificación que pueda estar basada en la búsqueda de la verdad o en la debida integración del material probatorio y, más aún, aquéllas que resultan inadmisibles a los valores subyacentes en un sistema democrática, como serían la presión física o psicológica al detenido a fin de que acepte su responsabilidad o la manipulación de las circunstancias y hechos objeto de la investigación.

D) También, aduce que no se acreditó que las razones en que se basó la detención fueran verdaderas, toda vez que no se demostró que se tratara de un caso urgente o que hubiera riesgo fundado de que se pudiera sustraer de la acción de la justicia, por lo que manifestó que la facultad de detención cuando se trate de delitos graves, es únicamente del Ministerio público y no de las policías locales, aunado a que no se precisó momento a momento la persecución que efectuaron los agentes, sin que se hubiera perdido de vista a los participantes del robo, para poder justificar alguna hipótesis de flagrancia, de ahí que estimó que es evidente que se le haya vulnerado la garantía de libertad personal.

CUARTO. Los agravios resumidos en el inciso A) relativos a que incorrectamente el Tribunal Colegiado declaró constitucional el artículo

106, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, no obstante que transgrede el artículo 16 constitucional, es fundado por lo siguiente:

A fin de poner de manifiesto lo anterior, es menester señalar lo que el artículo 16 constitucional, párrafo tercero, posterior a la reforma constitucional del dos mil ocho, establece;

“Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento

(...)

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

(...)”

Del texto transcrito se advierte que el tercer párrafo del artículo 16 constitucional, establece –entre otros aspectos– que cualquier persona puede detener al indiciado siempre y cuando ello suceda:

- a) En el momento en que esté cometiendo un delito.
- b) Inmediatamente después de la comisión del delito.

Lo anterior, se refiere a la posibilidad de realizar detenciones en flagrancia como una de las excepciones a la regla general consistente

en que la libertad personal no puede afectarse salvo a través de la orden de aprehensión dictada por la autoridad competente.

El primero de los supuestos antes precisados prevé que habrá flagrancia cuando se sorprenda a una persona durante la comisión misma del delito.

Por su parte, la segunda hipótesis dispone que, también exista flagrancia cuando se detenga al probable responsable en el momento inmediato posterior a la comisión del delito.

Para determinar los alcances de la expresión “*inmediatamente después de la comisión del delito*” contenida en el párrafo tercero del artículo 16 Constitucional, es conveniente buscar si existe algún elemento en su proceso de creación que permita conocer cuáles fueron las causas y los fines que llevaron al Constituyente a establecer la restricción en comento, lo que implica acudir a su interpretación causal y teleológica.

Para ello, se transcribe la parte conducente del dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados:

“Definición de flagrancia

El concepto de flagrancia en el delito, como justificación de la detención de una persona, sin mandato judicial, es universalmente utilizado, sólo que el alcance de ese concepto es lo que encuentra divergencias en las diversas legislaciones. Es aceptado internacionalmente que la flagrancia no sólo consiste en el momento de la comisión del delito, sino también el inmediato posterior, cuando se genera una persecución material del sujeto señalado como interviniente en el delito, de manera que si es detenido en su huida física u ocultamiento inmediato, se considera que aplica la flagrancia y por tanto, se justifica la detención.

Este alcance de la flagrancia no genera mayores debates, pero existe otra visión de la citada figura, que es la conocida como flagrancia equiparada, consistente en la extensión de la oportunidad de detención para la autoridad durante un plazo de cuarenta y ocho o hasta setenta y dos horas siguientes a la comisión de un delito calificado como grave por la ley, y una vez que formalmente se ha iniciado la investigación del mismo, cuando por señalamiento de la víctima, algún testigo o participante del delito, se ubica a algún sujeto señalado como participante en el ilícito penal, o se encuentran en su rango de disposición objetos materiales del delito u otros indicios o huellas del mismo, situación que los legisladores secundarios han considerado como

justificante para detener a la persona sin orden judicial, y retenerlo para investigación hasta cuarenta y ocho horas, antes de decidir si se le consigna al juez competente o se le libera con las reservas de ley.

Si bien se entiende que la alta incidencia delictiva que aqueja a nuestro país ha generado la necesidad de nuevas herramientas legales para la autoridad, de manera que pueda incrementar su efectividad en la investigación y persecución de los delitos, se estima que se ha incurrido en excesos en la regulación del concepto de flagrancia, al permitir la referida flagrancia equiparada, toda vez que posibilita detenciones arbitrarias por parte de las autoridades policiales, sólo tiene el alcance al momento de la comisión del hecho y el inmediato siguiente, cuando se persigue al indiciado.

Bajo esta premisa, se juzga adecuado explicitar el concepto de flagrancia, señalando su alcance, que comprendería desde el momento de la comisión del delito, es decir el iter críminis, hasta el período inmediato posterior en que haya persecución física del involucrado. Consecuentemente, el objetivo es limitar la flagrancia hasta lo que doctrinariamente se conoce como 'cuasiflagrancia', a fin de cerrar la puerta a posibles excesos legislativos que han creado la flagrancia equiparada, que no es conforme con el alcance internacionalmente reconocido de esta figura.

Lo expuesto se justifica si consideramos que el espíritu de la reforma es precisar a todos los habitantes del país los casos en que pueden ser detenidos por cualquier persona, sin tener una orden judicial y sin una orden de detención por caso de urgencia expedida por la autoridad administrativa, con la finalidad de no dejar resquicios para posibles arbitrariedades, más aún cuando se ha incrementado la posibilidad de obtener una orden judicial de aprehensión al reducir el nivel probatorio del hecho y de la incriminación.

En ese orden de ideas, se determina procedente delimitar el alcance de la flagrancia como justificante de la detención del involucrado en un hecho posiblemente delictivo, de forma que sólo abarque hasta la persecución física del indiciado inmediatamente después de la comisión del hecho con apariencia delictiva.”

(Subrayado añadido)

De la cita que antecede, se advierte que el Poder Reformador de la Constitución consideró que el concepto de flagrancia en el delito es universalmente empleado como justificación a la detención de una persona sin mandato judicial, pero que el punto de divergencia en las distintas legislaciones es su alcance respecto del momento en que ésta puede ocurrir.

Además, señaló que respecto de los diversos momentos en que puede realizarse la detención, doctrinariamente se hacen las siguientes diferencias:

- a) **Flagrancia:** Durante de la comisión del delito.

- b) **Cuasiflagrancia:** Momento inmediato posterior al en que se cometió el delito, cuando se genera una persecución material del sujeto, es decir, en su huida física u ocultamiento inmediato.

- c) **Flagrancia equiparada:** Durante un plazo de cuarenta y ocho o hasta setenta y dos horas siguientes a la comisión de un delito calificado como grave por la ley, y una vez que formalmente se ha iniciado la investigación del mismo, cuando por señalamiento de la víctima, algún testigo o participante del delito, se ubica a algún sujeto señalado como participante en el ilícito penal, o se encuentran en su rango de disposición objetos materiales del delito u otros indicios o huellas de éste.

Asimismo, el Constituyente Permanente consideró que se ha incurrido en excesos en la regulación del concepto de flagrancia al permitir la denominada flagrancia equiparada, toda vez que con ello se posibilita que se lleven a cabo detenciones arbitrarias por parte de las autoridades policiales.

Por tanto, se estimó necesario explicitar en la Constitución el concepto de flagrancia para delimitarlo hasta lo que doctrinariamente se conoce como cuasiflagrancia, por lo que sólo podría considerarse bajo aquel concepto los momentos de la comisión del delito y el inmediato posterior, entendiendo por este último al que se genera con la persecución material del sujeto, es decir, durante su huida física u ocultamiento cuando se acaba de cometer el ilícito penal.

Lo anterior, con la finalidad de precisar a todos los habitantes del país los casos en que pueden ser detenidos por cualquier persona, sin tener una orden judicial y sin una orden de detención por caso de urgencia expedida por la autoridad administrativa, con la finalidad de no dejar resquicios para posibles arbitrariedades.

En ese orden de ideas, conforme a la interpretación causal y teleológica del decreto que modificó el artículo 16 Constitucional, párrafo cuarto, la expresión: "*inmediatamente después de la comisión del delito*" se refiere a lo que doctrinariamente se identificó como cuasiflagrancia, que abarca la persecución durante la huida física u ocultamiento del sujeto, los cuales se generan justo después de la realización del ilícito penal.

Así las cosas, en nuestro país el concepto de flagrancia está limitado constitucionalmente al instante de la comisión del delito –

flagrancia stricto sensu– y, a la de la huida u ocultamiento del sujeto que se generan inmediatamente después de la realización de los hechos delictivos –cuasiflagrancia–, excluyendo la flagrancia equiparada.

Por otra parte, el artículo 106, párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, vigente en la fecha en que ocurrió la detención del quejoso –diecisiete de marzo de dos mil nueve– el cual se reformó mediante decreto publicado en el Diario Oficial del Estado de Baja California el tres de noviembre de dos mil seis, es el siguiente:

“Artículo 106.- Detención en Caso de Flagrante Delito.- En caso de flagrancia delictiva, cualquier persona podrá detener al inculpado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público competente.

Se entiende que un delincuente es aprehendido en flagrante delito, no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo sino, también, cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, es perseguido y detenido materialmente, o cuando inmediatamente después de realizado, alguien lo señala como autor o partícipe del mismo y se encuentra en su poder el objeto, el instrumento del delito o cualquier huella

o indicio que hagan presumir, fundadamente, su intervención en la comisión del mismo.

En el caso de delitos graves, podrán ser detenidos dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión del hecho delictuoso, cuando sean señalados como responsables por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos en el delito o se encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en el mismo delito.

Al recibir el Ministerio Público a una persona detenida, calificará inmediatamente la legalidad de la detención y, si resulta injustificada, ordenará su libertad. En caso contrario, integrará la averiguación y resolverá sobre el ejercicio de la acción penal en el término legal.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al funcionario que decreta indebidamente el aseguramiento, así como al ministerio Público que no ordene la libertad del sujeto.”

En términos de lo previsto por el tercer párrafo del numeral transcrito, en el caso de delitos graves, las personas pueden ser detenidas dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión

del hecho delictivo, cuando sean señaladas como responsables por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos, cuando se encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en éste.

De tal forma, la porción normativa de mérito amplía a setenta y dos horas –bajo determinados supuestos– el periodo en que puede considerarse que se está en presencia de una flagrancia, por lo que dentro de ese plazo podrá detenerse –sin orden judicial o de autoridad competente– al sujeto que se hubiera señalado como responsable de un ilícito penal.

Así las cosas, es fundado el agravio analizado, ya que el tercer párrafo del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial del Estado de Baja California el tres de noviembre de dos mil seis y vigente en la fecha en que ocurrió la detención del quejoso, viola lo previsto por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, al establecer el término de setenta y dos horas como el periodo en el cual puede considerarse flagrancia después de que tuvo lugar un delito, pues no cumple con el precepto constitucional citado el cual establece el concepto de flagrancia como al instante de la comisión del delito y al de la huida u ocultamiento del sujeto que se generan inmediatamente después de la realización de los hechos delictivos sin que establezca término.

En consecuencia, los efectos de la concesión de amparo serán para que el Tribunal Colegiado no aplique la porción normativa del artículo 106, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

QUINTO. Por otra parte, se estima que son fundados los argumentos del agravio del recurrente que se identificó con los incisos B) a D), en los cuales el ahora inconforme alega que le causa perjuicio la interpretación que el Tribunal Colegiado realizó del mandamiento constitucional de “*puesta a disposición sin demora de un inculpado*”, previsto en el artículo 16 Constitucional, ya que asevera que, en el caso concreto, existió un periodo entre la detención y la puesta a disposición del Ministerio Público, en el cual la privación de la libertad no encontró sustento constitucional alguno.

Ahora bien, en relación al tema de puesta a disposición del detenido sin demora, que deriva de la interpretación al artículo 16 constitucional y que es aplicable a cualquier detención personal por flagrancia o caso urgente, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia al resolver el amparo directo en revisión 2470/2011, aprobado por unanimidad de votos en sesión de dieciocho de enero de dos mil doce, señaló lo siguiente:

“ ...

Así, del régimen general de protección contra detenciones que exige nuestra Constitución podemos derivar un principio de inmediatez, el cual exige que la persona detenida sea presentada ante el Ministerio Público lo antes posible. Dicho de otro modo, la persona debe ser puesta a disposición de la autoridad ministerial o judicial respectiva, sin dilaciones injustificadas.

Pero subsiste una duda legítima que requiere aclaración y que precisamente constituye el aspecto central, el punto fino, del presente asunto: ¿cómo es posible que el juzgador aprecie si tal requisito se cumple? Es decir, ¿cuándo se está frente a una dilación injustificada?

Pues bien, esta Sala considera que no es posible (ni sería adecuado) fijar un determinado número de horas. Fijar una regla así podría abarcar casos en los que las razones que dan lugar a la dilación no son injustificadas. Sin embargo, contrario a lo que argumentó el Tribunal Colegiado, del hecho de que no sea posible ni recomendable adoptar una regla fija, no se sigue que no sea posible adoptar un estándar que posibilite al juez calificar cada caso concreto de un modo sensible a dos necesidades. Por un lado, la de no dilatar injustificadamente la puesta a disposición de la persona detenida, porque esto da lugar a que se restrinja un derecho

tan valioso como el de la libertad personal sin control y vigilancia del Estado. Por otro lado, están las peculiaridades de cada caso en concreto, por ejemplo, la distancia que existe entre el lugar de la detención y la agencia del Ministerio Público.

De este modo, el que no pueda existir una regla tasada no quiere decir que no pueda haber un estándar que guíe al juzgador a determinar cuándo está frente a una dilación indebida.

Esta Sala considera que tal circunstancia se actualiza siempre que, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad que sea competente para definir su situación jurídica. Tales motivos razonables únicamente pueden tener origen en impedimentos fácticos reales y comprobables (como la distancia que existe entre el lugar de la detención y el lugar de la puesta a disposición). Además, deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades. Dicho de otro modo, en cuanto sea posible, es necesario llevar a la persona detenida por flagrancia o caso urgente ante el Ministerio Público. Es posible hacer esto a menos que exista un impedimento

razonable que no resulte contrario al margen de facultades constitucionales y legales a cargo de la policía.

Lo anterior indica que la policía no puede retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público, a fin de ponerlo a disposición, donde deben desarrollarse las diligencias de investigaciones pertinentes e inmediatas, que permitan definir su situación jurídica —de la cual depende su restricción temporal de libertad personal—. Por tanto, la policía no puede simplemente retener a una persona, sin informarlo a la autoridad ministerial, a fin de obtener su confesión o información relacionadas con la investigación que realizan, para inculparlo a él o a otras personas. Esto simplemente obedece al hecho de que los policías no cuentan con la facultad para desahogar una declaración que tenga validez en un proceso penal. En términos estrictamente constitucionales tienen obligación de poner al detenido “sin demora”, retraso injustificado o demora irracional ante el Ministerio Público, en caso de delito flagrante o cuenten con una orden ministerial que justifique la detención por caso urgente, o ante el juez que haya ordenado la aprehensión del detenido. Y, por el contrario, todo inculpado goza del derecho constitucional a la no autoincriminación.

Este derecho debe ser protegido de tal modo que, desde el momento de su detención, el inculpado debe estar adecuadamente informado de que tiene el derecho a guardar silencio y que todo lo que diga puede ser usado en su contra en juicio; además debe estar claramente informado de que tiene derecho a un abogado defensor, al cual puede elegir o bien, en caso de no tenerlo, acceder a un defensor de oficio.

Así, la detención de una persona no puede estar indefinida; en términos constitucionales requiere que se conozca el estatus en el que se encuentra, de ahí que la Constitución exige que exista un registro de detenidos, a fin de permitir conocer que se encuentra en tales condiciones y esté en posibilidad de ejercer sus derechos constitucionalmente protegidos”.

Como puede advertirse de lo anterior, esta Primera Sala fijó el alcance de los términos, sin demora e inmediatez que establece el artículo 16 Constitucional, en relación a la puesta a disposición ante la autoridad ministerial de una persona detenida, estableciendo que no es posible (ni sería adecuado) fijar un determinado número de horas, pues podría abarcar casos en los que las razones que dan lugar a la dilación no son injustificadas. No obstante, señaló, es posible adoptar un

estándar que posibilite al juez calificar cada caso concreto de un modo sensible a dos necesidades: la de no dilatar injustificadamente la puesta a disposición de la persona detenida, porque esto da lugar a que se restrinja un derecho tan valioso como el de la libertad personal sin control y vigilancia del Estado; y las peculiaridades de cada caso en concreto, por ejemplo, la distancia que existe entre el lugar de la detención y la agencia del Ministerio Público.

Señaló que dichas figuras se actualizan, siempre que, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, aquéllos únicamente pueden tener origen en impedimentos fácticos reales y comprobables (como la distancia que existe entre el lugar de la detención y el lugar de la puesta a disposición). Además, deben ser compatibles con las facultades estrictamente concedidas a las autoridades.

Elementos parametrales que son indicativos para validar la justificación del tiempo de retención del detenido por parte de las autoridades policíacas, que no podrá exceder del estrictamente necesario para realizar el traslado y entregar al detenido al Ministerio Público, en cumplimiento al concepto constitucional “sin demora”.

La anterior interpretación que esta Primera Sala ha sustentado, es la que el Tribunal Colegiado debe atender, para que nuevamente se pronuncie respecto a los conceptos de violación en donde se hace valer

la violación al artículo 16 constitucional, en cuanto al tema de la detención, con plena libertad de jurisdicción.

En virtud de lo expuesto, al haberse considerado que es procedente que en el amparo directo se analicen a manera de violación procedimental, con fundamento en el artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo las posibles violaciones a la detención personal, autorizadas por el artículo 16 constitucional y al tener clara cuál es la correcta interpretación del principio de inmediatez que se desprende del término “sin demora” —previsto en los párrafos quinto y sexto del mismo numeral— resulta evidente que los planteamientos de legalidad vertidos en la demanda de amparo, deben ser analizados a la luz de dicha interpretación constitucional.

Ante lo fundado de los agravios del recurrente, deben devolverse los autos relativos al Quinto Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, para que:

- 1. Ante la declaratoria de inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial del Estado de Baja California el tres de noviembre de dos mil seis, con libertad de jurisdicción, el A quo analice los conceptos de violación que planteó el quejoso en relación con el concepto de flagrancia, dejando de aplicar la porción normativa referida.*

2. *Partiendo de la interpretación constitucional expuesta en la presente ejecutoria, con libertad de jurisdicción se avoque de nueva cuenta al estudio de la legalidad de la resolución dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California el veintiuno de octubre de dos mil diez, en el toca penal 2390/2010 –acto reclamado en el juicio constitucional del que deriva el presente recurso de revisión–, en cuanto a los cuestionamientos que el demandante de amparo realiza sobre la inmediata puesta a disposición de la autoridad ministerial de sus coinculpados.*

3. *Si como consecuencia del análisis precisado en los dos puntos anteriores concluye que existieron detenciones ilegales, entonces deberá establecer si de éstas se obtuvo alguna de las pruebas con las cuales se determinó la responsabilidad penal del quejoso y, de ser así, tendrán que declararse inválidas.*

En primer lugar, debe precisarse que ambos planteamientos se refieren a la violación de derechos previstos por el artículo 16 Constitucional y a circunstancias ocurridas con anterioridad a la averiguación previa, es decir, los argumentos del recurrente se dirigen a combatir la detención de la que fue objeto.

Asimismo, la procedencia de analizar en amparo directo si una detención cumplió con los derechos y excepciones que establece el

artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue objeto de pronunciamiento por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver, en sesión de seis de junio de dos mil doce, el amparo directo en revisión 997/2012.

La parte conducente de la resolución de mérito se transcribe:

1. En efecto, en la jurisprudencia 121/2009 aludida por el Tribunal Colegiado se enfatizó, que en el amparo directo es procedente el análisis de las violaciones al procedimiento cometidas en averiguación previa cuando afecten las garantías contenidas en los artículos 14 y 20 de la Constitución Federal; sin embargo, este enunciado no debe interpretarse de manera limitativa, en la medida en que la protección del derecho humano del debido proceso está conformado sistemáticamente por diversos numerales constitucionales. Lo que significa, que la exigencia del respeto a este derecho está vinculada a la observancia de los restantes parámetros que la Constitución establece que deben seguirse en todas las etapas procedimentales.

2. El punto de análisis al que ha llegado esta Primera Sala en el desarrollo de la naturaleza y alcance de protección del derecho humano del debido proceso se refleja en el criterio jurisprudencial señalado, en el que se advierte la importancia

del respeto a las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el artículo 14 constitucional, cuya trascendencia hace posible su estudio en el amparo directo. En esa ocasión se señaló que al artículo 20 de la Constitución Federal, con las reformas de tres de septiembre de 1993 y tres de julio de 1996 se había incorporado un catálogo específico de derechos que deben observarse en la etapa de averiguación previa.

3. Ahora bien, ¿cuáles son estos derechos y qué importancia tienen? En el sistema tradicional de persecución de delitos, previo a la reforma constitucional que adopta el sistema procesal penal de carácter acusatorio oral, la averiguación previa es la primera etapa procedimental en la que el órgano del Estado encargado de la persecución de los delitos, le informa al inculpado las circunstancias y naturaleza de la imputación, para que pueda hacer efectivo su derecho a la defensa adecuada. De ahí que constituya una violación en esa etapa la obtención de pruebas ilícitas, la negativa de facilitar los datos solicitados por la defensa y que consten en la indagatoria y la trasgresión al derecho de defensa adecuada. La trascendencia de estas violaciones no tienen otro efecto de reparación constitucional que el declarar la invalidez de las pruebas que se obtengan en estas condiciones.

4. *El catálogo de derechos establecido por el artículo 20, Apartado A, fracciones I, V, VII y IX, de la Constitución Federal, en el texto anterior a la reforma de 18 de junio de 2008, tiene el alcance de extenderse a todos aquellos actos o diligencias que se realicen desde la averiguación previa, para efecto de no generar condiciones de indefensión al detenido. Y la mención genérica de las mismas permite ubicar en estas violaciones cualquier diligencia que se lleva en esta etapa y por tanto, no es válido realizar interpretaciones restrictivas sin entender la conformación sistemática que la Constitución prevé para la protección del derecho del debido proceso.*

5. *En el artículo 16 constitucional se establecen diversos derechos y excepciones que implican restricción a los mismos. La libertad personal constituye un derecho humano que no puede ser restringido, salvo en las condiciones que la propia Constitución establece, como acontece con las detenciones en flagrancia o caso urgente, derivadas de la existencia de elementos que permitan atribuir a una persona su probable responsabilidad en la comisión de un hecho calificado como delito por las leyes penales. El planteamiento que hizo valer el quejoso y del que deriva el agravio, patentiza lo que en su opinión constituye una*

violación a sus derechos acontecida por las circunstancias en que se dio su detención. De aquí podemos formular la siguiente interrogante ¿La ilegalidad de una detención es procedente analizarla en el amparo directo? La respuesta que debe darse es en sentido afirmativo.

6. Esta Primera Sala considera, que las excepciones a la afectación del derecho humano de libertad personal, constitucionalmente validadas, mediante las figuras de flagrancia y caso urgente deben satisfacer ciertas condiciones para afirmar su legalidad. Lo que implica que el órgano de control constitucional está en condiciones de verificar si la prolongación injustificada de la detención policiaca sin poner al detenido a disposición inmediata de la autoridad ministerial o sin que se cumplan los requisitos constitucionales que justifican el caso urgente, generó la producción e introducción a la indagatoria de elementos de prueba que no cumplen con los requisitos de formalidad constitucional y por tanto deban declararse ilícitos, o que las diligencias pertinentes se hayan realizado en condiciones que no permitieron al inculpado ejercer el derecho de defensa adecuada.

7. En esas condiciones, las violaciones referentes a las excepciones constitucionales que justifican la detención de

una persona como probable responsable de la comisión de un delito, comprendidas en el artículo 16 de la Constitución Federal, es procedente analizarlas en el amparo directo, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo al constituir -también- transgresión al derecho humano de debido proceso, conforme al cual es esencial el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, la licitud de las pruebas y el ejercicio de defensa adecuada a que se refieren los artículos 14 y 20 de la Constitución Federal.”

De la transcripción que precede se advierte que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la protección del derecho humano del debido proceso está conformado sistemáticamente por diversos numerales constitucionales, por lo que la exigencia del respeto a este derecho está vinculada a la observancia de los restantes parámetros que la Constitución establece que deben seguirse en todas las etapas procedimentales.

Además, en el sistema tradicional de persecución de delitos – previo a la reforma constitucional que adopta el sistema procesal penal de carácter acusatorio oral– la averiguación previa es la primera etapa procedimental, en la cual se constituyen como violaciones la obtención de pruebas ilícitas, la negativa de facilitar los datos que consten en la indagatoria y que sean solicitados por la defensa, así como la trasgresión al derecho de defensa adecuada.

La reparación constitucional al advertirse tales violaciones, consiste en declarar la invalidez de las pruebas que se obtengan en estas condiciones.

Aunado a ello, se determinó que en el artículo 16 constitucional se establecieran diversos derechos y excepciones que implican restricción a los mismos. La libertad personal constituye un derecho humano que no puede ser restringido, salvo en las condiciones que la propia Constitución establece, como acontece con las detenciones en flagrancia o caso urgente.

Asimismo, se concluyó que procede analizar la ilegalidad de una detención en el amparo directo, pues las excepciones a la afectación del derecho humano de libertad personal, constitucionalmente validadas, mediante las figuras de flagrancia y caso urgente deben satisfacer ciertas condiciones para afirmar su legalidad.

Por ende, el órgano de control constitucional está en condiciones de verificar, entre otros aspectos, si la detención policiaca, sin que se cumplieran los requisitos constitucionales respectivos, generó la producción e introducción a la indagatoria de elementos de prueba que no cumplen con los requisitos de formalidad constitucional y por tanto deban declararse ilícitos, o que las diligencias pertinentes se hayan

realizado en condiciones que no permitieron al inculpado ejercer el derecho de defensa adecuada.

En ese orden de ideas, se determinó que las violaciones referentes a las excepciones constitucionales que justifican la detención de una persona como probable responsable de la comisión de un delito, comprendidas en el artículo 16 de la Constitución Federal, es procedente analizarlas en el amparo directo, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo al constituir también trasgresión al derecho humano de debido proceso, conforme al cual es esencial el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, la licitud de las pruebas y el ejercicio de defensa adecuada a que se refieren los artículos 14 y 20 de la Constitución Federal.

Conclusión

Del análisis a los aspectos de la detención de un indiciado, no cabe duda que la orden girada por la autoridad judicial competente, debe ajustarse a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Federal, puesto que existen diversos requisitos legales que así lo establecen, caso contrario con relación a la detención en flagrancia, ya que las especificaciones hechas desde el ámbito constitucional respecto de las detenciones en flagrancia consagran una decisión política fundamental: proteger la libertad personal

de los gobernados, mediante la limitación de las restricciones a la misma. Pero es en la legislación secundaria donde deben concretarse las facultades y limitaciones que tiene la flagrancia, puesto que de no regularse adecuadamente su aplicación, los objetivos de esta modificación constitucional no serán alcanzados.

Por lo anterior, es necesario que distingamos las precisiones y matices del concepto de flagrancia de sus posibles consecuencias jurídicas. Por supuesto, el tema no se agota sólo en ello, puesto que también resulta necesario entender las características, funciones e implicaciones de la flagrancia a la luz de una concepción armónica de derecho, a la cual deberá atender el legislador.

Se manifiesta lo anterior, toda vez que uno de los aspectos relevantes es distinguir hasta qué momento se da la flagrancia, puesto que lo correcto es determinar que la detención se dé en el momento preciso de cometerse el ilícito, aunque no se puede pasar por alto la circunstancia de que en muchas de las veces, el autor del delito al momento de ser sorprendido, emprenda la huida, en este caso estimamos que el juzgador debe tomar en cuenta que esta persecución se haga al momento mismo de la escapatoria, y no cejar en ésta hasta dar con el paradero del delincuente, tratando de no perderlo de vista.

También se debe advertir, que en diversas ocasiones el autor del delito al sentirse perseguido, por ejemplo, en el caso de robo, éste en su escapatoria deja en determinado lugar el objeto del delito, para que en caso de ser capturado, tener una evidencia menos de ser el autor del ilícito;

circunstancia por demás, que a juicio nuestro, no debe ser tomado en consideración como exculpante o excluyente del delito, máxime si fue visto por diversos testigos y el propio ofendido o la propia autoridad persecutora al momento de cometer la conducta delictiva, lo cual no demerita dicha conducta.

Como señalamos en las consideraciones que anteceden, en el quinto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contiene la actual reforma que señala: *“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.”*

Anteriormente, como ya se ha estudiado, la citada disposición permitía la posibilidad de detener sin orden de aprehensión cuando ya habían transcurrido, incluso hasta 72 horas de persecución del delincuente, y de la comisión del delito, misma que los estudiosos de esta materia la ubicaban dentro del rango de la “cuasi-flagrancia” o flagrancia equiparada, lo que permitió que hubiera una serie de detenciones, perdiéndose la naturaleza jurídica de la flagrancia, en razón de ello es que se propuso la citada reforma constitucional; empero, aun cuando se pretende que la detención en flagrancia se dé en el momento mismo de la comisión del delito o bien dentro de su persecución inmediata posterior, no se especifica si esta persecución debe ser continua, que a nuestro juicio así debe asentarse en el texto constitucional, e incluso, como ya precisamos en líneas que anteceden, independientemente de que al momento de detenerlo, no tenga en su poder

el instrumento que utilizó como medio de comisión del delito, o en tratándose de un robo, que no tenga en su poder el bien objeto del delito.

En términos generales, se propone que la referida persecución a que se hace mención, además de ser continua, deben participar, tanto los testigos presenciales del hecho delictuoso, como el ofendido u ofendidos, con el propósito de que se pueda realizar el señalamiento por parte de ellos de la persona que cometió el ilícito con el propósito de que se realice de manera legal la citada detención, y en obvio de circunstancias, que se lleve a cabo el registro a que se refiere el dispositivo constitucional, que a nuestro juicio vendría siendo un acta circunstanciada de los hechos. Como punto final, se propone que estas apreciaciones se plasmen directamente en el dispositivo constitucional y de la misma forma en la ley secundaria, esto es, que la ley secundaria no vaya más allá de lo que dispone la Constitución.

De tal manera que la disposición constitucional en la parte conducente puede quedar en los siguientes términos:

*“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención. **En caso de que el indiciado huya del lugar de los hechos, la persecución en contra de éste debe ser continua hasta lograr su detención, para que se considere en flagrancia; así mismo, deben participar, tanto los testigos presenciales del hecho delictuoso, como el ofendido u ofendidos, con el propósito de que se pueda***

realizar el señalamiento por parte de ellos de la persona que cometió el ilícito a fin de que se considere legal la citada detención”

BIBLIOGRAFÍA

Bravo Lira, Bernardino, *“Por la Razón o la Fuerza, El Estado de Derecho en la Historia”*, Ediciones Universidad Católica de Chile.

Campos Harriet, Fernando *“Historia Constitucional de Chile”*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, Pág. 316 y 366.

Cisterna Pino, Adolfo *“La Detención por Flagrancia en el Nuevo Proceso Penal”*, Editorial Librotécnica pág. 22

Escriche, Joaquín *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Temis, pág. 608, 609.

Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1991. Pág. 266

Garrido Muñoz, Osvaldo *“Las Penas y su Aplicación en Chile”*

Gayo Instituciones Jurídicas, Versión establecida a la vista de los textos más autorizados, por Javier Núñez de Prado, Editorial Obras Maestras, página 131 y siguientes

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, Pág. 375.

Jiménez de Asúa, Luis *“Curso de Derecho Penal”*, Tomo I;

Novoa Monreal, Eduardo *“Derecho Penal”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile;

Soler: *Derecho Penal Argentino*, Tomos I y II, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951

Tagle Martínez, Hugo, *“Curso de Historia del Derecho Constitucional, Derecho Indiano”*, Volumen II, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile.

Paillas Peña, Enrique, Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Chile, *“Derecho Procesal Penal”*, Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Oswaldo Garrido Muñoz, “La Prueba de Testigos en el Nuevo Proceso Penal”

Decreto Ley 2.460 establece la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, dependiente del Ministerio de Defensa Nacional

Uriarte Valiente, Luis M. y Farto Piay, Tomás, “*El Proceso Penal Español: Jurisprudencia Sistematizada*” Editorial La Ley, Septiembre de 2007

Pfeffer Urquiaga, Emilio, “*Código Procesal Penal, Anotado y Concordado*”, Editorial Jurídica de Chile, en sus páginas 147 y siguientes.

Améstica Valenzuela, Gonzalo, *Informes psicológicos y presenciales realizados por el estudioso académico Psicólogo Forense del Centro de Reinserción Social de Rancagua.*

Romero Muza, Rubén Ob. Cit. Pág. 101 y siguientes, existiendo profusa jurisprudencia sobre las características inherentes al control de identidad referidas a su procedencia, intensidad, objetivo, principios resguardados.

LEGISLACIÓN

Código Penal Federal

Código de Procedimientos Penales Federal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

PÁGINAS WEB

http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php (Fallo publicado en la página del poder judicial)

http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php

<http://www.djp.cl/jurisprudencia/21833213.pdf>

http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll/A_Juridica/CL_RPP01/CL_RPP05/nivel%20400030.htm

<http://www.monografias.com/trabajos81/flagrancia-comision-delito/flagrancia-comision-delito3.shtml#ixzz3Lhu6rVyp>. Martes, 13 de febrero de 2007

<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/730174/Las-penas-y-su-aplicacion-en-Chile.html#content-top>;

<http://laspenasysuaplicacion.blogspot.com/>, Compilación de Leyes Bárbaras vicigotorum

“La Prueba de Peritos en el Nuevo Proceso Penal”
<http://lapruedadeperitosenelprocesopenal.blogspot.com/>

http://es.wikipedia.org/wiki/Delito_flagrante (Revisada en 2014)

http://es.wikipedia.org/wiki/Carta_Magna (En 1258 obligaron al rey Enrique III a firmar los “Estatutos de Oxford”)

<http://lapruedadetestigosenelprocesopenal.blogspot.com/>.