

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
MÉRIDA - VENEZUELA

LA FLAGRANCIA: ENTRE LO DOGMÁTICO Y LO POLÍTICO CRIMINAL

www.bdigital.ula.ve

Autor: Francisco Ferreira de Abreu
C. I. E.- 81.537.076

Tutor: José Luis Malaguera Rojas
C. I. V.- 5.206.852

Mérida, Marzo de 2016

C.C.Reconocimiento

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
MÉRIDA - VENEZUELA

LA FLAGRANCIA: ENTRE LO DOGMÁTICO Y LO POLÍTICO CRIMINAL

Trabajo especial de grado presentado a los fines de optar al grado de
Magister Scientiae en Derecho Procesal Penal

www.bdigital.ula.ve

Autor: Francisco Ferreira de Abreu
C. I. E.- 81.537.076

Tutor: José Luis Malaguera Rojas
C. I. V.- 5.206.852

Mérida, Marzo de 2016

DEDICATORIA

A Olivia de Jesús Ferreira (†) y
Francisco Gomes de Abreu

Sin ellos, nada habría sido posible

www.bdigital.ula.ve

AGRADECIMIENTOS

La realización de un trabajo de investigación supone el esfuerzo y la dedicación de quien lo acomete. Se trata del producto intelectual de quien se afirma autor del mismo. No obstante, tal autoría es engañosa si solo se imputa al “autor”, pues son muchas las personas que acaban interviniendo en la concreción del plan académico que se consuma con la presentación del trabajo. En este caso, para optar al Título de *Magister Scientiae* en Derecho Procesal Penal. Por tal razón, el presente agradecimiento versa sobre la imputación del aporte que cada uno de los intervinientes ha prestado en la concreción de lo realizado.

Así las cosas, corresponde imputar, en primer término a quien ha dado lugar, en palabras de Jakobs, a la primera norma que ha sido defraudada en el contacto social entre Adán y Eva. A saber: a Dios. Es cierto que sin mis padres como se ha puesto de manifiesto nada de lo que acá se presenta habría sido posible. Sin embargo, es precisamente gracias a Dios el que haya podido llevar a cabo este proyecto académico, al igual que otros de vida que en menor medida he podido materializar. Por ello quiero agradecerle en primer lugar el que me haya dado la vida, por interpuesta persona de mis padres, muy a pesar del destino de mi hermano José Carlos cuya ausencia asumieron Arlindo y Fátima. Consecuencia de tal regalo, es por lo cual también he de agradecerle su salvaguarda en lo que respecta a mi salud, la de mi padre, hermanos, hijas, sobrinos y esposa. A Dios de igual manera le agradezco infinitamente el que me haya traído a esta ciudad de Mérida y, por consecuencia de ello, a conocer este maravilloso universo que es la Universidad de Los Andes. Entre muchas razones, por su condición de Laica y Autónoma, pero primeramente por ser mi mayor espacio de libertad y enriquecimiento espiritual.

Debido a ello, además de estar agradecido con Dios, de igual forma lo estoy con la vida por haberme traído a este espacio de libertades y pluralismo, en el marco del cual he podido adquirir unos mínimos de ciudadanía universal, la cual, auspiciada por mi condición de inmigrante, ha sido de suma utilidad en mi incipiente formación profesional como abogado y profesor. Empero, mi deuda de gratitud con la Universidad radica en la continua formación que de ella recibo para constituirme en mejor persona. En ello han contribuido muchos lugareños universales, profesores y estudiantes.

En este sentido, los mortales con quienes tengo innumerables deudas de gratitud y para lo cual estas líneas apenas constituyen una mera expresión de ello pues apenas podrían significar un *Obrigado*, son los que han intervenido en mi proyecto de vida académica y particularmente en la realización de este pequeño trabajo académico.

Por tal razón, sin pretender abundar en nombres y detalles, he de aprovechar la ocasión para agradecer a mis primeros Profesores de Derecho penal, esto es, a Luis Gerardo Gabaldón y Liliam Benacerraf, al igual que a mis otros Profesores de Derecho penal y Derecho procesal penal como Mireya Bolaños González y José Luis Malaguera. En cuanto a los primeros les debo mi acercamiento al área de las Ciencias Penales; a los segundos, el que me hayan acogido en CENIPEC y en sus afectos. Siempre les estaré agradecido por haber contribuido significativamente en mi formación en cuanto al Derecho penal y al ejercicio de la profesión de abogado, así como por brindarme la oportunidad de conocer a mi Maestro en la distancia, el Profesor Juan Fernández Carrasquilla y su Derecho penal demoliberal. Por virtud de su obra, su amistad y cariño pude iniciarme con *Concepto y Límites* y su *Derecho Penal Fundamental* en la Filosofía de un Derecho comprometido con el libre desarrollo de la persona y su dignidad. Mi afinidad con el Derecho penal material se le ha de imputar a Mireya, a Juan y a otro

Profesor y amigo en la distancia: Manuel Cancio Meliá; siendo que al Profesor José Luis *–mi tutor–* lo atinente al Derecho procesal penal y el gusto por el litigio.

Ya en lo que respecta al presente trabajo de investigación, mi agradecimiento al Profesor José Luis se acrecienta, pues además de darme fuerza y plantarse ante mi desánimo para emprender este proyecto cuando lo había dado por perdido, me facilitó *–como cuando era su estudiante de pregrado en Derecho procesal penal–* su biblioteca personal y la del Escritorio Jurídico. En el mismo orden tengo que agradecerle la calma y el sosiego con el cual se ocupó de revisar y corregir las diversas versiones de lo que presento ante el jurado de tesis.

De otra parte, en el ámbito de la amistad, los afectos y la estima, debo agradecer a Luis Guerra, Gustavo Curiel, Caracciolo León y José Antonio Rivas Leone, quienes a más de intervenir con disertaciones y prestaciones de sus bibliotecas personales, en mayor medida, hicieron valer su autoridad de amigos en orden a la concreción de este trabajo y el cierre del ciclo académico de la Maestría iniciado con su escolaridad. El apoyo que recibí de ellos comporta una suerte de co-tutoría que trasciende lo académico.

En resumen, la verdad es que acometer una empresa académica como esta, por muy pequeña y sencilla que sea, es harto difícil, ya que a los imponderables externos se suman los relacionados con los atascos de escritura, las continuas revisiones y replanteamientos de lo que se piensa, así como de lo que se escribe. De igual manera supone el abandono de otras actividades y personas del entorno más cercano, algo constante y reiterado cuando de la dedicación a la academia se trata, bien en la cotidianidad de las aulas de clase como en las lecturas diarias de la actividad de investigación. Todo lo cual se complica con las exigencias del ejercicio de la profesión en

ese inconmensurable laboratorio que son los Tribunales Penales. Un laboratorio, valga la expresión, menos afable que los reductos de libertad personal y espiritual que me brindan mis más cercanos interlocutores de praxis y teoría: los estudiantes. De quienes por cierto, justo es señalarlo, he aprendido mucho más de lo que apenas he podido ofrecerles.

Por lo demás, lo que la praxis y los derechos deben a la teoría, aun más, a la dogmática, en el similar sentido corresponde a toda investigación con respecto a los libros, revistas y artículos. Así, el hallazgo de estas preciadas herramientas habría resultado imposible sin la contribución importante de esas personas que en muchas ocasiones siquiera mencionamos. Vale decir, los bibliotecarios. Para ellos, mi profundo y especial reconocimiento a la vez que agradecimiento, pues sin su mística, la búsqueda, el hallazgo y la consulta de los textos habría sido cuando menos difícil. Las atenciones por mí recibidas hacen que les dedique unas breves líneas.

En este orden, debo agradecer a los bibliotecarios de la Biblioteca Central “Rafael Arvelo Torrealba” del Servicio Bibliotecario del Ministerio Público; de la Biblioteca del Tribunal Supremo de Justicia y del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela. Al trato dispensado por tan amables y diligentes personas he de sumar, con mayor razón, el que siempre recibo en la Biblioteca Dr. Miguel A. Pisani Crespo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad de Los Andes, desde mi época de estudiante de pregrado hasta el presente. En ella he recibido el afecto del personal que en ella labora, de modo especial por parte de Daniela, Robert y María Teresa, con cuyas atenciones ya contaba en la recordada e inmerecidamente desalojada “Hemeroteca Don Lino Rodríguez Arias-Bustamante”. No obstante, injusto sería pasar por alto el cariño y la deferencia con la que se me trata en ese paraíso científico que constituye la Biblioteca de CENIPEC (Centro de Documentación CEDO-CIPEC). En esta,

no tengo palabras para corresponder a la familiar hospitalidad con la cual he contado por acciones de Carmen, Yajaira, y, de modo reciente, por la Sra. Yaniray.

Empero, en el presente agradecimiento también sería lesivo a la justicia olvidar el incondicional apoyo que la Sra. Vilma me ha dispensado. Por estos días ha devenido en mi compañera más cercana en la Sección de Justicia y Proceso de CENIPEC. Con ella me he reído y preocupado en el ida y vuelta del día a día, propio de cada revisión de los papeles de trabajo, del chequeo de la bibliografía consultada. Sin embargo, lo más importante se ha expresado a través de su incansable preocupación para que acabara lo que había comenzado y he de continuar. Mi gratitud deviene insignificante ante tanto cariño, al igual que lo es con respecto a la ilimitada paciencia de Irlanda, con quien tengo una impagable deuda de estima y palabra. Con relación a esto último espero sepa dispensarme.

Finalmente, el que haya comenzado dedicando este pequeño esfuerzo a mis padres y por añadidura a mis hermanos, sobrino y sobrinas, es lo que me lleva a concluir estas palabras con la dedicatoria a mis hijas y mi esposa. A Daniela y Adriana, he de atribuirles el motivo de mi decisión en venir a la Universidad. Aunque no lo saben, han sido ellas quienes me impulsaron desde la distancia una vez que abandoné la casa de mis padres para arribar a esta acogedora ciudad de Mérida. En particular debo mi gratitud con Dulce, a quien quizá no tenga como saldar tantas deudas de amor, cariño, comprensión y consideración, tampoco para agradecerle el ser compañera, esposa y amiga, muy a pesar de las horas hurtadas a favor de la vida académica, la cual, infortunadamente ha terminado por inclinar la balanza hacia mi proyecto académico, pero con cierta desmejora de esos espacios que ha merecido y merecen tanto ella como mis hijas.

Haber contado con todas estas personas es lo que me ha permitido materializar esta ardua y pequeña conquista que para nada se asemeja a todo lo recibido.

Muchas gracias

www.bdigital.ula.ve

ÍNDICE GENERAL

ACEPTACIÓN DEL TUTOR	ii
APROBACIÓN DEL TRABAJO POR EL TUTOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
ÍNDICE GENERAL	xi
RESUMEN	xiii
EPÍLOGO	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA	15
1.1.- Planteamiento del problema	15
1.2.- Objetivos de la investigación	23
1.2.1.- Objetivo general	24
1.2.2.- Objetivos específicos	24
1.3.- Justificación de la investigación	25
1.4.- Alcance de la Investigación	32
1.5.- Limitaciones de la investigación	33
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	37
2.1- Consideraciones generales	37
2.2.- Antecedentes de la investigación	44
2.3.- Bases teóricas	58
2.4.- Bases constitucionales y legales	109

2.4.1.- Fundamentación histórico-política de las bases constitucionales y legales	110
2.4.2.- Normas constitucionales y legales	149
2.5.- Bases jurisprudenciales (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia)	169
2.5.1.- Sentencias de la Sala de Casación Penal	170
2.5.2.- Sentencias de la Sala Constitucional	191
2.6.- Definición de términos	228
CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO	254
3.1.- Consideraciones generales	254
3.2.- Tipo de investigación	255
3.3.- Diseño de investigación	257
3.4. Acceso a las fuentes, recopilación de la información y acciones de investigación	259
3.5. Técnica e instrumentos de recolección de la información	263
3.6. Técnica de procesamiento y valoración de la información	265
CAPÍTULO IV ANÁLISIS Y RESULTADOS	268
4.1.- El ideal político criminal en relación a la flagrancia y la praxis judicial	268
4.2.- La noción normativa y dogmática de la flagrancia.....	284
CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	316
5.1.- Conclusiones.....	316
5.2.- Recomendaciones.....	320
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	322

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL
MÉRIDA - VENEZUELA

LA FLAGRANCIA: ENTRE LO DOGMÁTICO Y LO POLÍTICO CRIMINAL

Autor: Francisco Ferreira de Abreu

Tutor: José Luis Malaguera Rojas

RESUMEN

Las implicaciones de la flagrancia, en cuanto habilita la restricción de derechos sin orden judicial favoreciendo la actuación del Estado Policial en la persecución del delito, es lo que permite explicar lo discutido de la institución procesal debido a la permanente tensión entre prevención y garantías, que en la mayoría de los casos se decanta en orden a la prevención y la “lucha” contra el delito. Así las cosas, la praxis judicial la flagrancia transcurre entre los límites normativo-científicos, las necesidades político-criminales. Dogmáticamente se invocan las nociones del Derecho penal y Derecho procesal penal en la idea de valorarla conforme al principio de legalidad, pues sólo así quedarían a salvo las libertades ciudadanas. No obstante, políticocriminalmente, lo normativo y lo dogmático, pasa a un segundo plano ante las necesidades de “lucha” del delito, en razón de lo cual la noción constitucional y legal de la flagrancia, allende la construida por la doctrina jurídico penal, quedan subordinadas en relación al ideal político criminal que determina no sólo la praxis policial, sino, en mayor medida, la judicial. De este modo, la consecuencia inmediata es la prescindencia de la dogmática jurídico-penal por parte de los Tribunales, dando lugar a una jurisprudencia acientífica y voluntarista a los fines de favorecer los designios del Poder Punitivo en lo atinente a la persecución del delito. En este sentido, se afirma que lo políticocriminalmente correcto es que los jueces ajusten las normas a las necesidades de dicha lucha, flexibilizando la noción de la flagrancia y los principios del Derecho penal. Con ello se propugna y demanda una justicia penal cuyo fundamento es enfrentar la criminalidad, por lo que cualquier actuación policial puede justificarse “políticocriminalmente”, todo lo cual invita a procurar el necesario diálogo entre jurisprudencia y dogmática, en un ida y vuelta a la idea de Liszt, en tanto que el Derecho penal –*en cuanto Carta Magna del «Ciudadano»*– es la infranqueable barrera de la Política Criminal.

Descriptor: libertades, garantías, *in fraganti*, restricciones.

EPÍLOGO

En un Estado que tenga buenas leyes y se cumplan, el acusado sería “más libre que un Pachá de Turquía” si fuese condenado a muerte y tuviese que ser colgado a la mañana siguiente.

Montesquieu

El delincuente queda en libertad, si corresponde, pero es el Derecho el que lo deja libre. Nada puede destruir más rápidamente a un Estado que su fracaso en cumplir con sus propias leyes, o peor, su inobservancia de la Carta de su propia existencia.

Corte Suprema de los EE.UU.
(Elkins v. U.S. 1960)

Una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor de las ganancias.

Winfried Hassemer

INTRODUCCIÓN

En términos de la doctrina, tanto en los Tratados, Manuales, Lecciones y Monografías, el concepto de Derecho penal discurre entre la noción consustanciada con el Derecho penal objetivo –*Derecho penal positivo vigente*– y el Derecho penal entendido como ciencia en cuanto tiene por objeto al conjunto de normas jurídico-penales que hacen parte del ordenamiento jurídico.

Conforme a este orden de ideas, se distingue al Derecho penal como conjunto de normas establecidas por el Estado y que asocian al delito, como un hecho, la pena, como su legítima consecuencia (Liszt, 1999: 5) del Derecho penal como la rama del ordenamiento jurídico que propone a los jueces un conjunto de criterios orientadores de sus decisiones, en la idea de limitar y contener el poder punitivo del Estado a los fines de promover el desarrollo del Estado Constitucional de Derecho (Zaffaroni, 2005: 24).

Es decir, por una parte, se trata el Derecho penal producido por el legislador en relación a la política criminal que da lugar a las normas consecuencia de la criminalización primaria, mientras que por la otra se lo define en tanto producción científica destinada al estudio del Derecho positivo vigente, el análisis, así como su correcta interpretación y aplicación, de suerte que es la doctrina penal la que construye y edifica los criterios en torno a la legislación existente y la que ha de ser.

Visto así, lo dogmático implicaría que las normas penales –*sustantivas y procesales*–, si bien tienen por fuente principal a la ley, en salvaguarda de las libertades que procuran protegerse con el principio de legalidad sustantiva (*nullum crimen, nullapoena sine lege*) y procesal (*nullum crimen,*

nullapoenasine iuditiogleale), sólo pueden interpretarse y aplicarse en el ámbito de la doctrina, vale decir, la ciencia del Derecho penal o la dogmática jurídico penal. A fin de cuentas, las normas en general tienen un referente científico que las sustenta y respalda.

De este modo, las normas penales y, con ello, el Derecho penal objetivo – *cuyas prescripciones, en modo alguno pueden entenderse a partir del conocimiento vulgar, sino del científico*–, sólo pueden analizarse, interpretarse y aplicarse a partir del tenor literal, precisamente, por conducto de la doctrina penal. Esto es, que el conjunto de normas establecidas por el Estado que definen los delitos y las penas, así como el procedimiento a seguir cuando una persona realiza o interviene en la comisión de uno de los comportamientos definidos como delito, no pueden comprenderse desde la perspectiva de un ciudadano común o del político que las sanciona y pone en vigencia mediante el procedimiento previsto en la Constitución.

Ello, por dos razones que pueden expresarse ahora, en primer lugar, por cuanto el Derecho es normativo y no depende de la valoración que tenga el ciudadano común y, en segundo lugar, debido a que el legislador en la mayoría de las veces opera con criterios políticos de necesidad lo que determina el que las normas se dicten, en no pocas ocasiones, con prescindencia de ciertos principios y criterios dogmáticos. Verbigracia, extendiendo la flagrancia a supuestos donde no hay percepción sensorial por parte de un tercero ni inmediatez temporal, sustituyéndola por la denuncia dentro de las veinticuatro horas siguientes a la realización del tipo, tal y como se ha consagrado en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

De allí, el porqué de la distinción entre Derecho penal objetivo y Dogmática penal, en tanto el primero es consecuencia de la política criminal

y ésta, a su vez, persigue ser abordada por la segunda, es decir, por el Derecho penal en tanto ciencia. Bien, cuando se recurre al Derecho penal para legitimar *–asépticamente–* la política criminal del Estado, ora cuando se lo entiende como la barrera infranqueable que ningún programa político criminal puede sobrepasar (Liszt, 1999: 71); lo mismo cuando se distingue al Derecho penal que estudiamos en las Escuelas de Derecho respecto al Poder Punitivo del Estado, al mismo tiempo que se reclama, en el contexto del principio de división de los poderes, el deslinde del Poder Judicial con respecto al Estado Policial (Zaffaroni, 2005: 20; 2007: 28).

Al hilo de lo anterior, también se discuten los retos científicos y políticos del Derecho penal (Silva, 2007: 23), a tenor de lo cual se valora la dogmática jurídico-penal en cuanto a si la misma puede tenerse como una ciencia afortunada y sin consecuencias (Hassemer, Muñoz Conde, Burkhardt, 2004), pensando en que la misma se concrete en términos del sistema y/o de las necesidades político-criminales de prevención, lo que motiva la inquietud ético-política del quehacer de quienes se ocupan del Derecho penal.

Por tanto, el título que anima la presente investigación *«La flagrancia: entre lo dogmático y político criminal»*, se enmarca en la necesidad de explicar una institución procesal desde la ciencia del Derecho penal, pasando por su regulación normativa y el tratamiento que se le viene dando en la praxis judicial, recurriendo a decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en la idea de advertir el estado de la cuestión en cuanto a su interpretación, aplicación, fundamento y límites, para luego precisar el nivel de correspondencia entre normatividad y efectividad (Ferrajoli, 2000: 851). Esto es, entre lo dogmático-normativo y la praxis político criminal, teniendo presente que tal y como lo acentúa Silva los jueces realizan política criminal en el marco de sus decisiones (2009: 15), incluso en la pretendida neutralidad.

Por lo demás, en la pretensión de dar cuenta acerca de la relación entre la definición legal de flagrancia, su dimensión constitucional y legal, su naturaleza jurídica –*excepción*–, así como su concepto dogmático procesal y sustantivo –*en relación a la teoría del delito*–, es por lo que es necesario valorar la realidad de la praxis judicial, sin perder de vista que el Derecho penal es una ciencia teórica con aplicación práctica (Mir, 2006: 32).

Debido a lo anterior, el tema objeto de la presente investigación persigue el ideal de encausar la praxis y la realidad en terrenos de la dogmática, a lo que se suma un aspecto no menos importante a destacar y rescatar para la Maestría de Derecho Procesal Penal y la Escuela de Derecho de esta Universidad de Los Andes, como lo es el de procurar el diálogo entre científicos y jueces, pues tan inconveniente es la dogmática cuando se la cultiva *l'art pour l'art* (Gimbernat, 1971: 87), como lo es la enseñanza del Derecho, el Derecho penal y el Derecho procesal penal, si deviene inútil frente a una praxis judicial que discurre en el sendero del azar. Una tal situación, en atención a lo cual las libertades ciudadanas acaban por quedar sumidas en la arbitrariedad, el capricho y, en no pocas veces, en la ignorancia de quienes imputan y juzgan.

Todo lo cual resulta importante por cuanto lo académico pierde razón de ser y los ciudadanos terminan quedándose con las manos vacías en cuanto a las libertades, que la legalidad sustantiva y procesal pretenden salvaguardar racional y científicamente, a través ley y la doctrina penal, algo similar a lo que ocurriría con la mala praxis del galeno que prescindiera del conocimiento científico de la medicina en el tratamiento de las personas que acuden a su “jurisdicción” médica.

Por ello, como lo han planteado, entre muchos, el profesor español Gimbernat (1999: 118), existe una necesidad de diálogo entre la ciencia del

Derecho penal y los Tribunales. Vale decir, entre dogmática y jurisprudencia, ora entre científicos, jueces y operadores del sistema de justicia, como lo serían los abogados litigantes (Fiscales del Ministerio Público y Defensores), además de los funcionarios policiales auxiliares de la investigación penal. En criterio de Burkhardt, en orden al fin último de la dogmática jurídico-penal, cual es el del desarrollo de criterios que tiendan hacia la aplicación segura e igualitaria de la ley penal, sin pasar por alto que la jurisprudencia, además de no contar con el tiempo para pensar y reflexionar con la libertad que asiste a los dogmáticos “... *forma parte del aparato social del poder...*” (2004: 126).

Lo que resalta Wolfgang Frisch en su «*Comportamiento típico e imputación del resultado*», en cuanto al Derecho penal sustantivo:

Uno de los logros esenciales de nuestro Derecho penal alemán es que la cuestión de si una persona es o no responsable penalmente no se puede dirimir mediante elucubraciones de plausibilidad, tópicamente abiertas, sino que depende de la realización de categorías básicas del hecho punible absolutamente determinadas. En las ideas así desarrolladas a lo largo de decenios de arduo trabajo se basa no sólo el alto nivel del Derecho penal alemán como derecho penal elaborado dogmáticamente. Ante todo, la concepción sistemática garantiza la igualdad, la coherencia interna y la justicia en la aplicación del Derecho (2004: 20).

Parecer este, el cual merece complementar con lo afirmado por Maier, citando a Beling, en cuanto a que el Derecho penal sustantivo sólo puede realizarse a través del Derecho procesal penal, razón por la cual se le denomina como «*Derecho de realización*» (2004: 84), en cuanto parte del Derecho Público de un Estado de Derecho que se caracteriza por la limitación de los poderes del Estado (2004: 90), además de destacar las repercusiones que tiene el Derecho penal en el Derecho procesal penal y de este sobre aquel, bien en lo atinente al principio del acto y demás categorías dogmáticas del concepto de delito, bien en cuanto a la expresión que dichas

categorías sustantivas pueden tener en el proceso penal, como en el principio de oportunidad (2004: 149 y ss.) y, en el caso que nos ocupa, con la flagrancia.

Razón por lo cual, como enseña Fernández en «*Concepto y límites del Derecho penal*», la división entre Derecho penal sustantivo y Derecho penal adjetivo antes que real, es metodológica y operativa, dada la existencia de interrelación entre Derecho penal, Derecho procesal penal y Debido Proceso, por lo que afirma:

El derecho penal llega a la vida únicamente por medio de los instrumentos que le proporciona el derecho procesal y este es un conjunto antiestético de fórmulas vacías si prescinde del derecho penal. En todo caso, no hay derecho penal material sin debido proceso y la conformación de este es precisamente la misión del derecho procesal penal (1994: 77).

De entrada entonces, el tema a investigar invita a pensar en dichaplática entre dogmática y jurisprudencia, como presupuesto necesario para la concreción de la interpretación y aplicación del Derecho penal material en el proceso, de un modo científico, racional, igualitario y seguro, en garantía de las libertades de todos los ciudadanos.

Por ello, el encuentro entre dogmática y jurisprudencia que se plantea en el ámbito del Derecho penal sustantivo o material –*como no podía ser de otro modo*–, también alcanza a la praxis procesal y, por consiguiente, al Derecho procesal penal y sus categorías, como el concepto de flagrancia. Todo lo cual se hace necesario, pues como se ha dicho es a través del proceso penal donde se concreta la aplicación del Derecho penal material, siendo oportuno indicar que la flagrancia se refiere a la comisión de un delito o su participación en él, lo que constituye el objeto del proceso, el cual, al estar regido por el principio de indisponibilidad de las partes (Montero, 1997: 135),

incluso del juez, en atención a las garantías de jurisdiccionalidad y legalidad (1997: 21), las cuales, en modo alguno pueden relajarse o desformalizarse.

Necesidad que afirma, inclusive, un crítico de la “belleza” dogmática jurídico-penal como Binder, quien se ha pronunciado en muchas de sus intervenciones científicas u obras, entre ellas, en su «*Introducción al derecho procesal penal*», en cuyo prefacio llama la atención a no dejarse deslumbrar por el resplandor de la dogmática, como le ocurre al fabricante de guillotinas que se regodea con el brillo de la madera y la precisión de la hoja de metal, en cuanto presenta dicha obra como «*una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros en unas jaulas*» (1999: 19). No obstante así, también se ha manifestado en cuanto a la importancia de la dogmática penal comprensiva de la Teoría del delito y la Teoría de la pena, inescindible en el desarrollo del proceso penal en el artículo de su autoría «*La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*», al concluir:

Hemos analizado la importancia de la dogmática penal y realizado un pequeño resumen de sus contenidos principales. El propósito principal de mi conferencia era el de acabar con la creencia de que la teoría puede caminar por un lado y la práctica por otro. Todos los esfuerzos teóricos se han hecho y se hacen para influir en la práctica. La dogmática penal en particular ha fabricado un poderoso instrumento conceptual que está al servicio de la racionalidad y seguramente podrá estar al servicio de la justicia, si ustedes, defensores de los acusados, la sacan de los tratados y manuales y la llevan a la vida cotidiana de la administración de justicia (1993: 169).

Por lo anterior, tal y como destaca Fernández: «*La ciencia penal no se practica sólo para aumentar el conocimiento, sino también para que, mediante ello, mejore la práctica de la justicia judicial como parte (mínima por cierto y secundaria) de la justicia social*» (1999: 23).

En este sentido, como se sabe, uno de los tópicos más debatidos en el seno de la doctrina y la praxis judicial es el de la flagrancia, bien por el hecho de que la definición legal prevista en el Código Orgánico Procesal Penal no pasa de ser una enunciación formal sin ahondar en sus elementos y precisar sustancialmente su alcance normativo; o bien porque no es al legislador a quien corresponde precisar definiciones o conceptos dogmáticos, sumado a que en las más de las veces las definiciones legales no son del todo claras (Larsen, 2015: 4); bien por el recurrente uso de la flagrancia a los fines de restringir la libertad sobre quien se la decreta y anticipar la privación judicial preventiva de libertad; o porque el contexto utilitarista de la flagrancia se manifiesta extendiendo su definición legal; así como por el uso “político-criminal” que se le ha dado en la “lucha contra la criminalidad”, tanto por el legislador –*donde destaca la previsión establecida en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*-, como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y los Tribunales de Control, quienes también asumen “político-criminalmente” la mencionada “lucha”.

De suyo entonces, el acercamiento entre ciencia y praxis no sólo procura delimitar el concepto de la flagrancia partiendo de su definición legal prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, sino encauzar la praxis judicial en terrenos propios de la dogmática penal, en la idea no sólo de lograr una aplicación segura e igualitaria del Derecho penal, librada del azar, sino de asegurar los espacios de libertad que se vienen conculcando en el indiscriminado uso de la flagrancia, en detrimento de su noción etimológica y científica, sus elementos y, por ende, de las libertades ciudadanas, las cuales quedan a la disposición del Estado Policial debido a la actuación acientífica de sus funcionarios y, lo que es más grave, de la flexibilización de tal definición legal en la praxis judicial de muchos Tribunales.

Una flexibilización, valga la expresión, que descontextualiza la noción de flagrancia como algo que flamea o está a la vista y se percibe por los sentidos de forma evidente y que en el conocimiento vulgar tiene una significación conforme a la expresión de la sorpresa “... *con las manos en la masa...*”.

Así, en lo atinente a la definición legal de flagrancia, a tenor de la cual un sector importante de la doctrina distingue entre flagrancia real, cuasi-flagrancia y flagrancia presunta, la misma se entiende integrada ciertos elementos: a) percepción sensorial, b) inmediatez temporal y personal, y, c) necesidad y urgencia de intervención (Rives, 1999: 405), teniéndose que el primero de ellos no se aviene con la intuición, la sospecha o las presunciones acerca de la ejecución y/o comisión de un delito y éstos, a su vez, no se corresponden con la inmediatez y, finalmente, con el fundamento político criminal de la flagrancia, el cual se encuentra en la necesidad y urgencia de intervención, en lo que podríamos denominar como el cierre del “tipo” legal de la flagrancia, en tanto autoriza o habilita al Estado Policial para la restricción de derechos sin orden judicial.

Sin embargo, en lo que podría denominarse como una flexibilización de la flagrancia, se llega a confundir permanencia con evidencia o percepción sensorial de la ejecución de un delito, descontextualizándose los verbos rectores de los tipos penales, conjugándolos en gerundio para afirmar que el delito se estaba “*cometiendo*” y entender que se está ante un supuesto de flagrancia, pretendiéndose, en muchos casos, configurarla a través de hallazgos, legales e ilegales, como lo son los supuestos del hallazgo casual, verbigracia, cuando en el marco de un allanamiento legalmente autorizado para la investigación de un robo agravado y la búsqueda de armas de fuego se consigue una cantidad de drogas ilícitas; o como ocurre con entradas ilegales en recintos privados, en los cuales, luego de descubrir el lugar donde

se mantenía en cautiverio la persona secuestrada, o donde se hallaba “oculta” alguna sustancia ilícita o arma de fuego, acaba por afirmarse la existencia de la flagrancia, en virtud de lo cual acaban por legitimarse supuestos de prueba ilícita.

De igual manera, la praxis judicial viene dando cuenta del uso de la flagrancia a los fines de privar de libertad a las personas que son investigadas por la presunta realización de un delito, caso en el cual se las detiene policialmente y se las presenta ante los jueces de control, manteniendo la privación de libertad, decretándose con lugar la solicitud de flagrancia y el procedimiento abreviado o, en el caso de una excepción convertida en regla, ordenando el procedimiento ordinario, debiendo acotar que en una cantidad significativa de casos la flagrancia es harto discutible, en tanto la misma pareciera utilizarse en la necesidad de legitimar la privación de libertad realizada por la policía, así como para anticipar el dictado de la privación judicial preventiva de libertad.

Por ello, en gran parte de tales casos, la definición legal de flagrancia es relajada en cuanto a su noción, estructura y elementos, al igual que en lo relacionado con su valoración al margen del respectivo tipo penal y del delito en particular, habida cuenta que algunos delitos en virtud de los cuales se la decreta, a saber: el ocultamiento de drogas ilícitas, la tenencia ilícita de tales sustancias o de armas de fuego, el secuestro, la instigación pública, la receptación, la falsificación de documentos, el uso de los documentos falsificados, la pertenencia a una asociación terrorista o banda de criminalidad organizada (*asociación para delinquir en tanto delito de organización*), son de difícil percepción sensorial y apenas se descubren mediante investigaciones o indagaciones policiales previas, confirmatorias de sospechas o informaciones de pesquisas policiales.

Ejemplo de ello lo constituyen la sentencia N° 345 del 14 de agosto de 2002, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se consideró la flagrancia ante un allanamiento realizado sin orden judicial a partir de una información telefónica y donde se produjo el hallazgo de drogas ilícitas, así como la sentencia N° 2580 del 11 de diciembre de 2001, de la Sala Constitucional, a tenor de la cual se indicó que la intuición y experiencia policial permitía configurar la flagrancia en supuestos como el de una persona próxima a abordar un vuelo, quien llevaba intracorpóreedediles con drogas ilícitas para transportarlos.

Siendo importante destacar que el concepto de flagrancia también se ha flexibilizado a partir de unas sentencias de la Sala Constitucional a propósito de un recurso de nulidad interpuesto contra unos artículos de la derogada Ley de Violencia Contra la Mujer y la Familia, así como de un recurso de interpretación en atención a lo decidido con respecto a tal recurso de nulidad, todo lo cual se materializó por parte del legislador con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. En esta normativa, determinada por el ideal político-criminal de “protección” a la mujer, se extendió la flagrancia a situaciones de hecho en las que además de la ausencia de la percepción sensorial en la sorpresa de la realización del delito, no existe una relación de inmediatez temporal, ni de necesidad y urgencia de intervención, en tanto que la la flagrancia puede configurarse mediante una denuncia dentro de las veinticuatro horas después de “ocurrido” el delito.

A lo que ha de sumarse que muchos de los tipos penales previstos en la citada Ley difícilmente pueden cometerse en situación de flagrancia, atendiendo, claro está, a la tradicional definición de delito flagrante como aquél que se está cometiendo o acaba de cometerse y en atención al cual se ha tenido percepción sensorial, bien por la autoridad o por el particular.

Acá se aprecia lo que parece ser la consecuencia de una asimilación de la flagrancia con las necesidades propias de las medidas de protección en dicha ley, así como también de una aparente desvinculación de la flagrancia en orden a la teoría del delito, olvidando que esta sólo puede predicarse en atención al constructo científico que supone el concepto de delito, sus formas de ejecución y realización típica, vale decir, consumados, tentados, en concurso real o ideal, en coautoría o participación, comprensiva de la instigación o determinación (denominada autoría intelectual).

Enunciado lo anterior, es por lo que la presente investigación tiene por título el que la flagrancia se encuentre entre dos aguas, una de las cuales ha de ser encauzada en atención a los criterios científicos que dan contenido a la flagrancia, sin olvidar que ésta se constituye en una excepción de la excepción en cuanto permite restringir derechos sin la respectiva orden judicial que supone una excepción al principio según el cual los derechos gozan de garantías de inviolabilidad, habida cuenta que toda norma permisiva tiene límites.

Por tanto, en este trabajo, como se ha puesto de relieve, el sentido de lo dogmático viene determinado por el concepto del Derecho penal como ciencia, en cuanto conjunto de límites al poder punitivo del Estado a los fines de promover el Estado Constitucional de Derecho (Zaffaroni, 2005: 24), mientras que el significado de lo “político-criminal” se halla consustanciado con la praxis judicial de “lucha contra la criminalidad”, la cual, como habrá de demostrarse en la investigación, se emparenta con el ideal político-criminal del legislador penal.

Se trata también de poner de relieve la tensión entre prevención y garantías (Alcácer, 2002: 140) o, antes bien, de delinear el *deber ser* en cuanto a la flagrancia desde la perspectiva del Derecho penal, entendido

como la Magna Carta del Ciudadano y barrera intransgredible o infranqueable de la política criminal (Listz, 1926: 17), en tanto que si bien el Estado se encuentra legitimado en el recurso al *iuspuniendi* en la prevención del delito, tal y como se desprenden de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, el orden constitucional y legal, tal recurso no puede concretarse de cualquier modo. Menos aún, recurriendo al relajamiento de la flagrancia para restringir derechos y libertades al margen de la legalidad y, por consecuencia, del debido proceso.

Parafraseando a Roxin (2006: 137), en relación al principio de legalidad penal, el Derecho penal no sólo ha de proteger a las personas frente a la violencia del delito, sino, con mayor énfasis, frente a la violencia del Estado cuando ejerce el *iuspuniendi*. Aún más, en tanto que el Estado prohíbe por principio la venganza privada, precisamente por ello es por lo que se encuentra obligado a tutelar las libertades de sus ciudadanos frente al delito a la par de garantizar un proceso para el justo y racional juzgamiento del infractor, cuyas garantías en salvaguarda de sus libertades al hallarse vinculadas con la Constitución lo llevan a afirmar que el proceso penal es su sismógrafo (2000b: 2 - 10). Para evitar, diríamos desde la perspectiva de la Criminología Crítica y las enseñanzas de Lola Aniyar de Castro, quedar atrapados en la dinámica de “todos víctimas” en la pretendida asepsia del sistema de justicia penal (2007: 29).

En este sentido y a los fines del presente trabajo de investigación, el mismo se ha configurado en cinco capítulos, el primero de los cuales (*Capítulo I*), versará sobre el planteamiento del problema de investigación, la formulación del problema, los objetivos de investigación, su justificación, alcance e importancia, además de las limitaciones, en atención a lo cual procurará dejarse claro el problema, brevemente anticipado en esta introducción, además de esbozar la propuesta de investigación en cuanto al

estado de la cuestión, la respuesta y su solución. Esto es, al decir de Sampieri y otros (2002: 10), en un intento de afinar la idea de investigación.

En el Capítulo II (*Infra*), se presentará el marco teórico para dejar constancia de los antecedentes de la investigación en cuanto a la noción legal de la flagrancia y la dogmática que la sustenta, al mismo tiempo que algunas valoraciones jurisprudenciales, a tener presente en el estudio y análisis de la flagrancia en el seno de la doctrina jurídico-penal, del concepto del delito y, en particular, del comportamiento como elemento en cuanto al Derecho penal de acto, para valorar la praxis judicial y legislativa de la flagrancia.

Así, en este Capítulo se materializará una parte significativa del contenido de la investigación, derivada de las lecturas, el estudio y la reflexión en torno a las fuentes de investigación a consultadas, incluido el abordaje de algunas sentencias.

Seguidamente, se hará lo propio con las bases legales a tener presente en la investigación, sin desatender alguna precisión en lo que respecta a la presentación de algunos términos y conceptos sobre derecho penal, dogmática y política criminal, prosiguiendo en este orden cronológico con el marco metodológico de la investigación (*Capítulo III*), en el que se pondrá de presente cuál ha sido el tipo de investigación –*documental*- y el diseño de la misma –*descriptivo-valorativo*-, entre el ser y el deber ser, aunado a la expresión de las técnicas de recolección y procesamiento de la información relevante para el desarrollo de esta investigación.

Finalmente, este trabajo contiene, como es evidente en todo discurso de carácter científico, el abordaje del devenir de la investigación en cuanto al objeto de estudio, análisis y reflexión de lo investigado (*Capítulo IV*), como paso previo al apartado de las conclusiones y recomendaciones (*Capítulo V*).

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1.- Planteamiento del problema

Siguiendo a Bernal (2006: 84), todo problema de investigación se origina en una idea sobre una realidad o un tópico que ha de ser estudiado, confrontado y reflexionado, enunciando la problemática y describiendo el estado la situación y pasando a formularla en el ideal de plantearse el pronóstico del problema a ser resuelto o, al menos, para ser presentado en el ámbito de la comunidad científica.

Tanto del título de la investigación «*La flagrancia: entre lo dogmático y político criminal*», como de lo esbozado en la introducción, puede advertirse el planteamiento del problema y, antes de ello, la idea de investigación, la cual, en abono de la honestidad científica y profesional, tiene su referente en una línea de investigación iniciada hace un tiempo entre las Secciones de Derecho Penal y de Justicia y Proceso del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” de esta Universidad de Los Andes (CENIPEC-ULA), en el contexto de la cual se han publicado dos trabajos en la Revista CENIPEC, a saber: “*La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia. Comentarios a la sentencia N° 2580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*” (Revista N° 24) y “*La flagrancia en los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes*” (Revista N° 26).

Línea de investigación, huelga decir, la cual se ha seguido desarrollando a la par de la experiencia docente en la Cátedra de Derecho Penal de la

Escuela de Derecho de esta Universidad de Los Andes, en cuyas aulas se insiste en la necesidad de hacer que la realidad de la praxis judicial se concrete conforme a la teoría, de lo que se afirma que sin teoría no hay praxis ni derechos; a lo que se suma la práctica profesional en el ejercicio de la profesión como litigante, siendo oportuno advertir que el título de esta investigación es el mismo de un pequeño artículo publicado en el Diario Frontera de esta ciudad de Mérida, con ocasión de una columna de opinión que tenía la Maestría denominada *Tribuna Penal*. La cual, estimo habría de ser recuperada por la relevancia que tiene para la Maestría y la consecución del diálogo entre academia y jueces.

Por consiguiente, el problema de investigación, su planteamiento y formulación, es consecuencia de una incipiente idea surgida con ocasión de la aludida línea de investigación, planteada como una primera aproximación a la realidad observada desde la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, debido a la importancia de la flagrancia y las discusiones que comenzaron a generarse ante la necesidad de restringir la libertad de personas presuntamente involucradas en la comisión de delitos por parte de los órganos policiales, los cuales, muy a pesar de lo dispuesto en la normativa del Código de Enjuiciamiento Criminal, podían restringir la libertad de las personas sin orden judicial para investigarlas, a partir de la pura sospecha, caso en el cual podían mantenerlas privadas de libertad durante ocho (08) días continuos, antes de presentarlas al juez de instrucción.

Así las cosas, la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal –*constitutivo de un sistema procesal en el que la libertad se estableció como la regla y su restricción como excepción, que sólo podía ser concretada previa orden judicial, salvo en los supuestos de flagrancia-*, implicó la pérdida de poder de los órganos policiales, en cuanto ya no podían limitar la libertad de los ciudadanos a partir de sospechas, pesquisas, sin necesidad de acudir

al órgano judicial, tal y como se concretaba en la praxis del sistema predominantemente inquisitivo del Código de Enjuiciamiento Criminal, bien por la propia naturaleza y estructura de tal ordenamiento procesal, ora por el hecho de que el juez de instrucción delegaba tales pesquisas policiales, afectantes de la libertad de los ciudadanos, en manos de la extinta Policía Técnica Judicial (Agudo, 1983: 124), sin ejercer control alguno.

Dicho de otro modo, la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal comportó una merma significativa del poder punitivo del Estado Policial, generándose un rechazo general por parte del orden policial, incluso, como habrá de recordarse, de quien para el momento era el Fiscal General de la República, el Dr. Iván Darío Badell González. A esto se sumaron las presiones sociales que fueron incrementándose debido a la liberación de un importante número de justiciables “*presos sin condena*”, aunado a la percepción de impunidad que fue concretándose debido a la idea según la cual sólo se podía aprehender a los “delincuentes” en situación de flagrancia y que además ello sólo se configuraba con la presencia de testigos, incluso, se afirmaba la necesidad de que fueran un mínimo de dos testigos.

En este estado, la flagrancia adquirió una relevancia al punto de ponerse de moda y dar lugar a la primera reforma del Código Orgánico Procesal Penal, realizada por la Comisión Legislativa Nacional (*el recordado “Congresillo” que sustituyó al Congreso de la República*), el 25 de julio de 2000, publicada en Gaceta Oficial N° 37.022 del 25 de agosto de 2000, reformándose los artículos 257 y 374, en cuanto al primero, para sustituir la expresión normativa *imputado* por la de *sospechoso*, mientras que en relación al segundo, para extender el plazo del juez de control en cuanto a la decisión sobre la libertad del aprehendido en flagrancia, el cual pasó de

veinticuatro (24) horas desde que era puesto a la orden del juez, a setenta y dos (72) horas.¹

Siendo así, tal relevancia y preeminencia de la flagrancia se materializó en la actividad policial y judicial, en tanto que a partir de allí, todo es flagrancia:

En el ámbito policial, favoreciendo restricciones de la libertad personal del recinto privado sin orden judicial, que luego se legitiman con el hallazgo de lo que se investiga, incluso con inspecciones personales y de vehículos, las cuales, a pesar de implicar una indagación previa se interpretan en la norma de la flagrancia, así como también con el hallazgo de sustancias ilícitas o de evidencias criminalísticas que se incautan a través de entradas y registros sin orden judicial, legitimado con la expresión normativa del delito que se estaba “cometiendo”; todo lo cual, sin duda alguna, ha ampliado el margen de actuación del Estado Policial, necesario –se afirma–, en la lucha contra la criminalidad. Siendo característico de esta ampliación del espectro punitivo y del Estado Policial el conocido “madrugonazo” del CICPC y la reciente Operación de Liberación del Pueblo (OLP).

En el judicial, mediante la declaratoria de la flagrancia como una forma anticipada de privaciones judiciales preventivas de libertad. Dinámica ésta, que a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, propició el que se enviaran a juicio a personas que decían haberse sorprendido en flagrancia, en situaciones no tan claras al tratarse de supuestos en los cuales no se habían recabado suficientes evidencias que dieran lugar al juicio sin investigación previa, propia del procedimiento ordinario que para entonces

¹Un dato de interés en lo atinente a la relevancia adquirida por la flagrancia se advierte de la estadística mencionada por la Fiscal General de República, en cuanto a que en el 2010, se produjeron 137.461 aprehensiones flagrantes en el país y en relación a ello se concretaron 102.553 procedimientos, todo lo cual motivó la creación de Fiscalías de Flagrancia (<http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/quest/articulos-de-opinion-fiscal-general/-/blogs/fiscalias-de-flagrancia>).

resultaba incompatible con el procedimiento breve de la flagrancia. De allí que ante la necesidad de decretar la flagrancia y seguir investigando, en la segunda reforma del Código Orgánico Procesal Penal en 2001, se consagró una norma que permitía –y permite, dado su actual vigencia-, decretar el procedimiento ordinario a pesar de calificar la aprehensión flagrante.

Modificación, la cual se concretó por cuanto en la norma original del Código, una vez decretada con lugar la solicitud de calificación de flagrancia, debía procederse al procedimiento breve con el subsiguiente envío de la causa a juicio oral y público, sin fase preliminar –de investigación- e intermedia, dificultándose con ello la prueba en dichos supuestos de cuasi flagrancia. Con ello, se lograba la restricción de la libertad de la persona “investigada” previamente en el contexto de la actuación policial, además de la prosecución de la investigación penal de procedimiento ordinario.

En atención a este dato puede apreciarse lo señalado por Rosales (2012: 158; 2013: 102 – 196), quien refiere la flagrancia como una modalidad de iniciar el proceso penal, sobre manera en delitos de posesión o tenencia, con lo cual, a juzgar por la incidencia de la flagrancia en el proceso penal, el Estado Policial ha ganado espacios frente al Constitucional. De allí que la profesora de la Universidad Central de Venezuela, al hablar de la reforma penal venezolana sostenga que el legislador volvió a «*policializar la justicia penal*» (2002: 229).

Por consiguiente, la idea que ha dado lugar a este trabajo de investigación de proseguir y ahondar científicamente en la línea de investigación antes referida desde la perspectiva procesal y sustantiva, allende la político criminal, se relaciona con una aproximación a la realidad resultante de una praxis policial y judicial en cuanto a la distancia de tal actividad respecto a lo normativo. Es decir, entre la dogmática penal y la jurisprudencia y, por tanto,

en palabras de Ferrajoli, que transcurre en una divergencia entre lo normativo y la efectividad de los derechos y garantías (2000: 851).

Teniendo en cuenta lo indicado por Sampieri y otros (2002: 30), es a partir de esta observación y apreciación de la realidad antes descrita –*la cual se sigue observando y valorando*–, en atención a lo cual se ha originado la presente investigación, lo que permite plantear el problema de investigación y formularlo, en tanto la profundización en la realidad observada y valorada, así como el estudio de la doctrina y la jurisprudencia, facilitan o pudieran facilitar la tarea de afinar y formalizar el problema a investigar, habida cuenta que el mismo requiere de una solución (Fidias Arias, 2006: 37). Fundamentalmente, porque en términos generales y de fondo, el problema a solucionar atañe a la salvaguarda de las libertades a ser tuteladas por el principio de legalidad penal, en tanto límite del Poder Punitivo del Estado antes que fundamento.

En este orden, el problema de investigación cuya solución se pretende, al menos para la reflexión científica, tiene su punto de partida en el uso indiscriminado de la flagrancia, el cual comporta la flexibilización de su noción legal con prescindencia de la doctrina que la sustenta, derivándose de ello un espacio propicio para la ampliación del Poder Punitivo del Estado en cuanto a la restricción de libertades y derechos sin orden judicial, con la correspondiente ampliación del Estado Policial y los excesos de cuya actuación se derivan cuando se actúa al margen de la legalidad mediante la extensión de la definición legal de flagrancia.

Visto así, lo antedicho pone de manifiesto la idea de investigación y el planteamiento del problema, entendido, como enseña Balestrini (2006: 51), en tanto proceso de creación que comporta pensar una realidad determinada, problematizándola con el propósito de proceder a deslindarla a través de esta investigación. Todo lo cual, dicho sea de paso, da cuenta de

su factibilidad dada una realidad o entorno que permite la comprobación o constatación científica del problema y su eventual solución (Sampieri y otros, 2002: 43).

En atención a lo expresado, cabría preguntarse:

¿Puede interpretarse la noción legal de flagrancia prescindiendo de la doctrina jurídico-penal procesal y sustantiva?

¿Es propio de un Estado de Derecho que las normas, sobre manera, las que permiten restringir las libertades sin orden judicial se interpreten y apliquen de cualquier modo, incluso conforme al conocimiento vulgar de “flagrancia”?

¿Es necesario procurar que la praxis judicial y –*con mayor razón la policial*- transcurra en el marco de lo científico?

Aún más, en la idea de conjurar la impunidad que se genera por la mala praxis policial y judicial –*bien la del presunto delito que se investiga, como la de los funcionarios que terminan actuando ilegal e ilícitamente*: ¿Puede prescindirse de la dogmática que dimana de un Derecho penal de garantías?

¿Acaso la flagrancia conlleva la preeminencia de la seguridad ciudadana como un bien jurídico de mayor importancia que los espacios de libertad?

¿Existen límites deontológicos en la escogencia de los medios para la aplicación del Derecho penal positivo vigente?

¿Las construcciones científicas en torno a la flagrancia condicionan la praxis policial y judicial en relación a la tutela de las libertades ciudadanas respecto del Poder Punitivo del Estado?

Finalmente: ¿La ciencia del Derecho penal procura la legitimación de cualquier ideal político criminal?

Las respuestas a las antedichas interrogantes, invitan a pensar en el título de este trabajo «*La flagrancia: entre lo dogmático y político criminal*», la que de igual modo podría intitularse «*La flagrancia: entre la teoría y la praxis*», en tanto el problema de investigación se circunscribe a la interpretación de la noción legal de la flagrancia, en cuanto a si la misma debe o no aplicarse con sustento en la dogmática jurídico penal.

Por tanto, expuesto el problema de la presente investigación, toca aproximarnos a la formulación del problema, entendido como la concreción de la problemática planteada (Fidias Arias, 2006: 41), delimitándolo en orden a la valoración del *ser* constituido por la praxis judicial de la flagrancia y el *deber ser* por las normas que definen la flagrancia, a los fines de confrontarlo la dogmática de la flagrancia elaborada por la doctrina penal, partiendo del ideal según el cual el legislador no define ni conceptualiza a través de las normas al tratarse esta labor un asunto propio de la ciencia del Derecho penal y, por ende, de los teóricos.

Razón por la cual, este trabajo supone la descripción de la praxis judicial de la flagrancia, cuyo contexto se ha puesto de relieve. Una descripción de la realidad concebida como una problemática en atención a los límites de su noción constitucional y legal –*delineada normativa y dogmáticamente por la ciencia del Derecho penal*–, por lo cual habrá de procurarse una respuesta a

tal diagnóstico conforme a una prescripción valorativa acerca de la necesidad del diálogo entre ciencia y jurisprudencia.

Así las cosas, planteado y formulado el problema de investigación, podemos cerrar este apartado con la hipótesis a ser demostrada en la investigación, en el sentido en torno al cual podría afirmarse que la praxis policial y judicial de la flagrancia es consecuencia, primordialmente, de la prescindencia de los criterios edificados por la ciencia del Derecho penal en torno a tan importante figura procesal.

1.2.- Objetivos de la investigación

Conforme lo exponen Sampieri y otros (2002: 44), todo planteamiento de un problema de investigación contiene los objetivos de la investigación, las preguntas de investigación y la justificación de la misma, debiendo destacar los objetivos de la investigación en tanto describen o nos ponen en cuenta acerca de la pretensión científica. Es decir, lo que se pretende con la investigación.

A lo anterior podemos añadir lo explicado por Balestrini, en cuanto los objetivos de la investigación también nos ayudan a orientar y delimitar la investigación en orden a lo pretendido, en tanto los objetivos se explican en relación al área temática y la especificidad del problema de investigación (2006: 67 - 68). En palabras de Arias:

Objetivo es sinónimo de meta, es decir, aquello que se aspira lograr o alcanzar. En este caso, nos referimos a *meta en términos de conocimiento*, es decir, los conocimientos que el investigador se propone obtener. En este orden de ideas: Objetivo de investigación es un enunciado que expresa lo que se desea indagar y conocer para responder a un problema planteado (2006: 43).

Finalmente, dado que los objetivos de investigación se orientan a precisar el alcance de la investigación en lo atinente a la pretensión del investigador, como enseña Pérez (2006: 63), también han de corresponderse con el planteamiento del problema y su formulación, las preguntas de investigación y, aún más, con el título del trabajo. Por lo cual, como no podía ser de otra manera, los objetivos que se exponen en lo que sigue, tratarán de cumplir con los elementos del concepto que lo definen como tal, es decir, en tanto objetivos.

1.2.1.- Objetivo general

Conforme a la argumentación precedente, es oportuno exponer qué se entiende por objetivo general y qué implica. Brevemente y de la mano de Ballestrini (2006: 68), el objetivo general o los objetivos generales, apuntan al fin último de la investigación en lo relacionado con el propósito macro de estudio, lo que se explicaría con el título del trabajo de investigación, el cual, a su vez, se halla consustanciado con el planteamiento del problema. En este particular, el objetivo general no es otro que el de:

Demostrar la necesidad de encauzar la praxis jurisprudencial de la flagrancia en terrenos de la dogmática del Derecho penal y la doctrina que la sustenta en la idea de limitar el ideal político criminal de la “lucha” contra la criminalidad, en virtud de la cual se recurre de modo indiscriminado y flexible a dicha figura.

1.2.2.- Objetivos específicos

Siguiendo las formas, los objetivos específicos, al decir de Bernal, se definen en cuanto dimanen del objetivo general y atienden a la realización de este, constituyendo los pasos para tal concreción (2006: 96). De este modo,

estos objetivos, concebidos instrumentalmente para la materialización del objetivo general de investigación, son los que siguen:

- Analizar algunas sentencias de las Salas de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en orden a la flagrancia,

- Determinar la noción jurisprudencial de la flagrancia a partir del análisis de las sentencias que podrían dar cuenta de la praxis judicial,

- Describir la dimensión constitucional y legal de la flagrancia conforme al ordenamiento jurídico venezolano,

- Precisar la noción dogmática de la flagrancia a los fines de dar cuenta del concepto científico de la misma, en orden a la valoración de su naturaleza, elementos, fundamento, alcance y límites,

- Confrontar dicha praxis jurisprudencial de la flagrancia con la dogmática del Derecho penal entendido como un Derecho de garantías, y

- Allanar la eventual divergencia entre el concepto dogmático de flagrancia y la praxis judicial en el marco de la cual se la entiende, interpreta y aplica, de modo que pueda establecerse un diálogo entre ciencia del Derecho penal y jurisprudencia con el propósito de lograr que la flagrancia se valore conforme a su concepto científico, fundamentalmente, para dar cuenta de la necesidad de dicho diálogo.

1.3.- Justificación de la investigación

Como ocurre con toda investigación, la que se desarrolla en esta oportunidad también ha de ser justificada, entendiendo que ello se concreta

en cuanto al porqué de la misma. Esto es, en torno a las razones de la investigación, a la par de la razonabilidad en cuanto no se trata de un capricho del investigador (Sampieri, 2002: 49).

En este sentido, la justificación de una investigación no vendría dada sólo por la exclusión de un capricho por parte del investigador, sino por su pertinencia en referencia, entre otras razones, a la relevancia social, práctica y teórica (2002: 50); bien por la trascendencia del problema planteado y de la solución del mismo; ora por la connotación teórico-práctica en cuanto a la necesaria relación entre ciencia y praxis judicial; así como por las implicaciones teóricas que el tópico a investigar representa de cara a la concreción normativa de restricciones de las libertades en el ejercicio del *iuspuniendi* por parte del Estado.

Como apunta Pérez, la justificación de la investigación, además de atender a las necesidades que la motivan, cumple un propósito primordial de presentar tales necesidades ante terceros en tanto redundará en el estudio de la problemática y la eventual solución de la misma (2006: 60).

En este orden, se refieren, entre otras, justificaciones teóricas y prácticas. Las primeras vinculadas a la reflexión y debate sobre conocimientos y teorías, mientras que las segundas implican la propuesta de resolver un problema, lo que de alguna manera enmarca muchas de las investigaciones en ciencias sociales en tanto se describe un estado de cosas para proponer su revisión (Bernal, 2006: 103).

De esta manera, atendiendo a lo anterior, la justificación de la presente investigación puede explicarse desde perspectivas teóricas, prácticas y epistemológicas en lo que respecta al objeto de estudio y método de la

ciencia del Derecho penal –*en lo sustantivo y lo procesal*–, entendido como un Derecho de garantías.

Así, en el ámbito de lo teórico, la justificación de esta investigación pasa por la precisión del concepto de flagrancia en cuanto figura o categoría dogmático-procesal, a través de la cual se trata un supuesto fáctico-normativo en atención a la sorpresa de la comisión de un delito, entendida como una situación en la que se la percibe de modo tal que resulta evidente al momento de estarlo cometiendo, lo que ha dado lugar a definirla a partir de la raíz etimológica de la expresión latina *flagrans*. A esto se suma, el que se entienda como un supuesto de hecho que surge de modo inmediato, súbito y espontáneo del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse.

Sin embargo, lo relativo a su definición va mucho más allá, en tanto que tal noción –*tipificada en la definición legal contenida en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal*–, ha de mirarse en cuanto a su naturaleza jurídica como figura o categoría dogmático-procesal constitutiva de una excepción de la excepción, en cuanto comporta una ampliación de la restricción de la inviolabilidad de ciertas libertades, las cuales, por principio sólo pueden afectarse cuando sea estrictamente necesario y a través de el dictado de una orden judicial, tal y como dispone la Carta Magna, de manera que la flagrancia, como se desprende de lo señalado, habilita al Poder Punitivo del Estado para restringir derechos sin orden judicial.

Razón esta última, la cual, no sólo invita al estudio de la flagrancia sino a sus elementos, el último de los cuales, la necesidad y urgencia de intervención, es precisamente el que posibilita la afectación de derechos sin orden judicial, por razones evidentemente político criminales de la inconveniencia de esperar a la autorización judicial.

De suyo entonces, las necesidades de investigación parecen resultar obvias, más aun si se tiene presente que la libertad personal es uno de los derechos fundamentales que resulta más afectado o intervenido en el contexto de la flagrancia, sin olvidar lo que ella comporta para la intimidad del domicilio, el recinto privado y la privacidad de las comunicaciones, al igual que las afectaciones a concretarse en orden a las intervenciones corporales.

Por lo demás, la definición legal de la flagrancia (la cual, como todas las normas del Derecho y del Derecho penal que restringen libertades, ha de interpretarse restrictivamente y en atención al principio *favor libertatis*), también encuentra respaldo normativo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de la cual también se limita al legislador en cuanto no tratan las normas constitucionales de normas programáticas sometidas a la voluntad del órgano legislativo. Por ello, también resulta de interés ocuparse de la flagrancia desde la legalidad constitucional, en cuanto si bien es cierto que en la norma de normas no existe una definición de flagrancia, no es menor cierto que el Constituyente se refiere a ella desde su concepto, el cual, de ninguna manera podría ser manipulado por el legislador ordinario debido a la reserva constitucional de lo indecible (Ferrajoli, 1999: 24).

Un límite constitucional, mediado por la ley en cuanto a lo que ha de entenderse por flagrancia que impide ser extendido a supuestos que le son ajenos.

Con lo cual, conviene estudiarla conforme a los conocimientos de la teoría del delito, en cuanto a que si la misma se explica con relación a la comisión de un delito, dicho de manera técnica, a la realización de un tipo penal, lo menos que puede hacerse es vincular su noción al concepto de delito, a la teoría del tipo y a la tipicidad y estructura de cada tipo en particular, tanto en

orden a la consumación como a la tentativa. Todo lo cual, es de interés pues de la praxis judicial, en no pocas ocasiones, se advierten decisiones que parecieran desligarse del tipo penal en el marco del cual se decreta la flagrancia.

Por esta vía se accede a la perspectiva práctica de uno de los tópicos más discutidos en el foro penal y la praxis atinente a la administración de justicia penal.

Al respecto, la relevancia de la flagrancia, como ya se dijo en la introducción, dimana de un estado de cosas que se ha consolidado a partir de la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal en la “lucha” contra la criminalidad y la impunidad, en atención al cual todo es flagrancia y todo acaba en audiencias de flagrancia y muchas de las veces en audiencias de presentación de personas aprehendidas en “flagrancia”.

Un estado de cosas, valga la expresión, que lamentablemente ha involucrado al Poder Judicial en la referida “lucha”, legitimándose procedimientos policiales cuya ilegalidad se resguarda en la flexible noción de flagrancia, comprensiva de actuaciones que incluso siendo legales no entran en la noción del delito flagrante o la aprehensión en flagrancia.

Así ocurre en muchas de las actuaciones policiales que se materializa la “lucha” contra el delito y de lo cual han derivado propuestas político-criminales como la el DIBISE, la Misión a Toda Vida, el Madrugonazo y, recientemente, con la creación de las Zonas de Paz y la Operación de Liberación del Pueblo (OLP).

En este sentido, la praxis policial y jurisdiccional no puede ser más reveladora de las necesidades de la presente investigación, delineada con el

propósito fundamental de conceptualizar la flagrancia y delimitar su fundamento procesal y político criminal, además de su alcance y límite. Y con ello, de limitar y contener al Estado Policial y al Poder Punitivo del Estado en cuanto se recurre con facilidad a la flagrancia dado que permite restringir derechos sin orden judicial, inclusive, con órdenes judiciales de allanamiento y registros que se interpretan en atención a la norma que legalmente define la flagrancia.

Por lo antes referido, es por lo que también se justifica este trabajo de investigación, dado que con el mismo se pretende no sólo delimitar el concepto de flagrancia, sino que a su vez se persigue reflexionar sobre el importante rol científico-práctico de la dogmática y la ciencia del Derecho penal, de la que, en palabras de Gimbernat (1999: 122), habrá de tener noticias los Tribunales Penales, al igual que la academia tiene y recibe noticias de sus decisiones, algunas de las cuales hacen parte de la discusión académica y, en particular, serán objeto de estudio y análisis en la presente investigación.

Y es en relación a este aspecto de la justificación donde adquiere relevancia la perspectiva epistemológica, en tanto y en cuanto la flagrancia no puede ser estudiada al margen de los principios y la teoría del Derecho penal, entendido como una ciencia teórico-práctica cuya misión más importante es la de contener al Poder Punitivo del Estado en la definición y persecución del delito. Es decir, asumido como un conjunto de teorías y criterios orientados a la tutela de las libertades ciudadanas y, por ende, en tanto Derecho de garantías, cuyo objeto de estudio es el Derecho positivo vigente para proponer cómo ha de ser su creación, interpretación y aplicación.

Por consiguiente, el trabajo de investigación a desarrollar también versará sobre la ciencia del Derecho penal en cuanto se ocupa del *ser* para prescribir el *deber ser* y, en orden a la flagrancia, para procurar que la realidad de la praxis policial y judicial, político-criminal, de “lucha” contra la criminalidad, se concrete los cauces a la dogmática y, como es evidente, de un Derecho penal de garantías.

Pretensión ésta, la cual ha sido expresada en el objetivo general al procurar el encauzamiento de la praxis de la flagrancia conforme a la dogmática del Derecho penal y la doctrina que sustenta –y *ha de sustentar*– el Derecho positivo vigente, su interpretación y aplicación. Sólo así se garantizará que el Derecho penal material –*el de los delitos y las penas*–, se concrete en el proceso –*entendido como una garantía instrumental para la realización de la justicia*–, de modo científico, racional, igualitario y seguro, en la garantía de las libertades de todos los ciudadanos y los sujetos de imputación, en cuanto sólo podrán ser intervenidos en sus derechos conforme a la ley y en el marco de esta. Esto es, en correspondencia con los principios del Estado de Derecho(s).

Recordando a von Liszt, el Derecho penal –*como Carta Magna del «ciudadano»*– es la infranqueable barrera de la Política Criminal, lo que, como se discute en el seno de la doctrina penal, reclama un compromiso de quienes se ocupan de la ciencia del Derecho penal en cuanto las construcciones teóricas han de tener como límite las libertades ciudadanas, así como también se exige a los que han sido investidos para asegurar un proceso con las debidas garantías en lugar de combatir la criminalidad y hacer política criminal: los jueces penales, quienes por cierto, no hacen parte del Poder Punitivo del Estado sino del Poder Judicial.

1.4.- Alcance de la Investigación

Cuando se trata del o los alcances de la investigación, nos referimos a su delimitación en cuanto al tópico como en lo atinente al espacio al cual se circunscribe la investigación y, en algunas, en lo atinente al tiempo en el marco del cual se halla situado el problema.

Así lo refiere Sabino (2002: 44), quien además de hacer énfasis en la pertinencia de la delimitación de la investigación en tanto permite reducir o circunscribir el problema de investigación, de igual modo se pronuncia en relación a que la delimitación de la investigación versa sobre el enfoque en términos concretos el tema de interés, sus alcances y sus límites. Al decir del autor, esto sólo es posible a través de una amplia revisión de la bibliografía disponible. Por ello añade: *«Sólo sobre la base de un conocimiento sólido y actualizado puede el investigador realizar una delimitación del tema que tenga sentido, definiendo un campo concreto y fecundo en qué trabajar»* (2002: 45). En sentido similar puntualiza Balestrini, quien incluso se anticipa al tópico de la delimitación de la investigación al ocuparse del título de la misma (2006: 22).

De suyo entonces, la presente investigación se encuentra circunscrita a una valoración dogmática y político-criminal de la flagrancia, en cuanto a la noción normativa expresada en el ordenamiento jurídico venezolano, la praxis judicial tenida en cuenta en algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que refieren las de los Tribunales de Instancia, dictadas, fundamentalmente, a partir de la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, así como el ideal político-criminal que subyace en alguna de tales decisiones y se ha concretado legislativamente en la normativa procesal del citado Código y de algunas leyes especiales, como es el caso de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

El haber intitulado la presente investigación como «*La flagrancia: entre lo dogmático y lo político criminal*», la localiza en una propuesta que tiene como objeto primordial el establecimiento de un diálogo entre ciencia y jurisprudencia, a la vez que involucra la valoración político criminal del Derecho penal objetivo, bien desde el concepto del Derecho penal, los principios que lo sustentan, la teoría del delito y la ineludible relación entre éste y el Derecho procesal penal. Esto último, no sólo desde una perspectiva científica, sino político-criminal, en cuanto el Derecho procesal penal acaba siendo utilizado de forma instrumental en cuanto a la “lucha” contra la criminalidad y el delito, en atención a lo cual la flagrancia parece ocupar un papel preeminente y preponderante.

Por ello, teniendo en cuenta lo antedicho, también cabe destacar que la investigación si bien no tiene un espacio de tiempo en específico, estrictamente delimitado, se ajusta una indagación que va desde la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal hasta el presente, sin desatender algunas valoraciones de la flagrancia en el contexto del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal.

A fin de cuentas, se trata de alcanzar el deseado diálogo entre dogmática y jurisprudencia, entre científicos y juristas, en la idea de precisar el concepto normativo-científico de la flagrancia, limitándola sólo a los supuestos que se corresponden con su desarrollo normativo y doctrinal.

1.5.- Limitaciones de la investigación

En cuanto a las limitaciones de esta investigación, tomando en cuenta el criterio expuesto por Bernal, quien se refiere a tres tipos de limitaciones, a saber: de tiempo, espacio y recursos (2006: 105), es preciso poner de

manifiesto que en el desarrollo de la misma las limitantes se han repartido de cierto modo en los tres tipos.

En primer término, aún a pesar del tiempo extendido para presentar este trabajo de investigación, ha de señalarse que el hecho de computar el tiempo para presentarlo a desde el inicio del curso de la escolaridad, de alguna manera acorta el espacio temporal para llevar adelante un estudio sosegado, a través de una amplia revisión de la documentación a consultar. Sobre manera, en un tema tan trabajado, pero necesitado de investigación como la flagrancia.

Al respecto, el que ello sea así comporta una limitante previa del tiempo para pensar la investigación, el tema y el enfoque, dado que normalmente las investigaciones no comienzan de la nada y, lo más probable e ideal, es que tengan su inicio en la reflexión de los tópicos abordados en las asignaturas que se cursan a medida que avanza la escolaridad.

En este sentido, *–como viene ocurriendo en el seno de la Maestría–*, pretender que en el primer Módulo se tenga terminado el Capítulo I de la tesis o trabajo de grado y, por ende, el tema de investigación, el problema y su formulación, con el sólo hecho de cursar Metodología, constituye *–en nuestro parecer–*, un despropósito metodológico, académico y científico, lo cual, en modo alguno se aviene con la debida reflexión del tópico de investigación.

No obstante, en atención a esta investigación, como se ha dicho, la misma se inscribe en la continuación de la una línea de investigación que seguirá trabajándose al no versar sobre un tema pacífico y agotado en el ámbito de la discusión científica y judicial. Por tanto, las limitaciones en este sentido no

han tenido tanta influencia a diferencia de lo acontecido con lo relativo a los recursos.

En segundo y último término, es dable y necesario acotar la concreción de algunas limitaciones en cuanto a las decisiones de Tribunales de Instancia, pues a las mismas sólo puede accederse si se acredita la cualidad de parte o auxiliar de la parte el respectivo expediente, siendo que los Tribunales de instancia no tienen actualizado el portal con respecto a sus decisiones, todo lo cual ha motivado la revisión de algunas decisiones de las Salas de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Esta limitación ha sido de menor impacto en relación a la consulta de textos, como Manuales, Libros y trabajos especializados, revisados en la Biblioteca del Centro de Documentación del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” (CENIPEC), CEDO-CIPEC, ubicada en la planta baja del Edificio de Postgrado de la Facultad y la Biblioteca de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes.

También se consultaron textos en la Biblioteca del Tribunal Supremo de Justicia, la Biblioteca del Ministerio Público y del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela, además de algunas – *contadas*– Bibliotecas personales de abogados en ejercicio y Escritorios Jurídicos.

Siendo oportuno hacer un paréntesis para agradecer a las personas que amablemente me recibieron y atendieron en dichos centros de documentación y bibliotecas, sin lo cual, la consulta de los textos habría sido cuando menos difícil en la ubicación y el acceso a los mismos.

De igual manera en esta investigación, resultaron de suma utilidad ciertos portales electrónicos, a saber: el del Tribunal Supremo de Justicia (<http://www.tsj.gob.ve>), Dialnet (<http://dialnet.unirioja.es>), un repositorio digital de gran valía en el ámbito de la investigación universitaria, al igual que Redalyc (<http://www.redalyc.org>), Latindex (<http://www.latindex.org>) y el Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS (<http://www.infojus.gob.ar>).

Por consiguiente, de las limitaciones experimentadas, la más apremiante se ha concretado en relación al tiempo dispuesto para la concepción de la investigación y su desarrollo, así como en lo referente a la consulta de las decisiones de Tribunales Penales de Primera y Segunda Instancia, si desatender que el abordaje de las mismas es tan inabarcable como lo escrito en cuanto al Derecho penal, sustantivo y procesal en cuanto a la flagrancia.

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.- Consideraciones generales

Uno de los aspectos relevantes de todo trabajo de investigación lo constituye el marco teórico. En él, se presenta el apoyo teórico que sirve de sustento a la investigación en cuanto al problema objeto de estudio y la perspectiva desde la cual se realiza, razón por la cual al hablar de marco teórico nos estamos remitiendo al fundamento de la investigación.

Por esta razón, es por la que Balestrini define al marco teórico como *«el resultado de la selección de aquellos aspectos más relacionados del cuerpo técnico epistemológico que se asume, referidos al tema específico elegido para su estudio»* (2006: 91), que además de denominarse como marco conceptual o referencial, tiene por propósito introducir al lector sobre el tema de investigación, además de servir apoyo en el desarrollo de la investigación (Pérez, 2006: 71). De allí el que Bernal (2006: 111), defina el marco teórico en tanto y en cuanto configura el *«aspecto constitutivo de toda investigación científica, que tiene como función básica servir de fundamento teórico de las investigaciones científicas»* y que define como marco referencial.

En virtud de lo referido, se hace necesario tener en cuenta la importancia del presente capítulo en cuanto se vincula a una parte esencial del trabajo de investigación, sobre manera si se está ante uno de tipo documental-bibliográfico donde predomina la teorización sin olvidar que ello comprende todo tipo o diseño de investigación, pues en palabras de Sabino (2002: 47), ningún hecho o fenómeno puede abordarse sin la adecuada conceptualización.

En términos del presente trabajo, diríamos: «*no hay praxis sin teoría*», dicho de otro modo, “realidad” conforme a la teoría, lo que inmediatamente nos remite a la validez de tal praxis. En el caso que nos ocupa: *la judicial*.

En síntesis, el marco teórico nos permite abordar la problemática de investigación atendiendo a unos conocimientos previos que incluso nos han llevado a investigar, así como a la selección de la bibliografía objeto de consulta. Razones éstas, en virtud de las cuales se afirma que el marco teórico, en tanto fundamentación teórica, también determina el ideal del investigador, su perspectiva de análisis y visión del problema a estudiar, conjuntamente con la orientación de la investigación (Balestrini, 2006: 91).

Por tanto, el marco teórico, referencial o conceptual, invita a un esbozo de las nociones existentes en relación al problema de investigación y el estado de la cuestión, así como en lo que respecta a los trabajos precedentes, anticipando, por tanto, lo que será del desarrollo de la investigación en el Capítulo del Análisis de los Resultados, debiendo acotar que en la presente investigación tendremos en cuenta la estructura sugerida por Balestrini, quien después de definir el marco teórico expone:

Por consiguiente, a propósito de sustentar desde una perspectiva teórica el problema, se hace necesario presentar en el marco teórico del proyecto de investigación: en primer lugar, la definición del paradigma teórico epistemológico que orienta el sentido y las líneas de acción de la investigación. En segundo lugar, aquellos enfoques teóricos derivados del paradigma que ha sido definido, vinculados con algunas dimensiones de análisis del problema. En tercer lugar, referir en la medida de lo posible, otras investigaciones que se ha realizado, inherentes al problema en estudio; y finalmente, los antecedentes de la investigación (2006: 91).

Esquema éste, el cual se seguirá a continuación, antes de entrar a dejar sentada las bases teóricas, constitucionales, legales y jurisprudenciales de la flagrancia en cuanto a lo dogmático y lo político criminal.

Así, en tanto que esta investigación tiene como objetivo general advertir o poner de relieve la necesidad de hacer que la praxis jurisprudencial de la flagrancia discorra entre las fronteras trazadas por la ciencia del Derecho penal y, por consiguiente, de la dogmática jurídico penal. Debido a esto, es necesario partir del paradigma que anima esta investigación, cual es el de un Derecho penal y, por ende, un proceso penal, concebidos como un sistema de garantías, lo que determina el contexto de la definición legal de la flagrancia y, lo que es más, de su concepto, siendo oportuno recurrir a Bunge en lo atinente a la científicidad de todo concepto y su validez (1983: 177).

El autor, luego de hacer hincapié en cuanto a que los términos “fantasma”, “amable”, “gordo”, no pueden tenerse como conceptos científicos, dado lo folklórico del primero, lo subjetivo del segundo y lo vago o indeterminado del tercero, sostiene como aspecto esencial e inherente a todo concepto su validez científica, la cual, persigue reducir la vaguedad a la mínima expresión, además de ubicar su contenido y validez en torno a un contexto científico determinado (1983: 177 y ss.). De allí lo expresado:

Un concepto científicamente válido tiene que poseer una intensión o connotación determinada. Dicho de otro modo: la vaguedad intensional de los conceptos científicos debe ser mínima. Esto excluye de la ciencia conceptos escandalosamente vagos como “pequeño”, “alto” y “posible” usados sin calificación o relativización. (...) Ahora bien, es imposible atribuir una intensión precisa a un concepto sino es en un algún contexto. Y el contexto propio de un concepto científico es un sistema científico. Por tanto, nuestra regla puede volver a formularse del modo siguiente: Una condición necesaria de la validez de un concepto en la ciencia es la posesión de una intensión suficientemente determinada en algún sistema científico (1983: 178).

Todo lo cual complementa al referirse a la interpretación científica, además de distinguir entre interpretación de un hecho cuando el mismo se explica y la de un signo artificial o símbolo, en cuanto se averigua o estipula lo que significa en un contexto determinado (1983: 160), contexto, valga la expresión, el cual nos remite a la definición científica en cuanto correspondencia *signo-signo*, al sostener:

En este sentido estricto una definición es propiamente una operación puramente conceptual por la cual (i) *se introduce formalmente* un nuevo término en algún sistema de signos (como el lenguaje de una teoría), y (ii) *se especifica* en alguna medida la significación del término introducido; en la medida, precisamente, en que es precisa la significación de los términos definientes. (...) los términos científicos suelen definirse, si se definen, en el contexto de sistemas científicos. Fuera de su propio contexto, las definiciones pueden perder todo interés (1983: 139).

De este modo, volviendo a Balestrini de la mano de Bunge, el marco teórico de la investigación a realizar tendría que tomar nota de las definiciones legales y conceptuales de la flagrancia, pero en el contexto epistemológico de la ciencia del Derecho penal entendida como «*la barrera intransgredible de la Política criminal*» (von Liszt, 1999: 71), así como en el contexto normativo de un Derecho penal y procesal penal propio de un Estado Constitucional Democrático y Social de Derecho y de Justicia, tal y como aparece delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por consiguiente, el diseño del marco teórico, si se permite la expresión, al versar sobre la conceptualización de la flagrancia, necesaria para una adecuada y válida aplicación judicial, además de exponer las nociones y conceptualizaciones de la flagrancia, también habrá de tener en cuenta las definiciones y conceptos del Derecho penal, así como de la Política Criminal,

pues al decir de Bunge toda conceptualización viene determinada en un contexto o sistema científico, sin lo cual mal puede hablarse de concepto o definición.

Visto así, el presente marco teórico versará sobre las construcciones teóricas de la flagrancia, sus previsiones normativas y las valoraciones jurisprudenciales, sin perder de vista su contexto científico y sistemático en lo atinente a un Derecho penal, propio de un Estado Constitucional de Derechos, concebido como límites al Poder Punitivo.

En efecto, el contexto científico y sistemático de la flagrancia si bien pudiera entenderse en tanto consecuencia del ejercicio del *iuspuniendi* lo atinente a la persecución del delito, de lo cual no cabe duda alguna desde la misión preventiva del Derecho penal, antes bien se halla contextualizado y delimitado por el Derecho penal entendido como un conjunto de límites antes que normas legitimadoras del Poder Punitivo y Político, así como por la instrumentalidad del proceso en orden a la justicia, en tanto sistema de garantías en lugar de mero trámite, lo que nos remite una meta-ética política cuyo fin último es la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona, en cuanto macro libertad negativa de no interferencia salvo las excepcionales y estrictas restricciones.

Por lo demás, orientándose la propuesta de investigación a encauzar la flagrancia en términos de la dogmática, en concreto, en orden a un Derecho penal de garantías y, al decir de Fernández (1988: 162), en el ideario de lo que denomina como dogmática axiológica, el discurso teórico discurre en la procura de una comprensión valorativa de la flagrancia tal y como se encuentra concebida en el sistema procesal del Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto a la tutela de las libertades ciudadanas en relación al ejercicio del Poder Punitivo, lo que explica el sentido normativo del artículo

233 *ejusdem*, el cual obliga conforme a la legalidad procesal y al sistema del juez (Alchourrón y Bulygin, 1998: 208), a interpretar restrictivamente las normas que impliquen restricciones a las libertades y derechos y, en particular, a las que definen la flagrancia, pues de lo que se trata es de una garantía negativa de límite, como todas las garantías penales y procesales, constitutivas de las valoraciones que se hallan en juego en la administración de justicia penal (Fernández, 1988: 162).

El contexto sistemático de la flagrancia, glosando a Bunge (1983), sería comprensivo también de una criminología democrática y de los derechos humanos (Aniyar, 2007: 38), se corresponde con la afirmación de von Liszt en cuanto a los límites de la política criminal estatal. Sobre manera al referir:

La Política criminal –flamante, pujante- tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La Política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar a las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho penal –hijo de la Política- las consagra. Como el Derecho penal, la Política criminal tiene, pues, sus límites: «el Derecho penal es la barrera intransgredible de la Política criminal» (1999: 71).

También se corresponde con el ideal de una dogmática jurídico-penal consciente y preocupada por sus consecuencias, comprometida con la construcción de un mejor Derecho penal y con una política criminal que no ha de perder la calma, tal y como pone de presente Hassemer al referirse a la policía en el Estado de Derecho y la garantía de la seguridad ciudadana:

El miedo al peligro y la atrofia de las normas nos ponen entre la espada y la pared. Estamos dispuestos más que nunca, a perseguir nuestra seguridad, a agarrarnos a cualquier brizna de paja, a construir cualquier barrera, a convertir principios en meras formalidades y a emplear inmediatamente cualquier instrumento que tengamos a nuestra disposición por fuerte que este sea (1999: 155).

Por consiguiente, la conceptualización de este marco teórico tiene dos propósitos, en primer lugar, describir el estado de la cuestión teórica, legal, jurisprudencial de la flagrancia y hacer del conocimiento de algunos antecedentes de investigación y, en segundo lugar, dar cuenta del aparato conceptual de la investigación en lo atinente a lo dogmático y lo político-criminal que en modo alguno es neutro o aséptico, sino deontológico (Farrell, 2003: 150) y ético político (Cortina, 1994: 35).

Lo antedicho obedece, a que el Derecho penal, el proceso penal y el sistema de justicia penal, no son asépticos en tanto que funcionalmente persiguen ideales político-criminales y hacen parte del sistema penal (Binder, 1997: 26). De igual forma, se debe al hecho de que los penalistas no podemos ser tan ingenuos para pensar en las “bondades” del sistema penal y en que sus decisiones político-criminales, así como el derecho positivo que surge de ellas, no tiene un contenido político. De no ser sí, en modo alguno se hablaría de la contraposición entre Derecho penal liberal y Derecho penal autoritario; entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. Tampoco se pensaría el Derecho penal en orden al modelo político y constitucional de Estado, como lo normativiza Mir al referirse al fundamento político del Derecho penal y de la pena en «*Función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho*» (2006: 95 y ss.); o del Derecho procesal penal en cuanto condicionante, a través de las garantías procesales, del ejercicio del poder penal del Estado (Vázquez, 2004a: 241).

Se advierte así, que todo apunta a un ideal garantista del Derecho penal y, como no podía ser de otro modo, del proceso penal y una de sus categorías o figuras dogmáticas como la flagrancia, cuyo discurso no puede ser neutro, dado que de ser así, como pone de relieve Fernández, no podría distinguirse entre un carcelero y un secuestrador, entre un verdugo y un sicario (1988: 153). No en balde, León se ha referido al sicario político “ejecutor de la Ley

penal” en relación a la politización de la justicia penal venezolana (2011), como una muestra de que el Derecho penal no puede ser sólo técnica y el proceso mero trámite, a menos que se dispongan a servirle a los “valores” de quien gobierna, cualquiera sea su signo, de derechas, de izquierdas, conservadores, “progresistas” o revolucionarios.

En suma, volviendo a la introducción, al planteamiento del problema y el objetivo general de la presente investigación, se trata de procurar un diálogo entre ciencia del Derecho penal y jurisprudencia no por el diálogo mismo o la exquisitez de la dogmática y sus construcciones, sino por lo que ha de servir a las libertades ciudadanas y, consecuentemente, de la ubicación ideológica y ético-política donde podemos militar los penalistas: en la del Derecho penal demoliberal o en la burocracia legitimante del autoritarismo penal.

Finalmente, de lo que se trata es de avanzar hacia el concepto de flagrancia y su sentido normativo en la filosofía de un Derecho penal demoliberal, el cual, siguiendo a Balestrini (2006: 108), además de ayudarnos a percibir la realidad de la praxis judicial, permitirá pre-configurar tal realidad.

2.2.- Antecedentes de la investigación

En cuanto a los precedentes de investigación, entendidos como las publicaciones relacionadas con el tema en artículos, trabajos de grado, monografías y textos específicos, en este caso, con respecto a la flagrancia, este apartado versará sobre la mención de algunas investigaciones y trabajos referidos al tema, fundamentalmente, en el ámbito de la doctrina patria, sin olvidar algunas publicaciones foráneas relevantes y de interés,

entre otras razones, para dejar anticipada una valoración de Derecho Comparado, tan necesaria como pertinente.

Comenzar estos antecedentes de investigación, habida cuenta del cambio de sistema procesal instaurado con el Código Orgánico Procesal, predominantemente acusatorio, distinto, como se sabe, del Código de Enjuiciamiento Criminal, sustancialmente inquisitivo, invita a tener en cuenta ciertos trabajos y autores relevantes previos a la vigencia del primero de los instrumentos normativos. Lo cual, es preciso resaltar, resulta de interés pues ya en el contexto normativo del Código de Enjuiciamiento Criminal, existía una norma que establecía lo que hoy se denomina como el principio de reserva judicial en materia de restricciones a la libertad personal y demás libertades ciudadanas.

El artículo 182, del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962, en su encabezamiento era del siguiente tenor:

Artículo 182.- Siempre que resulte plenamente comprobado que se ha cometido un hecho punible que merezca pena corporal, sin estar evidentemente prescrita la acción penal correspondiente, y aparezcan fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el Tribunal Instructor decretará la detención del indiciado, por auto razonado, que contendrá (...)

Norma esta, la cual se conjugaba con los artículos 183 y 184 *ejusdem*, los cuales establecían:

Artículo 183.- A ninguna persona puede detenerse sin los requisitos establecidos en el artículo anterior, a menos que, siendo el delito de los que merecen pena corporal, sea dicha persona sorprendida infraganti. En este caso, cualquiera autoridad deberá, y cualquier particular podrá aprehender al sorprendido.

Artículo 184.- Para los efectos del artículo precedente se tendrá como delito infraganti el que se comete actualmente o acaba de cometerse. También se tendrá como delito infraganti, aquel por el cual se vea el culpable perseguido de la autoridad policial, de la persona agraviada o del clamor Público, o en el que se le sorprenda, a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el delincuente.

A este respecto, puede tenerse como antecedente de investigación la «Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal Venezolano» de 1926 del Maestro Arminio Borjas, quien al comentar los artículos 182, 183 y 184,² realiza importantes valoraciones sobre el principio de reserva judicial (*previsto de manera expresa en la Constitución de 1999 en orden a las garantías de inviolabilidad de los derechos, en un sentido más garantista, de como estaba previsto en el encabezamiento y el segundo aparte del ordinal 1º del artículo 60 de la Carta Magna de 1961*)³, así como sobre la flagrancia (Borjas, 1982: 526 y ss.).

² El autor comenta los artículos 182, 183 y 184, del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926, los cuales establecían: **Artículo 182.-** Siempre que resulte comprobado que se ha cometido un hecho que merezca pena corporal, sin estar evidentemente prescrito, y haya fundados indicios de la culpabilidad de alguna persona, el funcionario de instrucción decretará la detención del indiciado y librára la orden correspondiente para llevarla a cabo (...). **Artículo 183.-** A ninguna persona puede detenerse sin los requisitos establecidos en el artículo anterior, a menos que, siendo el delito de los que merecen pena corporal, sea dicha persona sorprendida Infraganti. En este caso, cualquiera autoridad deberá, y cualquier particular podrá aprehender al sorprendido. **Artículo 184.-** Para los efectos del artículo precedente se tendrá como delito Infraganti el que se comete actualmente o acaba de cometerse. También se tendrá como delito Infraganti, aquel por el cual se vea el culpable perseguido de la autoridad policial, de la persona agraviada o del clamor público, o en el que se le sorprenda, a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el delincuente.

³ **Artículo 60.-** La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia: 1º.- Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido **in fraganti**, sino en virtud de orden escrita del funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. (...) En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, *de necesidad o urgencia*, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. (...) (Brewer-Carías, 2008b: 1389; subrayado en cursivas fuera del texto). Norma esta, la

En este particular, el autor patrio advierte un asunto de suma importancia en relación a las normas comentadas y al presente trabajo de investigación, en orden a la flagrancia como figura que posibilita la restricción de derechos sin orden judicial, en cuanto a la seguridad jurídica que se procura con el principio de reserva judicial armonizado con el principio de legalidad penal, en tanto refiere que: «*No habría seguridad para los ciudadanos si su libertad estuviera a merced del querer arbitrario o despótico de los magistrados judiciales, a pretexto de la delincuencia de aquéllos*» (1982: 527), lo que va ser modificado en la reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962 y la Constitución del 61. A lo que sigue argumentando sobre la reserva judicial en cuanto al citado artículo 182:

El último de los requisitos necesarios para que la detención procedente pueda llevarse válidamente a cabo, es el de que, dictado el auto del procesado, con expresión del motivo de la detención y bajo la firma del funcionario que la expida. La Constitución Nacional exige los dos primeros requisitos para que la autoridad que ejecute la orden se halle resguardada por el instrumento que la contiene, y para que la expresión de los motivos o fundamentos que la justifiquen los haga conocer del inculpado, y le sirva al funcionario que ha de ejecutar la captura para cerciorarse de que no se trata de un acto arbitrario y violatorio de la respectiva garantía constitucional, cuyo incumplimiento le haría incurrir en responsabilidad penal. Sirve además la motivación de la orden de captura para que el decreto de detención no se expida sin previa instrucción sumaria relativa al hecho imputado, desde luego que los fundamentos de ese decreto sólo pueden resultar de la expresada averiguación sumarial (1982: 530).

Posteriormente, se ocupa profusamente de la noción de la flagrancia y del delito flagrante como un estado en el cual se sorprende a una persona cometiendo el delito o acabando de cometerlo, incluso, a momentos posteriores a la comisión del delito, dejando claro la necesidad del requisito

cual se interpretaba en armonía con la disposición transitoria sexta, las cuales autorizaban la denominada detención policial.

de la percepción sensorial al señalar que no deben clasificarse los delitos en flagrantes o no flagrantes, sino cuando el delito de que se trate sea presenciado por terceros, diferentes o no de la víctima (1982: 534). Procediendo a renglón seguido a dar cuenta de algunas precisiones históricas y dogmáticas en torno a la flagrancia, además de comentar el procedimiento previsto en el Código de Enjuiciamiento Criminal (1982: 535 - 545). Lo que no se queda allí, sino que también alcanza a las normas relacionadas con la entrada y registro de la morada y los recintos privados, al comentar las normas relacionadas con las visitas domiciliarias, en particular, la del artículo 154 *ejusdem*,⁴ en armonía con el ordinal 4º del artículo 32 de la Constitución Nacional de 1928,⁵ muy a pesar de no referirse a la flagrancia de modo expreso, aunque sí a la necesidad de decreto judicial para la entrada y registro (1982: 459 y ss.).

También pueden tenerse como antecedentes de esta investigación, muy a pesar de las fechas, los trabajos de Arcaya (1971), Durán (1980), Escala (1980), Manzaneda (1980), Agudo (1983), publicados durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal y la Constitución de 1961.

Al respecto Arcaya, en «*Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961)*» (1971), comenta el ordinal 1º del artículo 60 en cuanto a la garantía de la libertad personal, la flagrancia, no sólo con referencia y concordancia del Código de Enjuiciamiento Criminal, sino con mención de la jurisprudencia de la antigua Corte Federal y los debates parlamentarios de las Cámaras del Congreso, de senadores y diputados,

⁴**Artículo 154.-** Cuando hayan motivo justificado, se harán visitas domiciliarias en la habitación del indiciado o en cualquier otro lugar sospechoso (*Subrayado fuera del texto*).

⁵**Artículo 32.-** La Nación garantiza a los venezolanos: (...) 4º La inviolabilidad del hogar doméstico que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración o la consumación de un delito o para cumplir las decisiones que, de acuerdo con la ley, dicten los Tribunales de Justicia en los procesos de que conozcan. También estará sujeto a visitas sanitarias conforme a la Ley (Brewer-Carías, 2008b: 1149).

donde destaca lo expresado por el Dr. Rafael Caldera sobre la extensión de la flagrancia a supuestos que no los son, a pesar de señalar la difícil situación ante la ocurrencia de un delito, del cual se tiene información después de muchas horas de cometido (1971: 385).

También han de considerarse los trabajos de Durán (1980) y Escala (1980), publicados en un Libro Homenaje a Tulio Chiossone, el cual fue editado por la Universidad Central de Venezuela. En el primero de ellos intitulado «*La tipicidad y su importancia en el derecho procesal penal*», se pone de manifiesto la necesidad de tener presente la tipicidad, en cuanto realización de la garantía del *nullum crimen, nullapoena sine lege*, en atención al proceso penal y las funciones del juez de instrucción, en tanto funcionario judicial autorizado por la normativa procesal para restringir derechos, entre ellos, el de la libertad personal, además de tratarse de quien habrá de decidir sobre la legalidad de la aprehensión en flagrancia (Durán, 1980: 324). Lo que evidentemente, es de interés en orden a esta investigación.

Un interés, el cual, de igual manera pone de manifiesto Grisanti cuando trata de la clasificación de los delitos, siendo al distinguir entre delitos flagrantes y no flagrantes en el contexto del Derecho penal sustantivo, sostiene que la importancia de tal diferenciación se relaciona con el proceso dado que la noción de delito flagrante permite restringir derechos sin orden judicial, por lo que si no se está ante el supuesto de flagrancia habrá de recurrirse al principio general de la autorización judicial (1989: 88).

De otra parte, en lo atinente al segundo de los trabajos, la pertinencia como antecedente es notable con el solo conocer el título «*Protección Constitucional Penal*» (Durán, 1980), pues como enseñan Bernal y Lynett: «*El Derecho penal comienza en la Constitución*» (2004: 222). Al respecto, en

dicho trabajo se expresa la relación existente entre Constitución y Proceso Penal, en cuanto es a través de este donde se tutelan muchas de las garantías constitucionales que hoy integran el núcleo básico del debido proceso, destacando de este trabajo lo planteado en cuanto a la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, lo cual, se afirma ha de garantizarse en el proceso a través de la legalidad penal, fruto de la reserva legal en cuanto ley previa *-sustantiva y procesal-*, a pesar de indicarse lo siguiente:

Obsérvese que en la norma constitucional citada *–artículo 60 ordinal 1º de la Constitución de 1961-*, no es requisito que el ciudadano haya sido sorprendido *in fraganti* para poder ser detenido por la Policía Judicial. Por ello se aplica el principio de hermenéutica: “donde el legislador no distingue, no debe distinguir el intérprete”. (...) La realidad venezolana nos enseña que los delitos *in fraganti* constituyen la minoría, y de no realizarse esa detención policial preventiva en los otros delitos que son la mayoría de los cometidos, el Estado estaría renunciando a su *iuspuniendia* favor de la delincuencia creciente, quedaría burlada la justicia penal por una fuga a tiempo, y la impunidad aumentaría (1980: 339; agregado entre guiones fuera del texto).

Otra publicación a tener presente es el artículo del Jurista Jesús María Manzaneda Mejía (1980): «*La detención policial*». Acá, aunado al señalamiento en cuanto a que la restricción la libertad personal es una excepción a la garantía constitucional de inviolabilidad, se pone de relieve que en el marco de la Constitución de 1961 y el Código de Enjuiciamiento Criminal reformado en 1962, la policía judicial podía detener en casos de *necesidad y urgencia* para asegurar la investigación del hecho punible (1980: 165).⁶ Un dato sumamente importante, pues esta forma de detención policial se hallaba prevista junto a la detención judicial y la detención o aprehensión en flagrancia (1980: 179 y ss.).

⁶ Expresiones estas, las cuales también ha utilizado el legislador en el Código Orgánico Procesal Penal en el segundo aparte del artículo 204 y el último aparte del artículo 236.

También tenemos un antecedente en el artículo de Agudo (1983): «*Policía Judicial y Detención Preventiva*», en el cual se refiere la facultad legal consagrada a favor de la Policía Judicial para detener en la normativa procesal, conjuntamente con la Ley del Servicio Nacional de Seguridad de 1938. En este trabajo, sumado a valoraciones antes reseñadas, el autor denuncia lo que ocurría al momento en cuanto a los excesos en las restricciones policiales de la libertad y otras libertades, como la intimidad del domicilio, al tiempo en que tales funcionarios no se hallaban vinculados o subordinados en la praxis a los Jueces Instructores y al Ministerio Público, indicando que ello se agravó con la reforma del Código de Enjuiciamiento Criminal de 1962 al establecer que los funcionarios de la Policía Judicial adquirirían la cualidad de “delegados” del Juez de Primera Instancia en lo Penal, a los efectos de practicar detenciones, aunado a ciertas imprecisiones en cuanto a la noción de flagrancia y al procedimiento (1983: 117 - 134).

Al respecto, en lo referente a la expresión normativa de la “*necesidad y urgencia*”, en tanto que la misma habilitaría la actuación policial antes del dictado de la orden de inicio de investigación por parte del Ministerio Público, ha de tenerse en cuenta lo indicado acerca de tal expresión normativa con relación a la flagrancia por Borrego y Rosales en «*Consideraciones sobre la decisión de la Sala Constitucional 11-08-2011. Exp. 10-0028. Facultades excepcionales de investigación por necesidad y urgencia*» (2012: 177 y ss.).

De otra parte, también hay antecedentes de esta investigación en el contexto de la vigencia del Código Orgánico Procesal Penal y la Constitución de 1999, en el marco de cuyas normativas la policía en general y la judicial en particular, ya no cuentan con la habilitación constitucional y legal para restringir derechos como la libertad personal, la cual, en cuanto a la reserva judicial, sólo puede ser autorizada por los Tribunales de Control o, en todo caso, por el Tribunal de Juicio o de Ejecución.

Así, el trabajo de Morao «*El Nuevo Proceso Penal y los Derechos del Ciudadano*», quien además de referirse a la noción legal de flagrancia, se muestra crítico en cuanto a la consideración de esta a partir de la sospecha (2000: 213 y ss.).

De igual manera Vázquez (2001a), en «*Procedimiento por flagrancia. Principales problemas prácticos*», publicado en el libro de las Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica Andrés Bello. En este artículo, la profesora de dicha Universidad trata de la aprehensión en flagrancia como una medida cautelar limitativa de la libertad cuando se sorprende a una persona en la comisión de un delito o acabando de cometerlo, a la par que se refiere a su noción, sus elementos y la clasificación en flagrancia real y cuasi-flagrancia, amén de tocar aspectos procesales y de interpretación (2001a: 22 y ss.).

Del mismo modo encontramos un trabajo en el libro de las Quintas Jornadas del Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica Andrés Bello, intitulado «*El derecho a la libertad personal según la reforma del Código Orgánico Procesal Penal (2002)*», del Dr. Frank Vecchionacce, en el se hace mención a un panorama desolador en cuanto a partir de dicha reforma se permitió la posibilidad legal de privar de libertad sin audiencia previa, además de extender el plazo para presentar la acusación, una vez decretada la privación judicial preventiva de libertad (2002: 241).

En el mismo orden, volvió a discutirse la flagrancia en las Sextas Jornadas del Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica Andrés Bello. Esta vez, con un trabajo de la Dra. Blanca Rosa Mármol «*Problemas prácticos de la flagrancia*», refiriéndose a la expresión normativa sospechoso en la norma de la flagrancia, así como a la problemática de los allanamientos sin orden judicial, en los cuales, luego de “hallar” evidencias de un delito, se procede a

hablar de flagrancia (2003: 125), aunado a las remisiones a algunas sentencias de las Salas de Casación Penal, Constitucional y Plena del Tribunal Supremo de Justicia en cuanto a la flagrancia.

De modo semejante, Rionero y Bustillos en «*Instituciones básicas en la instrucción del proceso penal*», en el capítulo intitulado «*Algo más sobre la flagrancia*» (2003: 141 y ss.), en el cual se aborda las diversas nociones de la flagrancia, incluso, en un breve ejercicio de Derecho comparado para luego referirse al procedimiento especial.

Otro antecedente de investigación puede lo representa el libro de José Fernando Núñez, intitulado «*La flagrancia en el proceso penal venezolano*», publicado en 2005, en el cual se estudia la flagrancia en cuanto a sus nociones históricas y legales, su clasificación, su evolución en la legislación venezolana, así como en lo atinente al procedimiento y al derecho comparado, además de referir algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia sobre la flagrancia.

Siguiendo con los antecedentes de investigación, destaca el trabajo del Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero, ex Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia «*El delito flagrante como un estado probatorio*» (Cabrera, 2006: 9 y ss.).

Un trabajo de abordaje ineludible en cualquier investigación sobre este tema, bien por el hecho de la cantidad de información y valoraciones que se presentan en torno a la noción de flagrancia, así como al concepto, siendo que en algunos criterios estaríamos ante la noción tradicional, la cual en no pocas oportunidades parece abandonada por el autor, todo lo cual tendría origen en una de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional de la que fue ponente, a saber, la N° 2580 del 11 de diciembre de 2001. Sentencia

ésta, la cual también podría estimarse como precursora en el replanteamiento de la noción legal de la flagrancia concretada en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, sin desatender el abono que la misma ha constituido para la tutela de muchos procedimientos policiales en terrenos de la flagrancia.

En este sentido, el profesor de la Universidad Central de Venezuela, Alberto Arteaga Sánchez, le ha dedicado una recensión en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la antedicha Casa de Estudios, correspondiente al Año LIII, N° 127, intitulada «*La flagrancia según el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero*», en la que realiza algunas valoraciones críticas a la tesis del citado profesor (2007b: 345 y ss. 345), consustanciadas con su trabajo «*La privación de libertad en el Proceso Penal Venezolano*», donde de igual manera estudia la flagrancia (Arteaga, 2007a: 69 y ss.); al igual que con otras publicaciones «*La libertad y sus restricciones en el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano*» (1998) y «*Privación de Libertad y Flagrancia: ¿Interpretación, Ampliación Restrictiva?*» (2007c).

A los anteriores, se estima oportuno sumar dos artículos publicados en la Revista CENIPEC en atención a la línea de investigación que ha dado lugar al trabajo que acá se desarrolla, a saber: «*La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia. Comentarios a la sentencia N° 2580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*» y «*La flagrancia en los delitos permanentes y los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes*», publicados en sus ediciones números 24 y 26, correspondientes a los años 2005 y 2007.

En ambos se aborda la noción legal y doctrinal de la flagrancia, en primer lugar, confrontándola con la citada decisión de la Sala Constitucional y, en segundo lugar, mediante el llamado de atención en cuanto a que la flagrancia

no puede estudiarse con independencia de la teoría del delito, pues al fin y al cabo cuando se sorprende a una persona en flagrancia se lo hace en orden a la realización de un comportamiento tipificado como delito. También se trata otro aspecto de interés, ya que al versar sobre la flagrancia en delitos permanentes y de ejecución instantánea y efectos permanentes –*como en los delitos de tenencia previa*-, se plantea la ampliación de la flagrancia a casos donde siempre existe una indagación o pesquisa previa.

En la misma línea de las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y en armonía con el trabajo de Cabrera «*El delito flagrante como un estado probatorio*» (2006: 9 y ss.), encontramos dos trabajos de grado.

Uno, escrito para ascender a la categoría de Profesora Asociada en la Universidad del Zulia de la Dra. Manuela Francisca Alvarado Rigores: «*El procedimiento de flagrancia en los delitos de violencia contra las mujeres*» (2009, pp. 102), en el cual se estudia cualitativa y cuantitativamente el procedimiento de la ley especial, refiriendo algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, además de estudiar la noción legal de flagrancia prevista en el Código Orgánico Procesal Penal, en contraposición a la de la ley especial, para concluir en la necesidad de reeducar a los agresores de las mujeres en un procedimiento que se afirma garantista.

El otro, intitulado «*La flagrancia en el delito de violencia psicológica en el marco del derecho penal especial venezolano*» (2013, Godoy: 61), constituye un trabajo para optar al título de Especialista en Derecho Penal en la Universidad de Carabobo, parte de la preocupación en cuanto a que se decretan pocas flagrancias por el delito de violencia psicológica, proponiendo, con apoyo en las sentencias 2580 del 11 de diciembre de 2001, 972 del 09 de mayo de 2006, 1597 del 10 de agosto de 2006 y 272 del 15 de

febrero de 2007, de la Sala Constitucional, un trato más acorde con las víctimas de la violencia de género, recordando que este tipo de violencia – *como la psicológica*-, se produce de forma subrepticia.

En tal sentido, con apoyo de un marco teórico predominantemente jurisprudencial, en un alto porcentaje, se propone una mayor atención en las audiencias de calificación de flagrancia con respecto al delito de violencia psicológica, para luego de advertirlo decretar con lugar las solicitudes de flagrancia.

Igualmente, en esta misma línea de investigación en cuanto a la flagrancia en los delitos de violencia de género, ha de considerarse un artículo publicado en la Revista del Ministerio Público N° 11 de la V Etapa, por NadexaCamacaroCaruci: «*El debido proceso vs la flagrancia en los delitos de violencia de género en el sistema penal venezolano*» (2012), en cuyo resumen y título da cuenta del contenido, bien por la confrontación que se plantea entre el debido proceso y la flagrancia de la ley especial, como por la valoración del proceso penal como “garantía del Estado” en orden al juzgamiento de los delitos. Aunque luego se propone poner de manifiesto cómo el “concepto” de flagrancia de la ley especial viola el debido proceso, en cuanto el problema se halla en las detenciones que se producen a las veinticuatro horas después 24 horas. Sin embargo, termina preguntándose ¿Por qué? se trata desigualmente otros delitos comunes en cuanto a la consideración de la flagrancia veinticuatro horas después.

Por lo demás, conviene referir algunos trabajos y artículos foráneos de sumo interés en el tema de la flagrancia, bien en lo atinente a la libertad, como a la inviolabilidad del domicilio, los hallazgos casuales o fortuitos y la prueba ilícita, todos los cuales se han estimado como antecedentes importantes. A saber:

«*Inviolabilidad de domicilio*», por Julio Maier, publicado en Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral. Año 8, Enero – Marzo, 1985, N° 9;

«*El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana*», de Bernardo del Rosal Blasco, publicado en Cuadernos de política criminal N° 48, 1992;

«*El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*», por Francisco Javier Matia Portilla (1997);

«*Análisis comparado de la situación de flagrancia*», por Montserrat de Hoyos Sancho, publicado en la Revista de Derecho (Valdivia) de la Universidad Austral de Chile, Vol. 12, N° 12;

«*La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*», por José Antonio Díaz Cabiale y Ricardo Martín Morales (2001);

«*Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefônicas. Contributo para o seu Estudo nos Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português*», de Francisco Aguilar (2004);

«*La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular*» (2004), de Teresa Molina, publicado en el Anuario Jurídico y Económico Escorialense N° 37, del Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina” de Sal Lorenzo del Escorial, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid;

«*La flagrancia: ¿hipótesis indiscutible?*», por Fernando Augusto Rebolledo Vidal, Carlos Alberto Moraga Silva y Silvia Carolina CareauFuentelba,

publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, N° 9, Año 9, 2008, referido a la normativa procesal chilena.

«*Prevención y libertad. Sobre el orden de la libertad*», de Erhard Denninger, publicado en Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 43-2009;

«*Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica*», escrito por David Hernández Suárez (Juez del Tribunal Penal de Flagrancia del Circuito II de San José), publicado en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica N° 29, Año 24, agosto de 2014;

«*Oralidad e inquisición: Reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia*», de José Joaquín Ureña Salazar (Profesor Universitario), publicado en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica N° 29, Año 24, agosto de 2014;

www.bdigital.ula.ve

Finalmente, estimamos como antecedentes de esta investigación los diversos estudios y referencias al tópico de la flagrancia, contenidos en textos de Derecho Procesal Penal, al igual que en algunos Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal y la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, los cuales serán objeto de referencia en las bases teóricas, así como en el análisis del Capítulo IV.

2.3.- Bases teóricas

Dado que el objetivo general de esta investigación se orienta a poner de manifiesto la necesidad de encauzar la praxis judicial de la flagrancia en terrenos de la dogmática jurídico penal, con el fin de procurar limitar y contener el Poder Punitivo del Estado, mediante la descripción de la normativa legal y constitucional de la flagrancia con el doble propósito de

delinear su noción y su sentido normativo en idea de dar cuenta de su concepto (*noción etimológica y jurídica, naturaleza jurídica, estructura y elementos*), para de este modo estar en capacidad de confrontar la realidad de la praxis judicial y político-criminal, puede afirmarse entonces que no hay espacio más propicio para tales fines que el desarrollo de las bases teóricas.

Así pues, de lo que se trata, a fin de cuentas, es de proponer una *dogmática de la flagrancia* a partir del estudio del Derecho penal objetivo y de lo que entendemos como el *bloque de legalidad de la flagrancia*, todo lo cual nos coloca ante la necesidad de realizar algunas presiones conceptuales.

En este contexto, siguiendo a Bunge (1983: 178 y ss.), metodológicamente se anticipa en las consideraciones generales de este marco teórico que la validez de una noción, una definición o un concepto, excluía la vaguedad y la ausencia de un contexto sistemático en el cual ubicarlo en cuanto a su sentido y significado.

En este orden, al igual que en la crítica formulada al esquema del delito de la metodología formalista de Liszt-Beling, en cuanto a la incapacidad del concepto naturalístico de acción para explicar la omisión, en tanto se entendía la acción como inervación corporal de un actuar en sentido causal, del mismo modo, pero salvando las distancias, corresponde acá acreditar la imposibilidad de tener dos conceptos de flagrancia –*el dogmático y el policial*. Uno de los cuales sobra. A saber: el que se erige en la realidad de la praxis judicial al margen de su sentido ontológico, normativo y dogmático.

Realizada la anterior introducción y en tanto que el Derecho positivo vigente comporta una construcción lingüística a partir de palabras o expresiones, algunas de ellas, propias del conocimiento vulgar que luego termina en el científico, lo primero a tener en cuenta es el origen etimológico

de la expresión *flagrancia*, para luego abordar las diversas nociones o definiciones legales y doctrinales. Sólo así podremos aproximarnos al concepto que se pretende.

Definir la flagrancia conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2001), implica referir las palabras *flagrancia*, *flagrante*, *flagrar*, *fragante* y *fragante*:

Flagrancia. (Del lat. *flagrantia*). f. Cualidad de flagrante.

Flagrante. (Del ant. part. act. de *flagrar*; lat. *flagrans*, *-antis*). adj. Que flagra. II 2. Que se está ejecutando actualmente. II 3. De tal evidencia que no necesita pruebas. *Contradicción flagrante*. II **en** ~. loc. adv. En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir.

Flagrar. (Del lat. *flagrāre*). intr. poét. Arder o resplandecer como fuego o llama. (...)

Fragante². (Del lat. *flagrans*, *-antis*). adj. Que arde o resplandece. II **en** ~. loc. adv. **en flagrante**. (...)

Fragante. adj. **fragante**¹. II 2. **fragante**² (2001: 721, 733 y 734).

En términos lingüísticos y fonético, al decir del profesor de la Universidad de Los Andes, Cesar Paredes Vielma, las expresiones *flagrancia* y *fragancia* describen un espectro de la luz y del olor, entendido el espectro como una manifestación que posibilita la percepción, en cuanto tienen el mismo origen, a saber: el fuego, el color o la luz. Por ello, el profesor refiere la imposibilidad de la percepción visual u olfativa sin luz, lo que explica –*en su criterio*– lo dicho por Heráclito en tanto que filosóficamente todo es luz (Heráclito). Todo lo cual le lleva a afirmar que en el plano semántico de la lengua, la flagrancia (*flagrans*) en cuanto fuego se percibe por la luz en cuanto a lo que está alumbrando, mientras que fragancia (*fragantis*), es lo que está oliendo y se percibe a través del olfato. A ello añade una importante precisión, al señalar que desde la perspectiva fonética las expresiones *flagrancia* y *fraganciase* deben a los fenómenos del “lambdacismo” y “rotacismo”, en tanto actividad natural ligada a la geolingüística que transcurre en islas y muchas partes del

mundo, en tanto que la “L” (*del griego lamda*) y la “R” (*del griego rho*), al ser sonidos laterales que se producen con los lados del órgano biológico de la lengua, se alternan y se intercambian entre sí (Entrevista personal, 22 de noviembre de 2015).

De allí el que se hable de fragancia o delito flagrante y fragancia o delito *in fraganti*.

Así, en el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escriche, se dice del delito flagrante:

Denominase así el delito que se ha cometido públicamente, y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al mismo tiempo en que lo consumaba. *Flagrante* es participio activo del verbo *flagrar*, que significa arder ó resplandecer como fuego ó 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 sorprende en el mismo hecho, como v.gr., en el acto de robar, con las cosas robadas en el lugar mismo en el que se ha cometido el robo; ó en el acto de asesinar, ó con la espada teñida de sangre en el lugar del asesinato. Todo delincuente puede ser arrestado en *flagrante*, y todos pueden arrestarle y conducirlo á la presencia del juez: arts. 287 y 292, Constitución de 1812.* Según la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, art. 196, se reputará delincuente *in fraganti* aquel que fuere sorprendido en el acto de cometer el delito, ó detenido ó perseguido inmediatamente después de cometerlo, entendiéndose por todo el tiempo que durare ó no se suspendiere la persecución, mientras que el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguieren. Y asimismo se reputará delincuente *in fraganti* aquél a quien se sorprendiere con efectos ó instrumentos de un delito, que hicieren presumir su participación en él (1874: 1056).

Ya en el ámbito del conocimiento jurídico en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (1976: 207), se expresa:

Flagrancia: Calidad o condición de flagrante.

Flagrante: Lo que se está ejecutando o haciendo en el momento actual. En *flagranti* locución adverbial que equivale a flagrante delito (v.e.v.).

Flagrante delito: Hecho delictivo que se descubre en el momento mismo de su realización; y cuya comisión en público, ante diversos testigos facilita la prueba y permite abreviar el procedimiento. Se dice que un delincuente es sorprendido *en flagrante delito, en flagrante o en fragante* (porque de todas esas maneras puede decirse y, además, *in fraganti*, locución latina), cuando es descubierto al momento o en el momento mismo de terminar de perpetrarlo.

De modo similar se define en el Tomo VI de la Nueva Enciclopedia Jurídica, publicada bajo la dirección de Mascareñas (1975), además de indicarse la naturaleza jurídica de la flagrancia como figura eminentemente procesal, que requiere de una interpretación rigurosa, al delito flagrante también se lo define atendiendo al momento de su descubrimiento o constatación, como:

Aquellos que normalmente son descubiertos en su realización «De este modo la expresión delitos *in infraganti* es un apócope de la más general «delitos descubiertos *in fraganti*» o delitos sorprendidos en su flagrante realización. «La expresión metafórica se refiere a la llama que denota con certeza la combustión. Cuando se ve la llama es cierto que alguna cosa arde» (Carnelutti). El nombre así acuñado posee carta de naturaleza en el mundo entero del procesalismo penal, con el significado técnico igual o semejante en todos los sectores jurídiconacionales en que se desarrolle articuladamente su concepto. Esto da lugar a un sistema procesal propio llamado proceso o procedimiento en flagrancia, o simplemente «flagrancia». En definitiva, se puede configurar el concepto de estos delitos como aquellos que son sorprendidos *in ipsa perpetratione facinoris* (1975: 580).

Goldstein (1978), por su parte, en el Diccionario de derecho penal y criminología define la flagrancia al momento de su percepción, destacando la continuidad en el delito continuado y la permanencia en el delito permanente:

Flagrancia: Calidad de flagrante, es decir, lo que se está cometiendo actualmente. Tratándose del delito se da este nombre a aquél que se descubre en el momento mismo de su realización o apenas terminada su ejecución, sin que haya podido huir su actor. (...) En otras épocas tenía capital importancia su determinación en el caso concreto ya que si el delito era flagrante se sometía a su autor a un procedimiento especial sumarísimo que no ofrecía las más mínimas garantías, por considerarse que su culpabilidad era evidente. *Si se trata de un delito continuado habrá flagrancia cuando se sorprenda al delincuente en el momento de cometer el último hecho delictuoso de la serie en que aquél consiste. Si, en cambio, se trata de uno permanente, el agente será sorprendido mientras mantiene el estado de permanencia* (1978: 357, cursivas fuera del texto).

En cuanto al delito instantáneo o permanente, allende lo referido por la doctrina penal *-de sumo interés en el presente trabajo-*, es pertinente lo expresado por Quiceno en el diccionario Conceptual de Derecho Penal (2004: 168):

Todo proceso causal o, en otras palabras, todo desarrollo de un hecho, tiene una duración; no puede haber un hecho que no se produzca en el tiempo (...) Ahora bien, desde hace tiempo se ha destacado, aunque sin aclararla enteramente aún, una diferencia precisamente sobre el tema de la duración de la acción; hay actos en los cuales, para que se produzca ese efecto, debe durar la acción a lo largo del desarrollo del hecho, y hay otros cuyo evento se produce aunque no dure la acción a todo lo largo del desarrollo del hecho. Comparando en este aspecto el homicidio con el secuestro de una persona se advierte que mientras la acción del homicida puede ser sumamente breve, al punto de decirse que es instantánea, y el proceso causal que culmina en la muerte puede ser incomparablemente más largo, en cambio, cuando cesa la acción del secuestrador, cesa también el evento dañoso; por lo que el desarrollo en el tiempo de la acción y del hecho debe ser igual en este segundo caso. (...) los dos adjetivos de instantáneo

y permanente se refieren a la duración de la acción en comparación con la duración del hecho, queriendo significar el primero que la acción puede agotarse antes que el hecho, y el segundo, por el contrario, que debe durar mientras dure el hecho; e seo, en pocas palabras, la posible divergencia o la necesaria coincidencia, por lo que hace a la duración del hecho y de la acción.

También es oportuno lo descrito en el Tomo VI de la Enciclopedia Jurídica OMEBA (Defe - Dere):

En el Derecho romano el delito flagrante era conocido como *manifestum*, en oposición al no manifiesto (*furtummanifestum* el *necmanifestum*), y esta distinción tenía importancia, en razón de que el primero era punido no sólo en forma más serena, sino también de oficio. (...) En el Derecho de la época intermedia, se estudió ampliamente la flagrancia especialmente con relación al arresto, el rito y las pruebas (...) El procedimiento inquisitorio de dicha época hacia lugar a un proceso inquisitorio sumario cuando la culpabilidad del reo aparecía evidente, en razón de los resultados de la inquisición general o por haber sido sorprendido el reo *in fraganti*. En estos casos se debía proceder *ex abrupto*, ya que como expresa Durante “en las causas notorias no se necesita acusación, denuncia o inquisición o excepción, ni testigos u otras pruebas; ni se debe recibir en ellas libelo ni emplearse conocimiento de la causa, pero se debe citar al reo e interrogarlo y, a presencia de él, o ausente en contumacia se promulga la sentencia. (...) El ya citado procedimiento *ex abrupto* excluía todo respeto a las formalidades del proceso, y en casos, sin interrogatorio no defensa, se sometía al acusado a la tortura siempre que el hecho fuera de la calidad que estudiamos (1979: 299).

En este orden, Matía (1997), al explicar la actividad procesal que originada el delito *in fraganti* en el Derecho español medieval, dando inicio al procedimiento conocido con el nombre de “*apellido*”, da cuenta de un aspecto interesante a lo que ocurría en Roma con la distinción entre *furtumnecmanifestum* y *furtummanifestum*:

Ya en las XII Tablas se distingue entre el *furtumnecmanifestum* y el *furtummanifestum*. El *furtummanifestum*, pese a su nombre, no puede equipararse totalmente con el hurto flagrante, pues también se consideraba *furtummanifestum* aquél en el que se encontraba lo hurtado en una casa, tras la realización de un solemne registro (1997: 341).

Esta particularidad que el autor español refiere en el Derecho Romano de considerar hurto flagrante el hallazgo de lo hurtado mediante un registro –y *tener la actividad previa del registro como flagrancia*–, también es mencionada en atención al procedimiento español del *apellido*:

En nuestro país, la primera aplicación conocida del delito flagrante corresponde al Derecho medieval y se concreta en el procedimiento del *apellido*, así denominado porque se inicia con el griterío o llamamiento de los vecinos que sorprendían la comisión del delito (especialmente, de robo o hurto). Del griterío, del *appellare*, que deriva del *apellido* que, como se acaba de indicar, da nombre al procedimiento. El *apellido* es la *boz de llamamiento que fazen los omes para ayuntarse o defender lo suyo quando rescibe daño o fuerza*. El sujeto que descubre la comisión actual del delito está obligado a realizar el *apellido*, y los vecinos están igualmente a acudir con presteza al lugar de los hechos. También debe dar el *apellido* quién viese a un delincuente declarado como tal. Parece ser, en todo caso, que el delito *in fraganti*; es decir, el que es sorprendido por otras personas en el momento mismo de su comisión o inmediatamente después, se equipara en sus efectos a otros supuestos en los que se identifica con toda evidencia al autor del delito (cosa que ocurre, por ejemplo, en el *escodriñamiento*–antecedente de nuestro actual registro– en la casa en la que se encuentra lo robado, como persecución del rastro). (1997: 342).

Prosiguiendo, Matía deslinda la noción procesal y actual de la flagrancia en cuanto a la exigencia de la publicidad de la perpetración o consumación del delito, requerido de percepción sensorial e inmediatez y, por ende, de la necesidad y urgencia de intervención, por lo que la flagrancia y, en particular, el delito flagrante se define: «*en cuanto que es descubierto públicamente*» (1997: 346).

Por lo demás, al referirse al Derecho Romano Kunkel pone de relieve cómo surge el procedimiento penal público en Roma, además de dar cuenta de la situación de la flagrancia:

El crecimiento del proletariado de la capital y el aumento de los contingentes de esclavos fue acompañado de un auge de la criminalidad, que exigió enérgicas medidas para mantener la seguridad pública. Por eso surgió, lo más tarde a comienzo de siglo II, pero probablemente ya en el curso del siglo III a. C., una justicia policial contra delincuentes con violencia, incendiarios, envenenadores y ladrones. Se estableció para todos la pena de muerte (para el ladrón, únicamente si había sido sorprendido *in flagrancia* cometer el hurto o llevarse el botín). Se consideraba como delito digno de muerte el simple hecho de llevar armas con intención de delinquir, comprar y venderlas y, en general, estar en posesión de venenos letales (2003: 71).

Sin pretender remontarnos a la antigüedad ni al Derecho Romano, al hablar Carnelutti sobre los Principios del Proceso Penal, respondiendo a la pregunta de cómo nace el proceso penal y deslindar que ello no se corresponde con la existencia del delito, en tanto que en el proceso penal el sujeto de imputación puede ser absuelto por no haberse cometido delito alguno, señala que el origen sólo puede hallarse en la *sospecha*, la cual comporta una duda y se diferencia con respecto a la flagrancia en cuanto exige la comisión de un delito en presencia de un funcionario (1971: 88). Algo de suma importancia dada la expresión usada por el legislador penal en el COPP, esto es, la de “*sospechoso*.”

De otro lado, en cuanto a la noción de la flagrancia enseña Manzini (1949b: 128), que la misma se explica en virtud de la relación existente entre el hecho y la persona de quien lo perpetra, aunado a la inmediatez de ello, destacando su posición frente a los delitos permanentes y continuados, además de referirse al concepto jurídico de la flagrancia y la cuasi flagrancia,

así como al carácter excepcional que posibilita la restricción de derechos con prescindencia de los requisitos de las normas ordinarias:

La noticia de un hecho constitutivo de delito se puede tener del modo más inmediato y convincente mediante la asistencia a la perpetración de ese mismo hecho, o por efecto de consecuencias o reacciones inmediatamente producidas por él. En estas hipótesis se trata del *delito flagrante* (...). La flagrancia tiene dos grados, el de la flagrancia propiamente dicha y el de la cuasi flagrancia, los cuales, por lo demás, se equiparan en lo que a las consecuencias jurídicas se refiere (...). El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una idea de relación entre el hecho y el delincuente: no puede haber flagrancia sino en virtud solamente del elemento objetivo: es necesaria siempre la presencia del delincuente, fuera de los casos expresamente exceptuados en la ley (...) “un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia; un pavimento que se hunde a la vista del juez, no constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente. I. *La flagrancia propiamente dicha* se da, según el derecho vigente, en el caso del delito que se comete *actualmente*, o sea, cuando se sorprende al agente *en el acto de cometer el delito* (...) esta condición se da en los delitos continuados, cuando se sorprende al agente en el acto de cometer el último delito unido a los precedentes mediante el nexo de la continuación, y en los delitos permanentes, cuando se sorprende al autor durante la permanencia de este mismo delito. En efecto, en este sentido se debe entender, dado el contexto del artículo 237, la frase: “el delito permanente es flagrante hasta tanto que haya cesado la permanencia”. Y, por tanto, para que haya flagrancia no es suficiente que se trate de un delito permanente si no se sorprende al delincuente en el acto de cometer el delito, o sea, en el acto de mantener, activa o pasivamente, el estado de permanencia. (...) Así, por ejemplo, un secuestro de persona (delito permanente) puede llevar ya meses o años, pero no cesa por ello de ser flagrante si se sorprende al delincuente en el acto de proseguir la custodia de la víctima o en las demás condiciones previstas en el segundo párrafo del art. 237. Por lo demás, no hay que confundir el delito permanente con el delito de efectos permanentes (ejemplo; homicidio, lesiones, hurto). *La cuasi flagrancia*, en cambio, es una ficción jurídica (como se deduce de la frase “se considera en estado de flagrancia”, del art. 237), en cuanto que, aun exigiendo la sorpresa

del delincuente, no exige que se haga en el acto de perpetrar el delito, sino que se verifique *después del delito*, pero en tiempo *inmediatamente siguiente* y dadas ciertas condiciones de modo. Estas condiciones de tiempo y de modo están inderogablemente fijadas por la ley, ya que la cuasi flagrancia, como la flagrancia, importa la aplicación de reglas que constituyen excepción a las normas ordinarias (1949b: 128 y ss. Subrayado en cursivas fuera del texto).⁷

Se aprecia en este sentido, la coincidencia de Manzini con lo referido por Goldstein (1978: 357), en cuanto a las nociones de continuidad y permanencia del delito continuado y el delito permanente, como supuestos de flagrancia.⁸

Por lo demás, en lo atinente a la flagrancia como figura habilitante para la restricción de la libertad de una persona sin orden judicial, es oportuno lo dicho por Manzini en cuanto a la flagrancia, el arresto en tal situación y

www.bdigital.ula.ve

⁷Es de acotar, que la norma a la cual se refiere Manzini, es similar a la del Código de Procedimiento Penal italiano de 1989, concretamente en cuanto al artículo 382 cuyo *nomem iuris* es el de Estado de flagrancia «Art. 382.- Estado de flagrancia. 1. Se encuentra en estado de flagrancia quien es sorprendido en el acto de cometer el reato, o si inmediatamente después de cometido, es perseguido por la policía judicial, por la persona ofendida o por otras personas, o es sorprendido con cosas o huellas de las que se deduzca que inmediatamente antes ha cometido el reato. 2.- En el reato permanente el estado de flagrancia durará hasta cuando no cese la permanencia» (Espitia, 1991: 147). También es oportuno señalar que el ordinal 1º del artículo 381 de este Código, sólo autoriza la detención policial en flagrancia en supuestos de delitos dolosos, no así los culposos (1991: 144).

Cabe destacar, en cuanto a lo afirmado por el autor italiano se advierte su adhesión a la teoría de la acción, aplicable a los delitos de mera actividad, continuados y permanentes, considerada también en el ámbito normativo del encabezamiento del artículo 109 del Código Penal venezolano, relacionado con el cómputo de la prescripción de la acción, el cual prevé: «Comenzará la prescripción: para los hechos punibles consumados, desde el día de la perpetración; para las infracciones, intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho»(Subrayado fuera del texto).

⁸ El uso del término “continuidad”, relacionado con el delito continuado ha sido utilizado por el legislador venezolano para ampliar el concepto de flagrancia, tal y como se ha concebido en el ordinal 1º del artículo 196 del COPP, en lo relacionado con la excepción a los requisitos de orden judicial para el allanamiento al preverse que los mismos pueden exceptuarse “... Para impedir la perpetración o *continuidad* de un delito...” (Cursivas fuera del texto).

explicación acerca de la necesidad de intervención policial en los supuestos de flagrancia sin orden judicial:

El arresto en flagrancia es el acto en con el que a una persona, sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, sin mandato un orden de la Autoridad judicial, para ponerla a disposición de esa misma Autoridad. Es un acto pre-procesal, y de él tratamos aquí en razón de conexión. (...) El arresto a iniciativa de la policía judicial, o sea si mandato u orden de la Autoridad judicial, sólo puede hacerse en caso de flagrancia y en los casos equiparados a ella (...) Fuera de la flagrancia o cuasi flagrancia, sólo es posible la "detención". Hemos advertido ya que, en el caso de delito flagrante o considerado tal por la ley (...) el ministerio público o el pretor, cuando esté presente, puede dar, aun oralmente, orden de "captura" del delincuente (...), pero se trata de una hipótesis excepcional, pues ni el ministerio público ni el pretor pueden tener normalmente la ocasión de impartir esta orden. Son en cambio los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública los que por la naturaleza misma de sus funciones tienen frecuente ocasión de sorprender en flagrancia o cuasi flagrancia a los delincuentes, y por tanto es lógico y oportuno que se les confiera a ellos la potestad de arresto aun sin esperar la orden o el mandato de la Autoridad judicial (1949a: 601 y ss.).

Preciso es apuntar el que Manzini pareciera referirse a la privación judicial preventiva de libertad cuando habla de detención con respecto a lo que puede concretarse a diferencia de la aprehensión en flagrancia.

Ahondando en concepto de flagrancia y delito flagrante, se expresa Borjas en el contexto del Código de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto a que la flagrancia y el modo de proceder contra el delincuente sorprendido no representan ninguna novedad en el Derecho procesal penal, en tanto «*Son instintivas la indignación y la protesta de todo aquel a cuya vista se perpetra un delito, como es irresistible el impulso con el que se acude a evitarlo o reprimirlo*» (1982: 535), haciendo mención de lo que ocurría en Roma con

respecto al robo que se distinguía entre el *furtummanifestum* flagrante y el *furtum non manifestum* (1982: 535). Expresando en cuanto a la flagrancia y la cuasi flagrancia, definida legalmente en el artículo 184 del Código de Enjuiciamiento Criminal –en un sentido similar al del artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal–, lo que sigue:

El artículo 184 enumera con claridad y precisión todos los casos, en que, según la doctrina, el delito es flagrante o cuasi flagrante, y declara que para los afectos de la aprehensión sin previo sumario y sin auto y orden escrita de detención, el segundo se equipara al primero. En todos y cada uno de los casos de *flagrancia* son manifiestos y evidentes, para las personas en cuya vista ocurra la perpetración del delito y la participación que en ella haya tenido el delincuente: se entorpecerían y retardarían, tanto la averiguación de la verdad como el desagravio social y el restablecimiento de la tranquilidad pública turbada, si se prohíbe la aprehensión inmediata del culpado y se hubiese de esperar que quedaran llenos todos los requisitos legales ordinarios y si se dejasen de aprovechar por un vano rigorismo formulario, los elementos más preciosos para esclarecer los hechos verificados y asegurar la persona del autor. (...) Es cierto de que en los delitos cuasi flagrantes, la perpetración del hecho no tiene lugar a presencia de los que pueden capturar al delincuente perseguido del agraviado o del clamor público, o a quien se le sorprende en el propio lugar del suceso, o en sus cercanías, con armas, instrumentos u otros objetos que vehementemente lo señalen como el autor; pero en los casos de ser perseguido el delincuente, debe suponerse que los perseguidores ofendidos lo han visto cometiendo el hecho delictivo (...) (1982: 536).

Se advierten de lo dicho por el autor patrio, no sólo las semejanzas de la noción legal de flagrancia del Código de Enjuiciamiento Criminal con la del Código Orgánico Procesal Penal, sino también las nociones de flagrancia propiamente dicha o real y la de ficción legal entendida como cuasi flagrancia, así como sus elementos (percepción sensorial, inmediatez y necesidad y urgencia de intervención), sin dejar al margen argumentos de peso en el orden político-criminal de intervenir sin orden judicial y proceder a la aprehensión quien –o quienes– intervienen en la realización del hecho

delictivo, es decir, de la figura típica descrita en el tipo. Lo que también ratifican Manzaneda (1980: 179), Agudo (1983: 130) y Villamizar (1997: 236), al referirse a la aprehensión en flagrancia como una detención administrativo-policia a diferencia de la detención judicial ordenada por el juez de modo ordinario y por regla general en los casos del procedimiento ordinario.

Del mismo criterio, el profesor alemán Kai Ambos al referirse procesalmente a la flagrancia como una forma de detención provisional a diferencia de la detención judicial dictada por orden de un Tribunal (1995: 58), lo que también pone de relieve Vázquez en cuanto se trata de una medida cautelar que debe ejecutar la autoridad y puede realizar el particular (2001a: 23).

No obstante, volviendo a la noción de flagrancia, es preciso dar cuenta de lo afirmado por Manzaneda, citando a Acero:

www.bdigital.ula.ve

Julio Acero, valiéndose del significado que da el diccionario de la palabra flagrar (del latín *flagrare*) que significa arder o resplandecer como fuego o llama, dice que etimológicamente, y también, “pintorescamente”, flagrante delito equivale a delito flamante o resplandeciente, para dar idea de un hecho vivo y palpable, cuya realidad se impone de un modo claro y subsiste ante los ojos del observador. El mismo autor agrega que, para que esto suceda, es necesario que el hecho delictuoso perdure o no haya concluido en el momento que se descubre, vale decir, que se sorprenda su misma ejecución (1980: 179).⁹

A lo anterior, prosigue el Manzaneda advirtiendo que, dada la excepcionalidad de la flagrancia y la cuasi flagrancia, de no concretarse la aprehensión en flagrancia en los términos previstos, vale decir, tipificados en

⁹Sobre la conexión entre la flagrancia y la aprehensión de quien es visto y sorprendido, merece especial atención lo afirmado por Agudo en cuanto a la flagrancia en los supuestos de tentativa, vale decir, en lo atinente a la aprehensión de quien es sorprendido al comienzo de la ejecución de un delito (1980: 135).

la ley, sólo podrá restringirse la libertad –y añadimos otro derecho como la privacidad del domicilio o el recinto privado, así como la privacidad de las comunicaciones-, por necesidad y urgencia, al no existir flagrancia (1980: 138).

Expresiones éstas, las de necesidad y urgencia, a través de las cuales la policía judicial podía proceder sin necesidad de orden judicial en el marco del Código de Enjuiciamiento Criminal, muy distinto a lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal. Todo lo cual era posible por razón de lo previsto en el primer aparte del orinal 1º del artículo 60 de la Constitución Nacional de 1961 y de su disposición transitoria sexta.¹⁰

Necesidad y urgencia, esto es, parafraseando a Manzini (1949: 604) «*urgente necesidad*», prevista en artículo 204 del Código Orgánico Procesal Penal, así como en el último aparte del artículo 236 *ejusdem*, las cuales no se previeron de modo expreso en el caso de los registros y, en particular de la entrada y registro en recinto cerrado, aunque la *necesidad y urgencia* de intervención policial puede colegirse del encabezamiento del artículo 194 y de las excepciones consagradas en los ordinales 1º y 2º del artículo 196 *ejusdem*. Como se aprecia, en situaciones propias de la flagrancia y que en palabras del autor italiano, también habilitan ingresar en domicilio privado sin orden judicial para aprehender al fugado o evadido (1949: 605), lo que sin embargo, habría que añadir, dista mucho de un supuesto de flagrancia.¹¹

¹⁰ Véase en Brewer-Carías (2008b: 1389 - 1419).

¹¹ Necesidad y urgencia importante en la valoración de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia a comentar, concretamente, en la flexibilidad del actuar policial. Siendo que de procederse para el caso de la entrada y registro de un lugar cerrado conforme al último aparte del artículo 236 de la normativa procesal penal vigente, no obstante lo discutible, pudiera evitar el uso flexible e inconveniente uso de la noción de la flagrancia para ingresar al lugar sin orden judicial. Así, entre otras, en la sentencia 1472 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de agosto de 2011.

Sobre el particular de la “*necesidad y urgencia*”, es oportuno volver a referir lo expresado por Borrego y Rosales en «*Consideraciones sobre la decisión de la Sala Constitucional 11-08-2011. Exp. 10-0028. Facultades excepcionales de investigación por necesidad y urgencia*» (2012: 177 y ss.).

Florián, por su parte, antes de definir la flagrancia sostiene:

“... en cuanto la ley no consiente expresamente una restricción de la libertad, hay que respetarla en su integridad. Todas las normas que entrañen una limitación de la libertad personal, en caso de duda, se deben interpretar a favor del procesado (favor libertatis)...” (1990: 140).

Así las cosas, después de realizar esta precisión procede a conceptualizar la flagrancia en tres nociones, que en el caso venezolano se definen legalmente como flagrancia real (a) y cuasi-flagrancia (b y c):

“... En términos generales es flagrante el delito cometido actualmente y durante todo el tiempo de la ejecución. Específicamente debemos distinguir tres hipótesis: a) Flagrante delito, cuando el autor es aprehendido en el momento de la comisión (*in ipsaperpetrationefacinatoris*). b) delito cuasi flagrante, cuando el autor es detenido inmediatamente después de la ejecución sin haber sido perdido de vista por la fuerza pública u otras personas. c) Persecución de delito flagrante. Existe ésta cuando el autor del delito es aprehendido después de haberlo cometido y de cesado la persecución, pero llevado todavía consigo las señales o los instrumentos (armas, cosa substraída, etc.)...” (1990: 236).

A esto se suma lo expresado por Moreno advierte sobre su carácter excepcional con respecto a la inviolabilidad de la libertad personal prevista en la Constitución de la República y la necesidad de orden judicial, citando a Manzini, que se define en relación a estados o condiciones de flagrancia propiamente dicha y cuasi flagrancia (2011: 388).

De la misma idea es Lösing, en «*Estado de Derecho y Proceso Penal*» (1998: 68), al estudiar la prisión preventiva de la libertad que puede derivar de situaciones excepcionales como la flagrancia. Del mismo criterio Rivera, en cuanto a los actos de investigación y la prueba en el proceso penal venezolano, concretamente, en lo que respecta a la entrada y registro de lugares cerrados y la intervención de las comunicaciones hace mención a la flagrancia en tanto excepción a la regla de orden judicial (2008: 243 y ss.).

En cuanto a la noción de flagrancia y la restricción excepcional de la libertad personal, puede encontrarse en el comentario que realiza Casal de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia al declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes, destacando la importancia de esta sentencia en lo atinente al principio de reserva judicial (2001: 120).

En el Derecho puertorriqueño, Rosado (2013: 74), al estudiar el delito de restricción ilegal de la libertad sin “excusa legítima”, trata la flagrancia como una restricción a la libertad que además de estar prevista en el ordenamiento se relaciona con la comisión de un delito, lo que legitima para intervenir el derecho fundamental, vale acotar, por esta vía excepcional.

En relación al Derecho colombiano, asimismo Vargas en su pequeña monografía “*La captura y la libertad*”, conceptualiza la flagrancia como una de las formas legales de restricción de libertad que se configura cuando se sorprende a una persona en la realización de un delito, lo cual, refiere, excluye a las meras contravenciones a pesar de incluirlas en la definición legal de hecho punible (1990: 46).

Finalmente, Suárez (2001), comentando el artículo 28 de la Constitución colombiana, en cuanto exige orden judicial para la restricción de derechos fundamentales, señala:

Conforme a este texto constitucional se requieren para tal privación de libertad tres requisitos, a saber: a. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b. Acatamiento de las formalidades legales; y, c. Existencia de un motivo previamente definido por la ley. La misma Carta Política establece dos excepciones al régimen constitucional de estricta reserva judicial de la libertad personal y de la inviolabilidad del domicilio (2001: 106).

Lo que complementa al comentar el procedimiento abreviado y la flagrancia como uno de los supuestos legales para dicho procedimiento:

Queda evidente el por qué se llama procedimiento abreviado, porque aquí realmente se abrevia todo, empezando porque la situación de flagrancia produce por sí una abreviación de ciertos actos procesales fundamentales como, por ejemplo, de la prueba. La flagrancia implica que los elementos de prueba están allí con la persona detenida (2001: 267).

Continuando con la noción de flagrancia en relación a la normativa venezolana, Pérez señala:

La palabra «flagrancia» viene de «flagrar», que significa literalmente «estar ardiendo», lo que aplicado figurativamente a un acontecimiento o hecho, nos da la idea (carga semántica) de que el asunto está «en pleno desarrollo». De ahí que los angloparlantes cuando reportan un delito que se está produciendo, suelen hablar sobre «*a crime in progress*» (2002: 269).

De igual manera, señala que la expresión “*in fraganti*”, correspondiente al latín tardío, se corresponde con lo efímero de la fragancia de las flores, haciendo hincapié en la conexión semántica con la volatilidad de la

constatación del delito que requiere de la intervención, urgente y necesaria, para evitar la realización del delito, su ejecución y consumación, así como la impunidad del mismo, lo que lleva al autor cubano a expresar que por ello no yerra quien se expresa en cuanto a la flagrancia con la expresión «fragancia», aun por algún impedimento labiodental (2011: 459). No obstante lo anterior, también es oportuno señalar que Pérez hace hincapié en atención a que la expresión del delito que se está cometiendo demanda un *plus* en el entendido de sumarle «*al momento de intervenir las autoridades o los particulares y sorprender en ello a los comisores*» (2011: 459).

Prosigue el autor, con una valoración relevante a los efectos de la presente investigación, sobre manera por la referencia que realiza acerca de la dogmática jurídico-penal de orden sustantivo en cuanto al *itercriminis*, luego de señalar que la definición de la flagrancia, entendida como el delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, pudiera mejorarse con una redacción que incluya el momento de intervención de la autoridad o el particular que “sorprende” a quien realiza el delito o interviene en él: «*Será delito flagrante aquel que es descubierto por las autoridades o por el público cuando se está cometiendo o acaba de cometerse*» (2002: 270). A lo que añade:

Para el estudio de la teoría general del delito, la definición anterior bastaría, pues si bien los primeros estudios teóricos sobre la flagrancia provienen justamente de las disquisiciones del *itercriminis*, esta senda pronto fue abandonada por los estudiosos de la dogmática penal, toda vez que la noción de la flagrancia no arrojaba especial luz sobre el estadio de la ejecución del delito, o dicho en otras palabras, un delito sorprendido «*in fraganti*» no era necesariamente un delito imperfecto, como muchos creyeron en un momento, sino que también podía ser consumado, y lo peor, que la intervención de la autoridad o de los ciudadanos comunes no determinaba de suyo una cosa o la otra (2002: 270).

En este particular, se hace necesario un paréntesis en orden a que se coincide con el autor en cuanto a que si bien la flagrancia no puede determinar ni deslindar el *itercriminis*, ello no excluye la relevancia de la teoría del delito, los principios y criterios de la dogmática jurídico penal de la parte general en relación a lo contrario, es decir, la delimitación de la flagrancia, no obstante su naturaleza procesal.

Por lo demás, el citado autor también se ocupa de la clasificación de la flagrancia: presunta (*a priori* o *a posteriori*), real y *ex post facto* o cuasi-flagrancia (2002: 279).

Define la flagrancia presunta *a priori* como la situación en la que se advierte que una persona estaría dispuesta a cometer un delito, en cuanto sospecha medianamente fundada «*a juzgar por su apariencia o manera de vestir, o por el lugar donde se halla, o por las herramientas o instrumentos que pudiera portar*» (2002: 272), lo cual critica –*afortunadamente*– como un tipo de flagrancia propia de los Estados comunistas o fascistas, precisamente, a partir de uno de los principios del Derecho penal demoliberal –*y de la dogmática jurídico-penal sustantiva*–, como lo es el del hecho o acto, excluyente de valoraciones de Derecho penal de autor.

Así, en el Derecho penal soviético cuya noción de delito es la que sigue:

«*La acción socialmente peligrosa, previsto por la ley penal, que constituye un atentado criminal no solamente cuando el delito ha sido consumado, sino también cuando aún se encuentra en proceso de preparación o ejecución*», por lo que el *itercriminis* del delito doloso se dividía en etapas –*grados de preparación y ejecución del delito doloso*– en: 1. Preparación del delito, 2. Tentativa del delito y 3. Consumación del delito. Entendiéndose por preparación del delito «*aquellas acciones que han sido ejecutadas para crear las condiciones de ejecución del hecho criminoso*» (Zdravomíslav, Schneider, Kélina y Rashkovskaia, 1970: 215 - 216).

No obstante lo antedicho, una suerte de flagrancia *a priori* se hallaba prevista en el ordinal 1º del artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal en su versión original, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998 en lo relacionado con el allanamiento de morada, al prever:

Artículo 225. Morada. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez.

Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes:

1º. Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito; (...).

En este orden de ideas, Pérez se pronunció en cuanto a que el citado ordinal, conjuntamente con los demás (2º *Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión* y 3º *Para evitar la comisión de un hecho punible*), habían destruido la garantía de inviolabilidad del domicilio habida cuenta de la cantidad de supuestos que podrían dar lugar a la intervención del derecho sin orden judicial (1998: 225).¹²

Del mismo criterio es Tamayo, quien al comentar la reforma del Código Orgánico Procesal Penal de 2001, además de referirse a los abusos policiales que posibilitaba el citado ordinal 1º, también señaló que el mismo era inconstitucional pues a criterio del autor el artículo 47 de la Constitución de la República sólo posibilita la restricción del hogar doméstico y el recinto

¹² Esta norma fue modificada en la reforma del Código de 2001, suprimiéndose este ordinal y manteniéndose los restantes ordinales, salvo en las variaciones amplificadoras introducidas en la reforma del Código de junio de 2012, con la siguiente redacción: «**Artículo 196. Allanamiento** (...) *Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1º Para impedir la perpetración o continuidad de un delito. 2º Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión*» (Subrayado y cursivas fuera del texto).

privado para impedir la perpetración de un delito (2003: 167). Por consiguiente, de acuerdo con este autor, la flagrancia *a priori* no entra en la noción constitucional impedir la perpetración de un delito.

Y es que impedir la perpetración de un delito, en el ámbito de las normas que definen la flagrancia y autorizan la intervención de derechos del imputado o de cualquier ciudadano objeto de persecución penal –*de interpretación restrictiva*–, exige como presupuesto la existencia de un comienzo de ejecución, esto es, la configuración de una tentativa.

Por lo demás, una norma idéntica se halla contenida en el literal b) del artículo 197 del Código Procesal Penal de Costa Rica,¹³ en relación a la cual Llobetes del parecer que la misma sólo puede comprender el supuesto en el que unas personas se introducen en un local en la idea de cometer un hurto, antes de abarcar los de tenencia de sustancias ilícitas que después se descubren a través de la entrada y registro sin orden judicial, pues ello desnaturalizaría la garantía de inviolabilidad del domicilio y la flagrancia en cuanto al requisito político criminal de *necesidad y urgencia de intervención*, amén de abrir la puerta a innumerables abusos policiales, puntualizando:

Esta posición es peligrosa, puesto que puede dar lugar a una serie de abusos y a dejar con ello sin efecto la inviolabilidad del domicilio garantizada constitucionalmente. Es claro que tal supuesto no está autorizado por ninguno de los incisos del artículo en comentario, bastando la lectura de los mismos para comprobar dicha afirmación. Por otro lado, no debe dejarse de considerar que el mismo Art. de la Constitución es concordante en

¹³ «**ARTÍCULO 197. Allanamiento sin orden.** Podrá procederse al allanamiento sin previa orden judicial cuando: **a)** Por incendio, inundación u otra causa semejante, se encuentre amenazada la vida de los habitantes o la propiedad. **b)** Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito. **c)** Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persigue para su aprehensión. **d)** Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro» (Llobet, 2006: 298. Subrayado y cursivas fuera del texto).

sus supuestos con los previstos en el artículo en comentario. Lo que se prevé es una autorización de allanamiento sin orden judicial cuando realmente existe un estado de necesidad, que hace que no pueda esperarse la orden judicial (2006: 298).

Siguiendo con el comentario del Código Procesal Penal de Costa Rica, en orden al artículo que tipifica la flagrancia,¹⁴ enseña Llobet:

Importante en cuanto a la fragancia es que el Código la define, entendiéndose por ella cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido, tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (o contravención). La aprehensión en fragancia cumple con el requisito constitucional de la exigencia de indicios comprobados de culpabilidad, puesto que, como se ha dicho por la doctrina, la fragancia (2005: 418).

En este aspecto, refiere además que un sector de la doctrina habla de una inversión de la presunción de inocencia al tratar el fundamento de la aprehensión en fragancia en tanto se afirma que «*la detención (y hasta la prisión preventiva) se justifican por cuanto es lógico que alguien que fue aprehendido en fragancia siga siendo presumido inocente*» (2005: 420). Doctrina que es criticada con acierto por el autor en cuanto la presunción de inocencia sólo puede desvirtuarse con la sentencia condenatoria, además de señalar que la aprehensión en fragancia no ha de cumplir fines políticos criminales “simbólicos” de conjura a la alarma social del delito y, por tanto, fines de prevención general positiva, propia de las penas. Por ello refiere:

La finalidad de la aprehensión en fragancia, por un lado, es asegurar la persona del imputado, ya sea para identificarlo o por

¹⁴«**ARTÍCULO 236. Flagrancia.** *Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito*» (Llobet, 2006: 330. Cursivas fuera del texto).

temor de que pueda darse a la fuga, por otro lado, asegurar los medios de prueba del hecho desde el primer momento de la investigación.

Además en el caso del que es aprehendido en el momento de cometer el delito, la aprehensión en fragancia realizada por la autoridad pública, es un acto debido de la misma, destinado a evitar la consumación del mismo, dentro de la función preventiva de delitos que debe cumplir la autoridad pública, y con respecto al particular está inclusive íntimamente relacionada con la causal de legítima defensa prevista en el Código Penal (2005: 421).

De otra parte, en cuanto a la fragancia presunta *a posteriori*, Pérez define la misma cuando se detiene a una persona con instrumentos o cosas provenientes del delito que hacen presumir su intervención en él, siempre que ello tenga lugar a poco de haberse cometido, dando cuenta de una importante crítica en cuanto la fragancia no versa sobre la percepción del delito sino de las cosas que hacen presumir la intervención en él, aspecto éste, como resalta, a tener presente en cuanto al *in dubio pro reo* (2002: 272).

Ya, en lo que respecta a la fragancia real, propiamente dicha, o *in ipsaperpetrationefacinatoris*, que denomina como la verdadera fragancia, comprende el supuesto en el cual se captura e identifica al delincuente en plena comisión del delito «bien que lo haya consumado o que resulte frustrado o desistido» (2002: 273).¹⁵

Siguiendo con lo antedicho, en lo atinente a lo que define como fragancia *ex post facto* o cuasifragancia, hace mención al supuesto del perseguido ininterrumpidamente por la autoridad policial o el público (2002: 273), a lo que había de agregar la persecución por la víctima que en lo particular, y

¹⁵ Algo a destacar acá desde la perspectiva dogmática de la teoría del delito sería el significado de la tentativa desistida y, aun, la calificada, previstas en el artículo 81 del Código Penal venezolano.

conforme a la dogmática del proceso ejecutivo del delito, pone de relieve Frías en cuanto a las formas de imperfecta ejecución de los delitos de hurto y robo, lo cual vincula con la flagrancia:

En síntesis: salvo casos muy excepcionales, el delito no está consumado mientras el ladrón se halla con la cosa en frente de la víctima que pugna por recuperarla, forcejeando con él o persiguiéndole. Tales los casos de flagrancia y de cuasi flagrancia. En semejante coyuntura el sujeto pasivo se halla en pleno ejercicio de la legítima defensa (1996a: 261).

Brichetti (1973), en el Derecho italiano, al igual que Cabrera en el caso venezolano (2006), trata a la flagrancia como un supuesto de evidencia probatoria, en tanto para el autor se constituye en una de las formas más claras de la evidencia del delito (Brichetti, 1973: 162). Este autor italiano, además de señalar la importancia que tuvo la flagrancia en los prácticos medievales, define la flagrancia a partir de la relación entre hecho y la persona del sorprendido, como la sorpresa del agente del delito en la comisión del acto, poniendo énfasis en la situación de los delitos continuados y permanentes, en los cuales ha de sorprenderse a quien comete el delito, bien en el último acto delictivo de la continuación o el de la permanencia, en virtud de lo cual afirma un aspecto importante relacionado con la teoría del delito al expresar que la prueba de la flagrancia también ha de valorarse en relación al delito (1973: 163 - 164).

También se manifiesta en contra de la valoración del supuesto que se incluye en la cuasi-flagrancia o flagrancia de ficción legal, en cuanto a la persecución de la persona del autor o partícipe por parte de la víctima, el clamor público o la autoridad, la cual, se corresponde en criterio del autor italiano en un caso de flagrancia real, habida cuenta de la conexión entre el hecho flagrante que se percibe y la presencia de quien interviene en él, dejando la cuasi-flagrancia solo para el caso de la persona que es

sorprendida en lugar del hecho, a pocos instantes de haberse cometido el delito con armas, instrumentos o rastros en atención a los cuales pueda presumirse que ha realizado el delito (1973: 165); todo lo cual remata señalando:

La etimología de la misma palabra flagrancia, que deriva de arder, quemar, denota un incendio que estalla sin freno ni medida; la palabra se aplica, pues, a efectos y movimientos del ánimo apremiantes, ardentísimos y presentes. En la hipótesis de individuo perseguido por la fuerza pública, o por el ofendido, o por otras personas, inmediatamente después de la consumación del delito, se tiene verdadera y propia flagrancia, porque se tienen actos (fuga del culpable – persecución por parte de terceros), que son la prosecución de los que concretan la consumación del delito, y que se han verificado también ellos a presencia de terceros, se puede afirmar por consiguiente que se está todavía en el momento de la actualidad del delito; éste no ha pasado todavía. (...) Consideramos, por consiguiente, que tenían un más exacto concepto de la flagrancia de delito algunas antiguas legislaciones italianas que definían como “flagrante delito” aquel en que el delincuente es sorprendido en el hecho o es perseguido por el ofendido o por terceros; y que restringían el concepto de “cuasi-flagrancia” al caso de quien hubiese sido encontrado en posesión, en tiempo próximo al delito, de armas, instrumentos, papeles, o de huellas, idóneas para indicarlo autor del hecho (1973: 167).¹⁶

Por su parte, para Rionero y Bustillos, mantienen el criterio de la mayoría de la doctrina venezolana en clasificar la flagrancia como propia – *real o estricta*–, la cuasi flagrancia y la flagrancia presunta, compartiendo lo afirmado por dicha doctrina mayoritaria en cuanto a la inclusión del perseguido por la víctima, el clamor público o la autoridad en la cuasi flagrancia, a la par que en el supuesto de la flagrancia presunta comentan un caso de flagrancia presunta *a priori* en el contexto de la legislación de Tailandia, en lo atinente a la detención de una persona «*que es vista*

¹⁶ Cabe señalar que de lo dicho por el autor, los actos no sólo serían indicativos de la consumación sino de la tentativa de delito, bien de la inacabada o tentativa propiamente dicha, ora de la acabada entendida conforme al Código Penal venezolano como frustración.

rondando un vehículo en posesión de instrumentos idóneos para abrirlo y encenderlo» (2003: 144 y ss.).

En este sentido, comentan en un pie de página (nº 283) la discutida sentencia de la Sala Constitucional N° 2580 del 11 de diciembre de 2001, en la que se consideró flagrancia un supuesto de actuación policial realizado a partir de la sospecha o intuición de los funcionarios y ante lo cual se dijo que las actitudes de una persona –*en el caso juzgado, alguien que llevaba dediles intracorpóreos-*, como el nerviosismo, en cierto tipo de delitos eran de utilidad para decretar la flagrancia. Ante ello, los mencionados autores no sólo se pronunciaron en contra de tal criterio de la Sala, sino que también afirmaron lo peligroso del mismo, formulando la siguiente interrogante: «*¿cómo se puede justificar que se detenga a un sujeto sin cometer delito alguno, pero con su sola “actitud” sea fundamento suficiente para aprehenderlo?» (2003: 146).*

www.bdigital.ula.ve

En adición a lo indicado, Núñez, quien define la flagrancia atendiendo a la clasificación comprensiva de la flagrancia real o clásica, la cuasi-flagrancia y la flagrancia presunta, que en el ordenamiento procesal venezolano sólo abarca la flagrancia presunta a posteriori, de igual manera se manifiesta crítico de la citada sentencia de la Sala Constitucional 2580, considerándola un exceso (2005: 6 y ss.).

Por su parte, en relación a la flagrancia como excepción al estado de libertad, Arteaga, luego de hacer mención a que las personas sólo pueden ser restringidas en su libertad mediante decisión judicial motivada, también refiere la excepción a la orden judicial que comprende el supuesto de flagrancia, señalando:

Sin embargo, de manera excepcional, cuando se trata de un delito flagrante, o mejor dicho, cuando se sorprende a alguien *in fraganti delicto*, cualquier particular y cualquier autoridad puede apresar al sorprendido, tal como lo dispone el COPP, en el artículo 248, en concordancia con la previsión que, en el mismo sentido se encuentra contenida en la Constitución, en el artículo 44, que sólo prevé como excepción a la detención o arresto por orden judicial, el caso de la sorpresa *in fraganti* (2007a: 69).

En este orden de ideas, haciendo énfasis en cuanto a que la flagrancia no es una categoría de delitos, insiste en el concepto de flagrancia y su carácter excepcional:

Por lo que respecta al concepto de flagrancia es necesario señalar, conforme a la naturaleza de las cosas que delito flagrante es, en sentido propio, el delito que se está cometiendo, como señala el COPP (artículo 248), lo que se corresponde con el término mismo empleado de flagrante (de *flagrans, flagrantis*), del verbo flagrar (arder o resplandecer), esto es, lo que resplandece, resplandeciente o que está resplandeciendo. En otras palabras, delito flagrante es el que se está ejecutando en el momento en que se percibe. Esto es lógico, ubicados en materia de libertad y de su restricción en situación de excepcionalidad, aún a cargo del juez y, con mayor razón, cuando se trata de la situación de flagrancia, la cual faculta para que una persona, sin orden judicial, pueda ser detenida, colocada así, en otras manos, fundamentalmente en las de funcionarios policiales, la posibilidad de que sea privada de su libertad de movimiento (2007b: 38 - 45).

Prosigue, el autor patrio, en la conceptualización de la flagrancia, no sin antes dar cuenta de la definición legal contenida en el COPP, al decir:

La flagrancia del delito es una realidad o un hecho del cual surge como consecuencia la posibilidad o facultad para detener al sorprendido *in fraganti*.

Al respecto cabe señalar que se confunde muchas veces el hecho de la flagrancia o de la comisión del hecho, la inmediatez de su percepción y la individualización del autor, con la detención de este en esa circunstancia por la certeza del hecho y de su

participación, lo cual debe ser diferenciado y negada la consecuencia, no siempre necesaria, como lo precisamos antes.

La flagrancia o el delito flagrante no es una categoría de delitos o una nota que corresponda, por el hecho de su comisión a ciertos delitos.

En este sentido debe señalarse que siendo así que todo delito tiene un momento en el que se comete o en el que es actual, esta nota carece de sentido o es intrascendente, sino se relaciona con alguna persona que se vincule al hecho y a su autor en el momento de su comisión, definiéndose entonces la flagrancia, no tanto por la actualidad, sino por la visibilidad del delito, como lo afirma Carnelutti (2007a: 71).

Sigue el autor patrio definiendo la flagrancia real y la cuasi-flagrancia, aunque lo relevante de lo afirmado se halla en lo referido a la visibilidad del delito que trasciende el hecho de la actualidad en cuanto a si se está cometiendo o acaba de cometerse, pues ello va a depender siempre de la percepción. No obstante, importa destacar los elementos que pone de manifiesto en cuanto la flagrancia, afirma, se integra por: a) La actualidad del hecho y su observación, b) La individualización del autor o partícipe y c) El carácter “delictivo” específico del hecho punible (2007a: 72).

Los elementos mencionados por Arteaga, pudieran relacionarse en la corta definición que Morao da en cuanto al delito flagrante, como aquél que es consumado en público, diríamos a la vista, en presencia de terceros, por lo que su descubrimiento se concreta al momento de su perpetración (2000: 315).

Siguiendo el anterior orden de ideas, Maldonado, quien también refiere la restricción de libertad por casos de extrema y urgencia, dejando claro que la flagrancia configura una excepción al principio de la libertad, sostiene que el delito flagrante está fundamentado en la Constitución en los derechos civiles, al mismo tiempo de considerar la aprehensión en flagrancia como una

medida cautelar (2011: 354). Seguidamente, haciendo mención a diversos supuestos que acontecen en los Tribunales de Control, señala lo siguiente:

Una situación ocurrida con cierta frecuencia: es cuando X ha cometido un delito grave, por ejemplo, robo con homicidio. No fue sorprendido *in fraganti*, pero hay varias denuncias que aseveran que es el autor. La policía lo busca, el individuo se esconde. Hay manifestaciones de clamor público para que sea aprehendido. En una actividad de patrullaje es localizado, puesto que su nombre policialmente había sido divulgado. Surge la pregunta ¿puede ser detenido? Hay una respuesta positiva, es un sospechoso, la policía tiene oportunidad de aprehenderlo, además se trata de un sujeto altamente peligroso; así lo ha reconocido la jurisprudencia del TSJ (2011: 360).

Tal extensión, también se advierte en otra de sus obras «*Pruebas en el Procedimiento Penal Venezolano*», al estudiar la flagrancia como parte de la actividad policial y la prueba del delito, así como en lo relacionado con la entrada y registro de las visitas domiciliarias, que excepcionalmente se permiten sin orden judicial en los casos de flagrancia, real o presunta, aunado al señalamiento según el cual la flagrancia como prueba del delito requiere de la actuación policial más violenta «*en el sentido de actuar con más celo*» (2012: 65 - 202).

Vásquez, también se ocupa de la flagrancia en orden a las medidas de coerción personal y el procedimiento especial, breve, que se halla regulado en el Código Orgánico Procesal Penal (1999: 127 - 176). De igual manera estudia la flagrancia en un artículo publicado en las Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal de la UCAB, en el ámbito del cual precisa la noción de flagrancia en cuanto al delito que se está cometiendo, en tanto situación objetiva y temporal que permite restringir la libertad individual sin orden judicial, así como también refiere los requisitos de la flagrancia: actualidad del hecho e individualización de quien lo realiza, seguido de la clasificación de la flagrancia, bien en sentido estricto, como en sentido equivalente de la

cuasi-flagrancia, añadiendo que en el supuesto de la presunción de que alguien ha realizado o participado en el delito, se precisa de una presunción razonada, excluyente de la mera sospecha o la simple convicción policial (2001a: 24 - 25).

De igual forma, Borrego, quien al estudiar el estado de libertad y su excepción en el proceso penal venezolano, en cuanto considera la flagrancia como una forma de manifestación de medidas cautelares de coerción personal, también deja claro que las sospechas o intuiciones policiales, así como las indagaciones previas, no entran en la noción de flagrancia (2002: 104 y ss.). En lo atinente a las indagaciones previas que posteriormente dan con el hallazgo sobre lo que se presumía que existía, sostiene que ello podía entrar en la noción legal de flagrancia, pero aclara el autor patrio: «*siempre y cuando estuviera manifestada la evidencia apropiada*» (2002: 215).

En relación a los requisitos de la flagrancia, Balza (2002: 439), refiere cinco, los cuales, en su parecer son: 1) Que el acto humano sea delito, atendiendo al principio del acto; 2) Que se sorprenda al presunto autor ejecutando o acabando de ejecutar el delito, lo que origina su evidencia, además de configurar la inmediatez temporal; 3) Inmediatez personal en el supuesto de la flagrancia presunta a posteriori; 4) Que el delito merezca pena privativa de libertad, por virtud del principio de proporcionalidad; y 5) Necesidad de intervención inmediata, a los fines de evitar la consumación del delito o su impunidad.

En este orden de ideas, Mármol, teniendo presente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español, con relación a una sentencia de la Sala de Casación Penal, la N° 395 del 14 de agosto de 2002, define la flagrancia y menciona sus requisitos:

Se entiende por delito flagrante “el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos”. Así mismo delito flagrante “es el que no necesita prueba dada su evidencia”. Flagrante es “aquello que está ardiendo o resplandeciendo, es decir, aquella infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, de manera que hace necesaria la urgente intervención a fin de que cese el delito y sus efectos”. Se requiere entonces, para que se establezca la flagrancia: 1.-La inmediatez temporal, que se esté cometiendo el delito o que se haya cometido instantes antes. 2.- Inmediatez personal, que consiste en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación de relación con el objeto o instrumentos del delito que constituya prueba de su participación; y 3.-La necesidad urgente que justifique que los funcionarios actuantes se vean obligados de intervenir inmediatamente con el fin de determinar la actividad delictiva, deteniendo a los autores y aprehendiendo los efectos del delito. El delito flagrante, es la “situación fáctica en que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable su intervención” (2006: 149).

Criterio que también acoge Ferreira en «*La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia. Comentarios a la sentencia nº 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*», apoyándose de igual modo en la citada doctrina del Tribunal español, al expresar:

La comisión de un hecho punible en situación flagrante o su participación en él, sólo es posible como una situación fáctica, cuya concreción precisa de los siguientes elementos: a) La percepción directa y efectiva de la situación flagrante, que requiere de la objetividad de quien percibe, puesto que no se trata de un conocimiento o de una percepción presuntiva; b) La inmediatez: temporal en atención a la flagrancia, y personal en relación a la cuasiflagrancia, y c) La necesidad y urgencia de intervención, entendida como premura de acción por parte de quien percibe la situación flagrante (2006: 186).

De todo lo anterior, podemos aproximarnos a un concepto de flagrancia, en cuanto situación fáctica, presente, inmediata y necesitada de acción o

intervención, razón por la cual se refiere al delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, lo que sin duda alguna, se emparenta el vocablo flagrante, derivado del participio activo *flagrans*, en cuanto se está ante la comisión “ardiente” o “resplandeciente” de un delito el cual es visto por un tercero en circunstancias inmediatas o subsiguientes, lo que comporta la necesidad de intervenir, bien para evitar la consumación o la impunidad.

A mayor abundamiento y en la idea de seguir delineando las nociones de flagrancia, a los fines de avanzar en la delimitación de su concepto, su naturaleza jurídico-procesal como excepción, sus modalidades y sus elementos o requisitos, convienen algunas referencias de derecho comparado.

En este sentido, comentando la Constitución Mexicana, Colin refiere lo siguiente:

www.bdigital.ula.ve

a) Del precepto transcrito, se concluye, que la libertad personal únicamente se puede restringir mediante orden de aprehensión decretada por la autoridad judicial que priva de la libertad al sujeto por un tiempo determinado. La flagrancia y la urgencia son excepciones al principio consistente en que toda orden de detención debe emanar de un mandato judicial, pues atendiendo a lo establecido por la Constitución, la privación de la libertad sólo es permisible que la decreta la autoridad judicial, quien deberá fundarla en los requisitos señalados por la ley. b) Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo, debido a la evolución natural que ha sufrido el Derecho Penal, el legislador establece que no solo debe entenderse por flagrancia el arrestar al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino también, cuando “después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido (1964: 75).

Del mismo criterio Rubianes, quien en el Derecho argentino da cuenta de la flagrancia como una figura que permite restringir derechos sin orden

judicial, haciendo referencia a los Códigos Procesales de Buenos Aires y Córdoba:

El concepto de flagrancia se da en el art.185: “Se considerará flagrante el delito que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer; pero esto último sólo respecto a la persona que haya presenciado su perpetración”. (...)

“Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito” (1985: 109 y ss.).

En este contexto y con relación a la entrada en el domicilio, Levene da cuenta de ciertos elementos propios de la flagrancia como la percepción sensorial, a partir de la cual pueden desprenderse la inmediatez y la necesidad urgente de intervención:

Si a los efectos de la investigación criminal o aprehensión de los delincuentes, fuere necesario penetrar en el domicilio de algún particular, el funcionario de policía deberá obtener del juez la respectiva orden de allanamiento, salvo que se denuncie por uno o más testigos que han visto personas asaltar una casa y que las mismas se han introducido en ella, aparentemente a fin de cometer un delito, o cuando penetra en una casa un reo de delito grave a quien se persigue para su aprehensión, o cuando se oyen voces dentro de una casa que indican que en ella se comete un delito o cuando se pida socorro (1962: 301).

De otra parte, en atención a la normativa argentina, Maier destaca la inconsistencia del consentimiento en cuanto la entrada al domicilio o recinto privado, al expresar:

Lo que no puede ocultarse tras la aceptación del consentimiento es el intento de evitar el control judicial sobre la procedencia del allanamiento, control que debe realizarse aun frente a los

allanamientos urgentes, permitidos sin orden, y para el que el juez debe colocarse al juzgarlos, necesariamente, en el lugar y en el momento en que obró el funcionario que autorizó el procedimiento (1985: 69).

En este orden, en referencia al Derecho español y a la conocida Ley de Seguridad Ciudadana, Del Rosal realiza importantes valoraciones en orden a la flagrancia, la cual define como una institución que da lugar a una injerencia administrativo-policial, esto es, sin orden judicial, en los derechos fundamentales de los ciudadanos, la cual define en concreto como una situación en la que se está cometiendo un delito o acaba de cometerse y de lo cual se tiene la percepción sensorial, criticando la amplitud de la citada Ley con sustento en la sentencia del Tribunal Supremo español, la STS del 29 de marzo de 1990:

En principio, nada hay que objetar a que la Policía pueda entrar en domicilio en todos aquellos casos en los que se está cometiendo el delito y, precisamente, para impedir que éste llegue hasta la consumación; esto sí es un auténtico caso de delito flagrante. Con todo, y como ha señalado el propio Tribunal Supremo en la sentencia antes citada de 29 de marzo de 1990, hay que tener en cuenta que en los delitos de consumación instantánea y efectos permanentes, como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, municiones, etc.), desde el momento en que tales delitos quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la Policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al Juzgado para obtener un mandamiento judicial (1992: 792).

A lo antedicho y en relación a un informe que emitiera el Consejo General del Poder Judicial español en relación al Anteproyecto de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, añade:

La libertad individual, y todos sus plasmaciones o manifestaciones, entre las que se encuentra precisamente esa

esfera personal e íntima que se protege a través de la inviolabilidad del domicilio, tiene una posición de prevalencia en nuestra Constitución, pues es la base misma de todo el orden constitucional democrático, de tal manera que la propia idea de seguridad se ha de supeditar a la idea de libertad (1992: 793).

Al respecto cabe precisar lo afirmado por Matia, quien a la par de dejar claro la naturaleza jurídico-procesal de la flagrancia y ocuparse del derecho a la inviolabilidad del domicilio, expresa:

En definitiva, hay delito flagrante cuando se nos revela sensorialmente (a nuestra vista, o mediante nuestros oídos) que se está cometiendo (o se acaba de cometer) y que una persona concreta o varias son sus autores. No puede confundirse este supuesto con el conocimiento ajeno a nuestros sentidos de que se está cometiendo un delito. Y ello porque careciendo de percepción sensorial podemos estimar que un delito va a ser cometido o ya se ha cometido, e incluso que una o varias personas son sus autores, pero no podemos deducir de ello que el delito es cuasi-público. (1997: 347).

Sobre este particular en De Urbano y Torres, al comentar la STS del 2 de julio de 1993 (RJ 1993, 5697), en cuanto a la noción de delito flagrante a la sorpresa de quien comete el delito, a través de la percepción sensorial, citando como ejemplos de tales supuestos el robo, el incendio, los daños, homicidios, lesiones, violaciones, entre otros, poniendo de relieve que en torno al delito contra la salud en tanto que «*sus especiales características lo hace menos apto pero no imposibilita la aplicación del concepto de delito flagrante*» (2000: 156).

En este último supuesto, da cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo español del 28 de enero de 1994 (RJ 1994, 277), en la que con cita de la sentencia del 12 de noviembre de 1993 (RTC 1993, 341), dictada por el Tribunal Constitucional español se consideró la flagrancia en un delito contra la salud como el de tráfico de drogas ilícitas, en un supuesto donde unos

funcionarios policiales percibieron una venta de la droga, siendo que al ir detrás del vendedor, este se introdujo corriendo en su vivienda, produciéndose la entrada de los funcionarios en dicho recinto con la subsiguiente captura del sorprendido en la comisión del referido delito (2000: 157).

Previo a lo señalado, De Urbano se refiere a los elementos de la flagrancia, precisados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español:

Los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para delimitar esta modalidad delictiva (SSTS 29 marzo 1990 [RJ 1990, 2647], 2 julio 1993 [RJ 1993, 5697], 5 diciembre 1994 [RJ 1994, 10065] y 9 febrero 1995 [RJ 1995, 801]) son:

- a) Inmediación temporal, es decir, que se esté cometiendo el delito o que haya sido cometido instantes antes.
- b) Inmediación personal, consistente en que esté el delincuente allí en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello sea una prueba de su participación en el hecho.
- c) Necesidad urgente que justifique la inmediata intervención a fin de poner fin a la acción delictiva, detener a su autor y aprehender a los efectos del delito (2000: 156).

En atención a lo anterior es dable precisar acá, lo que señalan Díaz y Martín, al discurrir sobre los hallazgos casuales y la teoría del surgimiento de la flagrancia:

Tampoco el concepto de flagrancia que utiliza el Tribunal Supremo encaja en la recta noción de delito flagrante, refrendada por el TC en la conocida STC 341/193, FJ 8º, ya que en el frecuentísimo caso de los delitos de efectos permanentes se resiste el requisito de la urgencia, tercer elemento de la flagrancia. En este tipo de delitos (tenencia de drogas, depósito de armas o explosivos, etc.), al contrario de lo que ocurre en otros de distinta naturaleza (homicidios, agresiones sexuales, etc.), no se requiere,

por lo general, «necesidad imperiosa de intervención inmediata», por lo que nada impide que se paralice el registro, tras adoptarse precauciones oportunas, hasta la obtención de la correspondiente ampliación de la autorización judicial. No se debe confundir, pues, el requisito de la inmediatez temporal, segundo elemento de la flagrancia delictiva, con el de la urgencia (2001: 184).

No obstante, este autor español en compañía de otro procesalista da cuenta de una sentencia del Tribunal Supremo español, a saber: la STS (2.^a) del 8 de marzo de 1994, en la que además de señalarse que la intervención de la privacidad en la escucha de una conversación telefónica es más grave que la del domicilio, por cuanto en la primera el imputado es fuente de prueba, mientras que en la segunda es objeto de prueba, aunado al hecho a tenor del cual la intervención telefónica es más duradera que la constitutiva de la entrada en el domicilio, la cual se agota en un solo acto, también se ubica a los hallazgos causales en la noción de la flagrancia, al expresarse en dicha sentencia: *«si aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de la flagrancia»* (Díaz y Martín, 2001: 181).

Criterio jurisprudencial éste, el cual, de modo inconsciente, en no pocas oportunidades se da por recibido en los Tribunales Penales venezolanos, el cual puede confrontarse con lo decidido en fecha 13 de mayo de 2013, por la Sala 5 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuyo sumario consultado en INFOJUS con el número Id Infojus FA13060026, se afirma:

No incurre en el supuesto de flagrancia en el delito de encubrimiento, quien fue detenido al circular en un vehículo con pedido de secuestro, exhibiendo una cédula verde perteneciente a un tercero, pues el encubrimiento se consuma en el momento en que se toma posesión del vehículo de origen ilícito y no en el momento en el que el imputado es apresado desplazándose en el

mismo(<http://www.infojus.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-lct-encubrimiento-fa13060026-2013-05-13/123456789-620-0603-1ots-eupmocsollaf>).¹⁷

En sintonía con lo acotado, es de advertir que si bien la sentencia antes citada no trata sobre un caso de hallazgo casual, es de interés dado que resulta indicativa en cuanto a la flagrancia de un delito no se produce con el “hallazgo” del delito que previamente se ha cometido, es decir, del delito cuya comisión ya ha tenido lugar con independencia de aquél.

Aunado a lo antes señalado y en referencia a la normativa española, Hoyos denota lo ineludible de la percepción sensorial como requisito esencial de la flagrancia, además de tratar lo relacionado con los delitos de tenencia:

Las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho delictivo deben ocupar y han ocupado siempre un primer plano en la noción de delito flagrante, pues si bien todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, solo podrá ser detenido el delincuente *in fraganti* si un tercero percibe a través de los sentidos, descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo. Así pues, el simple conocimiento fundado que lleva a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito no es necesariamente una percepción evidente, y va por ende más allá de aquello que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia; las meras conjeturas o sospechas no bastan para configurar una situación de flagrancia. Así, evidencia del delito no es lo mismo que flagrancia, sus significados no coinciden (...)

Por último, será importante considerar también en el caso concreto las peculiaridades del tipo de delito ante el que nos

¹⁷La norma de flagrancia referida en este fallo prevé: «**ART. 285.-** Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (<http://www.infojus.gob.ar/23984-nacional-codigo-procesal-penal-Ins0003709-1991-08-21/123456789-0abc-defq-g90-73000scanyel#I0230>)».

encontramos, pues, por ejemplo, en los casos de tenencia ilícita de drogas o armas, la flagrancia existe cuando un tercero percibe que una persona tiene a su disposición el objeto prohibido; sin embargo, normalmente no va a ser necesaria una intervención urgente del particular. Sólo se debe permitir la detención en flagrancia en la medida en que la lesión de un bien jurídico sea actual o inminente, de especial gravedad y cuando se tema fundadamente que el imputado va a intentar fugarse u ocultarse(2001: 139 y ss.).

Con igual criterio en cuanto a la flagrancia y la percepción sensorial, puede apreciarse lo dicho por Molina en atención a la entrada y registro, así como en lo atinente a la inviolabilidad del domicilio, en cuanto pone de presente la noción etimológica de la flagrancia, teniendo en cuenta la sentencia STS de 29 de marzo de 1990 del Tribunal Supremo español:

Flagrancia es la calidad de flagrante, y flagrante significa que se está ejecutando actualmente, «en el mismo momento de estarse cometiendo el delito, sin que el autor haya podido huir». Un delito será, por tanto, flagrante en el mismo momento que se comete, después de lo cual dejará de serlo. El Tribunal Supremo, se refiere al concepto etimológico de la flagrancia cuando dice que «flagrante se refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama, de modo que por delito flagrante en el concepto usual hay que entender aquel que se está cometiendo de manera singularmente ostentosa o escandalosa, que hace necesaria la urgente intervención de alguien que termine con la situación anómala y grave a fin de que cese el delito, porque está produciendo un daño a un bien jurídico que debe impedirse inmediatamente, o porque es posible que el daño para dicho bien jurídico se corte y no vaya en aumento» (2004: 141 - 142).

A lo anterior añade, que la flagrancia versa sobre una percepción sensorial, directa e imprevista, definiéndola como la constancia real y virtual, en cuanto objetiva y verificable de la comisión de un delito en un momento dado o concreto, además de advertir que dado la excepcionalidad de la flagrancia la misma sólo ha de interpretarse restrictivamente (2004: 144 -

148). Así, en relación a la flagrancia, Suarez-Bárcena en su libro Derecho Procesal Penal para policías y criminólogos, explica:

Conforme a la tradición jurídica española, delincuente *in fraganti* es el delincuente sorprendido cuando está realizando actos de ejecución propios del delito propiamente, o cuando acaba de consumarlo, e incluso el sorprendido inmediatamente después de la comisión con efectos o instrumentos del delito cometido.

El requisito de **sorprender** al delincuente no exige el asombro o sobresalto del mismo; se trata de que se descubierta su acción delictiva en fase de ejecución o inmediatamente después de la misma. El descubrimiento ha de producirse precisamente mediante la percepción sensorial del hecho por parte del sujeto que dispone la detención, es decir, éste ha de tener conocimiento del hecho a través de sus sentidos, normalmente mediante la vista, aunque no deben descartarse los demás (el oído, olfato, etc.).

El **momento en que ha de descubrirse el delito** para ser considerado flagrante es ya el mismo de su ejecución o ya el momento inmediatamente posterior a la misma, así como todo el tiempo que transcurra desde el descubrimiento del delincuente hasta su aprehensión material mientras no se ponga fuera del alcance de sus perseguidores. Pero en este último caso el descubrimiento posterior a la ejecución debe tener por objeto no solo al delincuente sino que ha de extenderse a algún efecto o instrumento del delito que lo relacionen vehementemente con su comisión. (1997: 295).

También destaca lo afirmado por Queralt, quien al considerar la flagrancia desde el concepto dogmático del delito en tanto comportamiento típicamente antijurídico de los imputables y los inimputables, además de tener presente la relación entre flagrancia e *iter criminis*, crítica la decisión del legislador español en el marco de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en la tentativa de crear un concepto de flagrancia para atribuir al Estado Policial competencias propias del Poder Judicial en cuanto a la valoración normativa del delito flagrante, concretamente en el artículo

21.2 de dicha Ley.¹⁸ Norma esta, cuya nulidad fue declarada conforme a la STC 341/1993 del 18 de noviembre, dictada por el pleno del Tribunal Constitucional español, en la que se expresó: «*es delito flagrante la situación fáctica en la que queda excusada la autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención*» (2012: 252).

A lo que el autor español agrega: «*flagrancia no es más que constancia sensorial, es decir, visual del hecho*» (2012: 253).

No obstante, a pesar de lo dicho, el asunto no es tan pacífico en atención a otros criterios, como el del Dr. Cabrera, ex Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, quien en el seno de la doctrina venezolana define la flagrancia como un “*estado probatorio*” (2006). Todo lo cual invita a una lectura detallada de su planteamiento.

www.bdigital.ula.ve

En este sentido, tal definición como un “*estado probatorio*”, se inicia, citando a Borjas, en cuanto se dice que la flagrancia está referida a los hechos y circunstancias presenciadas por una o más personas, indicando que toda referencia testimonial que se produzca en cuanto al hecho objeto del proceso confiere a la flagrancia su cualidad probatoria, es decir, de

¹⁸ «**Artículo 21.** **1.** Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes. **2.** A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito» (Véase esta norma en el portal electrónico de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado español: <https://www.boe.es> Subrayado fuera del texto). Como puede apreciarse esta norma amplió el concepto de flagrancia sustituyendo la percepción por el “conocimiento fundado” de los funcionarios de las fuerzas policiales.

estado probatorio (2006: 12). Tal criterio se complementa de la siguiente manera:

El efecto de la flagrancia es que tanto las autoridades como los particulares pueden capturar al autor del delito, y esa detención puede hacerse *in situ* y por tanto sin auto de inicio de investigación, ni orden judicial, como lo exige el artículo 44.1 constitucional. Pero para que el efecto se logre, es necesario que se aprehenda el delito como un todo; es decir, que se observe la perpetración y al autor y que si hay captura del delincuente, el observador presencial deponga en la investigación. Esta declaración es la que demuestra el delito flagrante y justifica la captura. Pero, a la vez, son estas pruebas las que resaltan nuestra opinión de que la flagrancia es un estado probatorio (2006: 14).

De seguidas, habiendo colocado un supuesto de la comisión de un delito, complementa este criterio:

Si los presentes no capturan, o sí haciéndolo no entregan al arrestado, o si no denuncian los hechos o, sin en fin, si no acuden ante los órganos de investigación, simplemente no hay flagrancia, ya que ella está determinada por la información o por la prueba sobre la existencia integral del hecho punible, y ésta no existe. Al igual, tampoco habrá flagrancia, si se presenta al juez de control el detenido, sin que se le delite alguno. (...) Si en la fase de investigación se ubican “testigos presenciales”, o ellos luego del comienzo de la pesquisa espontáneamente acuden a informar, la condición de flagrancia no existe, porque lo importante es obtener la prueba rápida del delito y de la autoría, para detener al delincuente sin necesidad de orden judicial (2006: 14).

En relación a este párrafo, el autor destaca que la flagrancia etimológicamente se corresponde con la flama o llama y que sólo las declaraciones realizadas mientras dure la llama pueden tenerse como flagrancia y prueba del hecho, razón por la cual señala que restringir la libertad sin cumplir con la garantía de la orden judicial implica «*propender al abuso*».

Seguidamente, señala que la flagrancia como estado probatorio requiere que los funcionarios cumplan con el deber de interrogar a quienes presenciaron el hecho, ante cuya omisión se perdería el recuerdo vivo de la flagrancia, lo cual, le lleva a decir que no obstante la falta de captura no elimina la flagrancia debido a las probanzas latentes del delito que ocurrió. Por ello distingue entre delito flagrante y aprehensión en flagrancia:

Se trata de dos conceptos distintos aunque unidos por un nexo de causa a efecto. La detención in fraganti sólo es posible si hubo un delito flagrante, pero por el hecho de que no haya arresto *in situ* del delincuente, o porque huya, el delito que en su totalidad ha sido percibido por alguien, del cual hay pruebas de toda su existencia, continúa siendo flagrante y debe seguir produciendo los efectos que el CPP señala a la institución (2006: 18).

En virtud de esta afirmación, es por lo que incluye en la noción de flagrancia, la cual, dice ha de ser interpretada restrictivamente al supuesto en el cual no se capturan a quienes han cometido el delito, pero conocidos o no por las personas que presenciaron dicha comisión, los identifican luego o dan sus características (2016: 17).

De otra parte, en el ámbito de la cuasi flagrancia, en atención a lo cual que el ser sospechoso es una valoración subjetiva, es del parecer que si la víctima conoce al victimario, ella puede ir a buscarlo hasta lugares lejanos y proceder a capturarlo, incluso si dejar de existir la continuidad en la persecución, la cual, policialmente y en “caliente”, puede durar muchos días hasta meses, por lo que expresa:

Pensar que en la actualidad la única persecución consiste en unos policías corriendo detrás de una persona que huye del lugar del crimen, es una irrealidad, que no puede ser ignorada ni

siquiera por la interpretación restrictiva que prevé el artículo 247 del COPP.¹⁹

A lo que añade, que la persecución corresponde a un momento posterior del delito flagrante, una nueva etapa «*conceptualmente separable*», por lo cual advierte:

Puede ocurrir que el fugitivo desaparezca de inmediato; pero sea conocido de quienes presenciaron los hechos, y ante las sospechas fundadas en su contra, provenientes de la identificación de los presentes, la policía lo solicita en lugares (morada, etc.) distantes del lugar de los hechos. Se trata de una persecución en caliente que puede durar tiempo y que momentáneamente se suspende, por falta de recursos policiales o personal dispuesto, pero que por ello no pierde su naturaleza de persecución de quien cometió un delito in fraganti (2006: 22).

Lo señalado por el autor es lo que explica las afirmaciones que siguen en cuanto a la identificación en la escena del crimen, mediante activación de huellas, o mediante reconocimiento fotográfico por quienes presenciaron el hecho, además de explicar lo dicho en cuanto a que «*Para nosotros el delito flagrante produce la persecución del delincuente identificado, y tal persecución existe mientras haya continuidad razonable en la búsqueda, sin límite de tiempo*» (2006: 23).

Este razonamiento es el que también le lleva a indicar que un delito como el robo se convierta en delito permanente, en supuesto de un robo de un vehículo por parte de quien huye del delito que acaba de cometer –*supuesto de flagrancia*–, continúa siendo perseguido por cuanto el vehículo tiene un sistema de ubicación satelital:

No podemos entender que se diga que cesó el estado de flagrancia o la persecución porque el delincuente repele a los

¹⁹ Ahora 233, después de la reforma de junio de 2012.

perseguidores, o se les escape por su habilidad. Aceptar esto es atar el instituto a un juego de azar. Nuestra concepción sobre la flexibilidad de la persecución, ubica en las corrientes modernas del derecho procesal venezolano sobre la flagrancia (2006: 24).

Bajo el mismo criterio, el autor prosigue en la relación de una casuística de lo que entiende como estado probatorio y en virtud de lo cual se manifiesta en una flexibilización de los elementos de la flagrancia, extendiéndola a supuestos de investigación previos a la sorpresa del delito que se está cometiendo, como la realización de intervenciones corporales *–de las cuales no se especifica sin deben ser autorizadas por un Tribunal–* para descubrir si alguien lleva drogas o de experticias para determinar si la sustancia es una droga ilícita, lo que le permite hablar de flagrancia en delitos permanentes y de ejecución instantánea, así como en los delitos continuados, en los cuales, expresa, el delito siempre se está cometiendo. El autor llega incluso a expresar que si están identificadas las personas, no importa si se los percibe o sorprende de modo inmediato en la escena del crimen, puntualizando que ello *«limitaría la detención de alguien sin orden judicial»* (2006: 28 - 29). De allí la siguiente afirmación:

En nuestro criterio, resulta ilógico que porque no haya detenidos, un hecho delictivo captado en toda su extensión por una o varias personas, si es conocido por las autoridades policiales o por el Ministerio Público, pierda la naturaleza de flagrante, y el autor identificado no pueda detenerse donde se halle, sin orden judicial previa, a pesar de estar plenamente precisado (...) El delito flagrante implica inmediatez en la aprehensión de los hechos por los medios de prueba que los trasladarán al proceso, y esa condición flagrante, producto del citado estado probatorio, no está unida a que se detenga o no se detenga al delincuente, o a que se comience al instante de perseguirlo. Lo importante es que cuando éste se identifica y captura, después de ocurridos los hechos, pueda ser enjuiciado por el procedimiento abreviado, como delito flagrante. (...) La conexión flagrancia-estado probatorio que nos parece clave, permite mantener la prueba, sin necesidad de la captura inmediata del delincuente (2006: 32 – 39).

Aún más, en el desarrollo del planteamiento del autor, también señala que la denuncia realizada por quien grabó la realización de un delito a través de un video, en cuanto permite obtener una visión de conjunto sobre el hecho, configura la flagrancia como estado probatorio, además de referir que la policía estando en el deber de evitar el delito, mediante operaciones encubiertas o de entregas vigiladas, autorizadas por orden judicial “*donde los delincuentes pisan el peine*”, no puede negarse la flagrancia, en tanto la persecución inmediata de quienes han delinquido, afirma el autor: *no es de las características de la flagrancia, porque la ley no contempla que la persecución policial debe comenzar de inmediato, ni que el delito tiene que conocerse apenas ocurrido* (2006: 49).

Finalmente, en lo atinente a la entrada y registro de un recinto privado sin orden judicial y, por tanto, sobre la pregunta por la licitud de la prueba allí obtenida, el autor responde que habría de matizar tal actuación policial atendiendo si la entrada ilegal por parte de los funcionarios policiales es dolosa o, si por el contrario, se ingresó sin orden judicial con un fin distinto, como el de obtener una prueba. De este modo, plantea la necesidad de flexibilizar la regla de exclusión probatoria y la teoría de los frutos del árbol envenado, por cuanto han de primar los intereses colectivos frente a los individuales en la protección de valores tan importantes como la vida, la seguridad nacional y hasta la defensa de la sociedad (2006: 80 - 81). Sostiene, en este contexto, que el ideal de la flagrancia como “*estado probatorio*”, estaría orientado a la tutela de tales intereses, al expresar:

En un Estado social de derecho y de justicia, donde los derechos de la colectividad están por encima de los individuales, donde para mantener el tejido social hay que hacer justicia, la institución constitucional de la flagrancia tiene que estar por encima de algunos derechos humanos individuales, ya que la lucha contra el delito en general, es una defensa social que en un estado de justicia se complementa con el proceso. Ante la relevancia y la

enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos derechos humanos individuales. La prevención del mal social tiene tanto fundamento constitucional como los derechos humanos individuales, y por ello los bomberos que perciben un incendio en un inmueble, entran en él para sofocarlo sin orden de allanamiento. Detener a un delincuente, dentro de un recinto privado o del hogar doméstico propio o de un tercero, sin orden de allanamiento, equivale a obrar –al igual que los bomberos- en auxilio de la sociedad, ante una fuerza mayor (2006: 81).

Como se aprecia, el criterio rompe con lo referido por la doctrina antes citada en cuanto a la noción de flagrancia y sus elementos, incluso, en lo correspondiente a la prueba ilícita y la preeminencia de lo colectivo sobre lo individual, expuesto por el autor en otra de sus obras «*La prueba ilegítima por inconstitucional*» con cita de la sentencia de la Sala Constitucional sobre los créditos indexados (Nº 85 del 24 de enero de 2002), además de otras decisiones de la misma Sala como la 1395 del 21 de noviembre de 2000 (2012: 18).

No en balde, es lo que ha dado lugar en el seno de la doctrina venezolana a una breve recensión crítica por parte del Profesor Arteaga «*La flagrancia según el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero*», publicada en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela Nº 127, correspondiente al año LIII – 2007, en la que el Decano Emérito de dicha Facultad advierte la preocupación de “extrema necesidad” en orden a determinar qué se entiende y ha de entenderse por flagrancia habida cuenta que con ella pueden restringirse derechos sin orden judicial, expresando:

Por tanto, se impone, como de extrema necesidad, precisar lo que se entiende por flagrancia o delimitarse el concepto de delito flagrante porque de ello se hace depender la posibilidad de restringir la libertad de una persona sin orden judicial, colocando

en otras manos, fundamentalmente, en las policías, la posibilidad de detener sin la intervención contralora de un juez, lo que ha sido practica nefasta en Venezuela, cuando, bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, en definitiva, el proceso penal estaba en manos de los organismos policiales, quienes habían asumido la potestad de detener, a su arbitrio, por la interpretación abusiva del artículo 60 de la Constitución, sin necesidad de recurrir a la flagrancia (2007b: 346).

Así pues, en la doctrina venezolana, no obstante la fuerza que pudiera tener el argumento de autoridad “judicial” del ex Magistrado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a saber, el Doctor y Profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero, la misma pudiera verse debilitada debido a lo señalado por Arteaga, en cuanto la flagrancia en modo alguno puede apreciarse sin percepción del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse y, por ende, por vía de la sospecha (2007b: 346).

A lo antedicho, añade Arteaga que la flagrancia no puede llevar necesariamente a la detención de la persona sorprendida en flagrancia, como refiere afirma Cabrera, pues ello conllevaría a convertir la flagrancia «en el presupuesto necesario de una pena anticipada» (2007b: 347), lo que complementa indicando la inadmisibilidad de la extensión de la noción de flagrancia al relajar el requisito de la inmediatez temporal en perjuicio de las garantías constitucionales, las cuales se consideran subordinadas a intereses colectivos. De allí que Arteaga cuestione la posición de Cabrera en cuanto a su opinión de la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual para hacer justicia, puntualizando: «*Tan sencillo como que el fin no justifica los medios y que aceptar esta posición conduciría a sacrificar bienes fundamentales del ser humano para atender a razones y exigencias del “tejido social”*» (2007b: 248), lo que remata en abono de la preocupación de esta investigación:

En síntesis, como conclusión de estas notas, si bien considero de verdadera importancia el esfuerzo del Profesor Eduardo Cabrera Romero para precisar y aportar puntos de vistas valiosos sobre un tema trascendente como el de la flagrancia, sus consideraciones deben constituirse en un punto de referencia para el debate doctrinario, en un asunto en el que está en juego el bien más importante del ser humano, después de la vida, en un país en el que la vida vale poco y la libertad menos aún (2007b: 349).

Una preocupación que en sentido amplio, comprensivo del tópic de la flagrancia, también ha puesto de relieve el Profesor Carmelo Borrego desde el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Central de Venezuela y en contexto de su obra «*Actividad procesal y el procedimiento a instancia del ofendido y por acusación privada*», al llamar la atención en cuanto a la no correspondencia entre teoría y praxis, así como a la desazón que ello involucra:

El proceso constituye una entidad utilitaria donde de costumbre se tiende a dejar de lado las razones teóricas porque causan ruido y mucho espacio para el poco tiempo que ha de dedicarse a las actividades de documentación, comprobación y decisión. Esto que parece ser una afrenta al conocimiento se convierte en realidad desdichada. (...) El procedimiento penal venezolano tiene esa característica, cada vez más surge la incesante arremetida del criterio práctico y casuístico frente a los principios y bases propios de la juridicidad. Interesa sólo el abc, y ese abc pasa por la respuesta más cercana y cómoda. Se arredra la complejidad. (...) El mejor ejemplo es la gran cantidad de fallos de las distintas instancias y del Tribunal Supremo de Justicia, a veces coherentes, otras no, que perfilan alguna respuesta confusa o esclarecedora (2011: 1).

Lo que concluye de seguidas, dando cuenta de la relación entre Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho constitucional, en lo atinente a la concepción del sistema procesal en tanto garantía de las libertades ciudadanas en el establecimiento de la justicia y la conservación de los derechos del Estado Constitucional (2011: 3).

Visto así, lo aquí tratado además de evidenciar la importancia del estudio de la flagrancia, de igual manera es indicativo de la imperiosa necesidad de encauzar la praxis judicial en el ámbito de las nociones y conceptos construidos por la dogmática jurídico-penal, tanto en lo que respecta al Derecho penal, como en lo atinente al Derecho procesal penal, pues al decir del Maestro Nódier Agudelo Betancur, citando a Ihering: «*nada hay más práctico que una buena teoría*» (2011).

www.bdigital.ula.ve

2.4.- Bases constitucionales y legales

Al tratarse este trabajo de investigación de una valoración dogmática y político criminal sobre una figura normativa como la flagrancia, vale decir, de una investigación en el área del conocimiento del Derecho y, en particular, del Derecho penal, se hace evidente la necesidad u obligatoriedad en torno a la presentación de las bases constitucionales y legales vinculadas con el tema tratado acá. A saber: la flagrancia. La cual, como se advierte del desarrollo de la investigación, sólo puede pensarse en orden a normas que la regulan, determinando su fundamento, alcance y límites.

Así, en lo que sigue y lo relacionado con el alcance de las disposiciones constitucionales y legales referidas a los límites normativos que se imponen a través de ellas, resulta necesaria una aproximación al cimiento de todas las normas, pues sólo si se tiene claro el fundamento es que pueden comprenderse los límites. Razón por la cual se incluye un apartado en la idea de configurar una aproximación histórico-política a ciertos principios que se hallan en muchas de las bases constitucionales y legales de la presente investigación.

Lo antedicho, habrá de vincularse con la legalidad penal sustantiva y procesal, siendo que en lo relacionado con esta última también se ha de tener presente las nociones de tipo y tipicidad procesal, tal y como lo trata Fiero-Méndez, cuando se refiere a la legalidad de los actos procesales y el cumplimiento de las formas en cuanto a la realización de la justicia, lo cual conlleva a lo que denomina la adecuación típica procesal, entendida como *«la comparación entre el acto o presupuesto procesal que se produce en el expediente, con lo que la ley procesal dispone para él»* (2005: 43). Lo que según el autor colombiano implica la existencia del tipo procesal, el comportamiento o la actuación procesal y la confrontación entre el

comportamiento procesal y el tipo legal procesal (2005: 43), lo que concluye aludiendo al contenido del concepto de legalidad procesal, al decir:

El concepto procesal de legalidad se ha referido desde sus inicios como la positivación de que nadie podrá ser juzgado o penado con fundamento en leyes sustanciales preexistentes al acto imputado, sino conforme a los procedimientos establecidos por la ley (...) El principio de legalidad en sentido procesal en la actualidad, y como se ha explicado, parece haber sido sustituido por la noción de debido proceso (2005: 103).

Por consiguiente, de lo que tratará este apartado es de la legalidad procesal, incluida la legalidad constitucional –*limitante del Poder Público*-, en tanto aspecto integrante del Debido Proceso, entendido en palabras de Bernal como el elemento estructural de la democracia –*encanto mecano u «engranaje de procesos debidos» necesarios para el control de los poderes públicos y privados*- y, por ello, del Estado de Derecho y el Estado democrático (2005: 334).

2.4.1.- Fundamentación histórico-política de las bases constitucionales y legales

Dado que las normas relacionadas con la flagrancia, constitucionales y legales, consustanciadas política y normativamente con el principio de legalidad constitucional (Pérez-Luño, 2010: 57; Fioravanti, 2000: 110), constituyen Cartas de Triunfo de la Humanidad (Fernández, 1999: 37 y ss.), en cuanto límites al Poder antes que fundamento del mismo, se ha estimado de suma valía referir la evolución de muchas de dichas normas que a fin de cuentas no sólo integran el denominado bloque de constitucionalidad, sino el debido proceso, además de constituirse en alguno de los principios del Derecho penal y el Derecho procesal penal.

De suyo entonces, corresponde realizar una valoración retrospectiva desde el *per legemterrae* de la *Charta Magna* de Juan sin Tierra de 1215, al *dueprocess of law* de la *Charta Magna* del rey Eduardo III de 1354, siguiendo con el Bill of Rights de 1689, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, la Constitución Federal Americana con las Enmiendas al *Bill of Rights* del 15 de diciembre de 1791, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, las Constituciones de la República de Venezuela, desde 1811 a 1961, teniendo en cuenta los Decretos de Garantías, para finalmente hacer mención a algunos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Pacto de San José de Costa Rica.

De este modo, lo que se tiene como el antecedente histórico del *Debido proceso*, se halla en el capítulo 39 de la *Charta Magna* de Juan sin Tierra de 1215, en cual prevé:

Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra (Hoyos, 1998: 7).

Norma ésta, la cual, sintetiza la noción del principio de legalidad procesal, comprensiva de la previa definición sustantiva, en atención a la cual no se procedería contra ninguna persona sino mediante el juicio de *sus pares* (juez natural) o por la *ley de la tierra* (*per legemterrae*), complementada en el ámbito anglosajón, como refiere Hoyos, por el acuerdo del rey Eduardo III de 1354, que hace mención expresa al *dueprocess of law*:

Ninguna persona, cualquiera que sea su condición o estamento, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos de un debido proceso legal (Hoyos, 1998: 8).²⁰

De igual manera, cabe referirse al acuerdo expresado en el *Bill of Rights*, adoptado por el Parlamento británico en fecha 13 de febrero de 1689, de, cual cabe reseñar los artículos 1 y 5, en virtud de los cuales se pone de manifiesto la importancia de la legalidad como límite del gobernante y como requerimiento previo para que pueda privarse de libertad a una persona y juzgarla, por lo que la sólo petición ante el rey resultaba ilegal:

1.- Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal.

5.- Que es derecho de los súbditos dirigir peticiones al rey, y todo encarcelamiento y procesamiento basado en tal petición es ilegal (Fioravanti, 2000: 108).

En mayor medida, corresponde también referir la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, en la que destacan los artículos 1, 2, 4, 5, 7, 12 y 16, relacionados con la libertad inherente a todos los hombres, el condicionamiento que ello comporta para cualquier asociación política como el Estado moderno, la cesión de dicha libertad en garantía de seguridad de todas las libertades, configuradas a través de la ley como expresión de la voluntad general, teniendo como punto de partida lo que hoy denominamos como el libre desarrollo de la persona, en virtud de lo cual ninguna persona puede ser intervenida en sus ámbitos de

²⁰ En relación a la adopción de la cláusula del debido proceso (*dueprocess of law*), Hoyos cita la *Petition of Right* de 1627 y el *Habeas Corpus Act* de 1640, además de poner acento en la evolución de dicha cláusula en Norteamérica, una vez concretada la independencia con respecto a Gran Bretaña, de consagrarse en las primeras Constituciones y luego en las enmiendas V y XIV de la Constitución Federal, hasta perfilarse por la jurisprudencia en lo sustantivo (*substantive dueprocess*) y lo procesal (*procedural dueprocess*) (Hoyos, 1998: 8 - 20).

libertad sino conforme a lo previamente establecido en la Ley, cuya garantía se advierte en particular de los artículos 12 y 16:

Artículo 1.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (...)

Artículo 2.- El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. (...)

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley.

Artículo 5.- La Ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena.

Artículo 6.- La Ley es la expresión de la voluntad general. (...)

Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia. (...)

Artículo 12.- La garantía de los derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza se instituye en beneficio de todos, y no para la utilidad particular de aquellos a quienes se les confía. (...)

Artículo 16.- Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución (2000: 139).

Estas libertades y derechos son reafirmadas en la Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, en la que se expresó:

La Constitución garantiza así mismo, como derechos naturales y civiles:

- la libertad de todo hombre para ir, permanecer, partir, sin poder ser arrestado o detenido, más que según las formas determinadas por la Constitución; (...)

El Poder legislativo no podrá hacer leyes que mermen y pongan obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución; pero como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no dañe a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley puede establecer penas contra los actos que, atacando bien la seguridad pública o los derechos de los demás, fueran dañinos para la sociedad (2000: 143).

Del mismo modo se previeron estas libertades, constitutivas del debido proceso, en los artículos IV, V y VI en cuyos artículos la Constitución Federal Americana con las Enmiendas al *Bill of Rights* del 15 de diciembre de 1791,

Artículo IV.

No debe ser violado el derecho de los ciudadanos a que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, y al efecto no se expedirán mandamientos si no existe causa probable, confirmada por juramento o afirmación, que describa específicamente el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas.

Artículo V.

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas del mar o tierra, o en la milicia nacional cuando se encuentre al servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público, tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad

sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

Artículo VI.

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado con rapidez y en público, por un juzgado imparcial del Estado y distrito donde se haya cometido el delito, distrito que será establecido previamente por la ley; así como ha de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación, a que se le caree con los testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que le defienda (2000: 149).

Las mismas libertades se consagraron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 24 de junio de 1793, en las que destacan los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12 y 14:

Artículo 1.- La finalidad de la sociedad es la felicidad común. El gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.

Artículo 2.- Estos derechos son: la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad. (...)

Artículo 4.- La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general; es la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga; sólo puede ordenar lo que es justo y útil a la sociedad; no puede prohibir lo que es dañoso. (...)

Artículo 6.- La libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no dañe a los derechos de los demás; tiene como fundamento la naturaleza; como regla la justicia; como salvaguardia la ley; su límite moral está en esta máxima: *no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti.* (...)

Artículo 8.- La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.

Artículo 9.- La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los que gobiernan.

Artículo 10.- Nadie debe ser acusado, detenido o encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas en ella prescritas. (...)

Artículo 11.- Todo acto ejercitado contra una persona fuera de los casos y sin las formalidades que la ley determina es arbitrario y tiránico: aquel contra quien se quiera ejecutar con violencia tiene el derecho de repelerlo por la fuerza.

Artículo 12.- Los que soliciten, faciliten, firmen, ejecuten o hagan ejecutar actos arbitrarios son culpables y deben ser castigados. (...)

Artículo 14.- Nadie debe ser juzgado y castigado sin haber sido oído o llamado legalmente, y sólo en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito. La ley que castigue delitos cometidos antes de su existencia es una ley tiránica; el efecto retroactivo dado a la ley sería un crimen (2000: 145).

Como se advierte, las normas antedichas, son sumamente relevantes no sólo por el hecho de configurar la noción del debido proceso, inherente al problema de la presente investigación, sino, en mayor medida, por cuanto las mismas encuentran respaldo en la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 y las Constituciones de la República, desde 1811 hasta la de 1999.

Así, en la Declaración de los Derechos del Pueblo de Venezuela, sancionada por el Congreso de Venezuela el 1 de julio de 1811 (la cual, además de corresponderse con las Declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano surgidas en el contexto ético-político de la Revolución Francesa), en el apartado intitulado *Derechos del Hombre en Sociedad* prevé el fin de la sociedad política, así como las garantías de inherentes a dicho propósito, entre los cuales se hallan la tutela de la seguridad y libertad personal, la garantía de legalidad y la nulidad de lo que se realice al margen de ello, al exigir la observancia de las formalidades legales para cualquier intervención en las libertades. Resalta de ello la protección de la privacidad del domicilio y la consagración de lo que hoy

conocemos como el principio de especialidad, en cuanto la orden de entrada y registro ha de especificar contra quién se dirige y qué se procura:

Artículo 1.- El fin de la sociedad es la felicidad común, y el gobierno se instituye al asegurarla.

Artículo 2.- Consiste esta felicidad en el goce de la libertad, la seguridad, de la propiedad y de la igualdad de derechos ante la ley. (...)

Artículo 11.- Ninguno debe ser acusado, preso, ni detenido, sino en los casos determinados por la ley.

Artículo 12.- Todo acto ejercido contra un ciudadano sin las formalidades de la ley, es arbitrario y tiránico. (...)

Artículo 18.- La seguridad consiste en la protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. (...)

Artículo 24.- La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho de entrar en ella, sino en los casos de incendio, inundación o reclamación, que provenga de la misma casa o para los objetos de procedimiento criminal en los casos, y con los requisitos determinados por la ley, y bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que hubieren expedido el decreto. Las visitas domiciliarias, exenciones civiles, sólo podrán hacerse durante el día, en virtud de la ley y con respecto a la persona y objeto expresamente indicados en el acta que ordena la visita y la ejecución (Brewer-Carías, 2008a: 549).²¹

Estos fines políticos de tutela de la seguridad personal y los derechos, vuelven a ratificarse en la Constitución de 1811, sancionada por el Congreso el 21 de diciembre de 1811, en el Capítulo VIII (*Derechos del Hombre que se*

²¹ Además de estas normas, en esta Declaración también se previeron unas disposiciones sobre la presunción de inocencia, la excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de libertad, el derecho a ser oído previo al juzgamiento y la condena, y en relación a la prohibición de retroactividad de la ley, en especial la ley penal que castigue delitos cometidos antes de su vigencia, tal y como se prevé en los artículos 15 y 16. Por lo demás, llama la atención la parte *in fine* del artículo 24 de la Declaración, en tanto que allí se previó de modo expreso el denominado principio de especialidad que ha de cumplir en toda entrada y registro en domicilio ajeno,

Reconocerán y Respetarán en Toda la Extensión del Estado), partiendo de una visión contractualista previo abandono del *Estado de Naturaleza*, tal y como se aprecia de los siguientes artículos:

Artículo 141.- Después de constituidos los hombres en sociedad, han renunciado a aquella libertad ilimitada y licenciosa a que fácilmente los conducían sus pasiones, propia sólo del estado salvaje. El establecimiento de la sociedad presupone la renuncia de estos derechos funestos, la adquisición de otros más dulces y pacíficos, y la sujeción a ciertos deberes mutuos. (...)

Artículo 151.- El objeto de la sociedad, es la felicidad común, y los Gobiernos han sido instituidos para asegurar al hombre en ella, protegiendo la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales, aumentando la esfera de sus goces y procurándole el más justo y honesto ejercicio de sus derechos.

Artículo 152.- Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad.

Artículo 153.- La libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña los derechos de otros individuos, ni el cuerpo de la sociedad, cuyos límites sólo pueden determinarse por la ley, porque de otra suerte serían arbitrarios y ruinosos a la misma libertad. (...)

Artículo 156.- La seguridad existe en la garantía y protección que da la sociedad a cada uno de sus miembros sobre la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.

Artículo 157.- No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe.

Artículo 158.- Tampoco podrán los ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos, sino en los casos y en las formas determinadas por la ley, y el que provocare, expidiere, suscribiere, ejecutare o hiciere ejecutar órdenes y actos arbitrarios, deberá ser castigado, pero todo ciudadano que fuese llamado o aprehendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, pues se hace culpable por la resistencia. (...)

Artículo 160.- Ninguno podrá ser juzgado, ni condenado al sufrimiento de alguna pena en materias criminales, sino después que haya sido oído legalmente. Toda persona en semejante casos tendrá derecho para pedir el motivo de la acusación intentada contra ella y conocer de su naturaleza para ser confrontada con sus acusadores y testigos contrarios para producir otros en su favor y cuantas pruebas puedan serle favorables dentro de los términos regulares por sí, por su poder o por defensor de su elección y ninguna será compelida, ni forzada en ninguna causa a dar testimonio contra sí misma, como tampoco los ascendientes y los descendientes, ni los colaterales, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. (...)

Artículo 162.- Toda persona tiene derecho a estar segura de que no sufrirá pesquisa alguna, registro, averiguación, capturas o embargos irregulares o indebidos de su persona, su casa y sus bienes, y cualquier orden de los Magistrados para registrar lugares sospechosos sin probabilidad de algún hecho grave que los exija, ni expresa designación de los referidos lugares, o para apoderarse de alguna o algunas personas y de sus propiedades, sin nombrarlas, ni indicar los motivos del procedimiento, ni que haya precedido testimonio o disposición jurada de personas creíbles, será contraria a aquel derecho, peligrosa a la libertad y no deberá expedirse.

Artículo 163.- La casa de todo ciudadano es un asilo inviolable. Ninguno tiene derecho de entrar en ella, sino en los casos de incendio, inundación o reclamación que provenga del interior de la misma casa, o cuando lo exija algún procedimiento criminal conforme a las leyes bajo la responsabilidad de las autoridades constituidas que expidieron los decretos; las visitas domiciliarias y ejecuciones civiles sólo podrán hacerse de día, en virtud de la ley, y con respecto a la persona y objetos expresamente indicados en el acta que ordenare la visita o la ejecución.

Artículo 164.- Cuando se acordaren por pública autoridad semejantes actos, se limitarán éstos a la persona y objetos expresamente indicados en los decretos en que se ordena la visita y ejecución, el cual no podrá extenderse al registro y examen de los papeles particulares, pues éstos deben mirarse como inviolables; igualmente que las correspondencias epistolares de todos los ciudadanos que no podrán ser interceptadas por ninguna autoridad, ni tales documentos probarán nada en juicio, sino es que se exhiban por la misma persona a quien se hubiesen dirigido por su autor y nunca por otra

tercera, ni por el reprobado medio de la interceptación. Se exceptúan los delitos de alta traición contra el Estado, el de falsedad y demás que se cometen y ejecuten precisamente por la escritura, en cuyo caso se procederá al registro, examen y aprehensión de tales documentos con arreglo a lo dispuesto por las leyes(2008a: 571 y ss.).²²

A esta declaración de libertades y garantías, le sigue una sección acerca de los *Deberes del hombre en la sociedad*, entre cuyas normas está la siguiente:

Artículo 196.- Cualquiera que traspasa las leyes abiertamente o que sin violarla a las claras, las elude con astucia o con rodeos artificiosos y culpables es enemigo de la sociedad, ofende a los intereses de todos y se hace indigno de la benevolencia y estimación pública (2008a: 575).

Todos estos principios, constitutivos de la tradición republicana desde la mentada Declaración de Derechos y la Constitución de 1811 (de suma importancia en orden a las bases constitucionales y legales de esta investigación), se perfilan en la Constitución de 1819, sancionada por el Congreso de Angostura el 11 de agosto de 1819, en cuyo primer Título que da comienzo a su articulado, es el de los *Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano*, dejando en claro el propósito de la sociedad políticamente organizada, además de reforzar la tutela de la libertad y la seguridad de las personas frente al poder de los gobernantes y, por ende, ante el poder punitivo:

²² A la par de estas normas, vale la pena citar las siguientes: «**Artículo 172.-** Todo tratamiento que agrave la pena determinada por ley, es un delito. **Artículo 173.-** El uso de la tortura queda abolida perpetuamente. **Artículo 174.-** Toda persona que fuere legalmente detenida o presa, deberá ponerse en libertad luego que dé caución o fianza suficiente, excepto en los casos en que haya pruebas evidentes o grande presunción de delitos capitales. Si la prisión proviene de deudas y no hubiere evidencia o vehemente presunción de fraude, tampoco deberá permanecer en ella, luego que sus bienes se hayan puesto a la disposición de sus respectivos acreedores, conforme a las leyes» (2008a: 572).

Artículo 1.- Son derechos del hombre la *libertad*, la *seguridad*, la *propiedad* y la *igualdad*. La felicidad general, que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos.

Artículo 2.- La *Libertad* es la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la ley. La ley es la única regla a que debe conformar su conducta. (...)

Artículo 7.- La *seguridad* consiste en la garantía y protección que la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. La libertad pública e individual que nace de este principio está protegida por la ley.

Artículo 8.- Ninguno puede ser acusado, preso ni detenido sino en los casos que la ley haya determinado y según las formas que haya prescrito. Todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y formas de la ley es un acto arbitrario, opresivo y tiránico, y cualquiera que lo haya solicitado, expedido, firmado, ejecutado o hecho expedir, firmar o ejecutar es culpable y debe ser castigado conforme a la ley. (...)

Artículo 11.- Toda casa es un asilo inviolable en donde nadie puede entrar sin consentimiento del que habita sino en los casos de incendio, inundación u otro de angustia o cuando lo exija algún procedimiento criminal conforme a las leyes bajo la responsabilidad de las autoridades que expidieren el decreto. Las visitas domiciliarias y ejecuciones civiles sólo podrán hacerse de día, en virtud de la ley y con designación de persona y objeto expresamente indicados en la orden de la visita o ejecución(2008a: 621).

Con posterioridad a esta Constitución se dicta la Ley Fundamental de la República de Colombia de 1819, la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia de 1821, con la subsiguiente sanción de la Constitución de 1821, por parte del Congreso General de Colombia en fecha 30 de agosto de 1821, refiriéndose por primera vez a la flagrancia en el artículo 160, en el Título VIII (*Disposiciones Generales*), además de regular la presunción de inocencia, los presupuestos de la detención preventiva, la motivación de la orden de detención, la prohibición de Tribunales *Ad Hoc*, el principio de

legalidad penal y procesal, las garantías de inviolabilidad del domicilio y la privacidad de las comunicaciones, entre otras normas de interés en el Derecho Procesal penal:²³

Artículo 159.- En negocios criminales ningún colombiano puede ser preso sin que proceda información sumaria del hecho por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal.

Artículo 160.- En *in fraganti* todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del Juez para que se proceda inmediatamente a lo prevenido en el artículo anterior.

Artículo 161.- Para que un ciudadano pueda ser preso se necesita:

Primero. Una orden de arresto firmada por la autoridad a quien la ley le confiara este poder.

Segundo. Que la orden exprese los motivos para la prisión.

Tercero. Que se le intime y dé una copia de ella. (...)

Artículo 166.- Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales sino por los tribunales a quienes corresponda el caso por las leyes.

Artículo 167.- Nadie podrá ser juzgado y mucho menos castigado, sino en virtud de una ley anterior a su delito o acción, después de habersele oído o citado legalmente (...)

Artículo 169.- Nunca podrá ser allanada la casa de ningún colombiano, sino en los casos determinados por la ley y bajo la responsabilidad del Juez que expida la orden.

²³Al respecto el artículo 172: «*En ningún juicio habrá más de tres instancias y los jueces que hayan fallado en una, nunca podrán asistir a la vista del mismo pleito en otra*» (2008a: 662. Subrayado fuera del texto). Como se advierte de esta norma, uno de sus fines es el de garantizar la imparcialidad del juzgador que, habiendo conocido de la causa en una instancia, no intervenga ninguna de las otras instancias. Algo similar a lo que se procura con la división del proceso penal en fases, tal y como se ha previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, de lo que también da cuenta en referencia al proceso penal alemán (Gössel, 1981: 630).

Artículo 170.- Los papeles particulares de los ciudadanos, lo mismo que sus correspondencias epistolares, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación de aquellos casos en que la ley lo expresamente lo prescriba(2008a: 661 y ss.).²⁴

Principios, libertades, derechos y garantías, que van a ser retomadas en la Constitución de 1830, sancionada por el Congreso Constituyente en la ciudad de Valencia el 22 de septiembre de 1830, como resultado de la Revolución de Valencia de 1826 y la separación de Venezuela de la Gran Colombia, en el contexto de lo cual se dictó el Decreto de Garantías de los venezolanos para el Gobierno Provisorio del 6 de agosto de 1830, entre cuyas disposiciones cabe reseñar las previstas en los artículos 2, 5, 6, 9, 10, y 12. Normas estas, las cuales están referidas a la tutela de la libertad civil y seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones privadas, al principio del juzgamiento a través del juez natural con proscripción de Tribunales o Comisiones *Ad Hoc*, aunado a la garantía de la libertad personal que sólo puede restringirse por orden de la autoridad competente, salvo cuando se esté ante un supuesto de flagrancia:

Artículo 2.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley se garantizan a los venezolanos. (...)

Artículo 5.- Toda casa de venezolano es un asilo inviolable. Ella, por tanto, no podrá ser allanada sino en los precisos casos y con los requisitos prevenidos por la Ley de 3 de agosto de 1824.

²⁴En orden a la restricción de la libertad, también se dispuso de unas normas relacionadas con la prohibición de encarcelar a personas sin orden de la autoridad competente (*Art. 162*), la prohibición de incomunicación del detenido, salvo en los casos en que la ordenara de modo expreso (*Art. 163*), la responsabilidad por detención arbitraria de quienes incumplieran con lo dispuesto en los citados artículos 162 y 163 (*Art. 164*), así como una disposición atinente al principio que rige en materia de restricción preventiva de la libertad, como lo es el *rebus sic stantibus* (*Art. 165*) y una norma harto relevante en cuanto al principio de legalidad y sujeción a la ley en cuanto interdicción de la arbitrariedad y garantía de los principios de legalidad, cual es la del artículo 171, el cual era del siguiente tenor: «*Todo Juez y Tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la ley o fundamento aplicable al caso*» (2008a: 662).

Artículo 6.- Es también inviolable el secreto de los papeles particulares, así como de las cartas: ellas no podrán ser leídas, ni abiertas sino por autoridad competente en los casos de la Ley del 3 de agosto del mismo año. (...)

Artículo 9.- Ningún venezolano puede ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales o tribunales extraordinarios.

Artículo 10.- Ningún venezolano podrá ser juzgado, y mucho menos castigado, sino en virtud de Ley anterior a su delito o acción y después de habersele citado, oído y convencido legalmente. (...).

Artículo 12.- Nadie puede ser preso ni arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea hallado en fragante delito, en cuyo caso cualesquiera puede arrestarle para conducirlo a presencia del juez(2008a: 703).

Estas normas se reafirman en los artículos 188, 191, 192, 195, 196, 198, 199 y 200, de la Constitución de 1830 (2008a: 727), sancionada por el Congreso Constituyente del 22 de septiembre de 1830, siendo que el artículo 198 prevé:

Artículo 198.- Nadie puede ser preso ni arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea hallado en fragante delito, en cuyo caso cualquiera puede arrestarle para conducirlo a presencia del juez (2008a: 727).

De seguidas, en la Constitución de 1857, sancionada en fecha 16 de abril de 1857 por el Congreso de Venezuela, si bien se ratifican las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, del domicilio y la privacidad de las comunicaciones, además del principio de legalidad penal, en el Título XX (*De las Garantías*), se remite de modo programático a la ley sin hacer uso de las expresiones *in fraganti* o *fragante* referida en la Constitución de 1821, el Decreto de Garantías de 1830 y la Constitución del mismo año:

Artículo 104.- Ninguno puede ser privado de su libertad sino en los casos previstos por la ley y con las formalidades que ella prescribe.

Artículo 105.- La casa de todo venezolano es inviolable; su allanamiento se verificará en los casos y de la manera que la ley determine. (...)

Artículo 112.- Las cartas y toda correspondencia son inviolables. El apoderamiento de papeles se verificará en los casos y con las formalidades que la ley determine(2008a: 746).²⁵

No obstante, el uso de la expresión *en fragante* es retomada en la Constitución de 1858, sancionada por la Convención Nacional de Valencia el 24 de diciembre de 1858, concretamente, en el Título V (*De los Derechos Individuales*), en cuanto a la garantía de la inviolabilidad de la libertad personal, no así en orden a la garantía de inviolabilidad del domicilio y la privacidad de las comunicaciones:

Artículo 19.- Ningún venezolano podrá ser preso, arrestado o detenido sino en virtud de orden firmada por autoridad competente en que se exprese el motivo y de la cual se dará copia al arrestado, a menos que sea encontrado en fragante delito, pues en este caso cualquiera puede aprehenderlo para conducirlo inmediatamente a presencia del juez. (...)

Artículo 25.- El hogar doméstico y el secreto de las cartas y papeles privados son inviolables, no pudiendo aquél ser allanado ni éstos abiertos ni leídos, sino por autoridad competente, y en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley(2008a: 758).²⁶

²⁵De esta Constitución es dable resaltar el establecimiento de la publicidad de los juicios como una garantía constitucional en el artículo 106: «*Todo juicio será público, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario*». También conviene dar cuenta del artículo 107, en cuanto al decreto de libertad bajo fianza cuando de la indagatoria resultaba que el delito por el cual se procesaba a la persona no era sancionado con pena corporal: «*En causa criminal, después que se haya tomado declaración con cargo al reo, si de autos no resultare mérito para poder imponer pena corporal, será puesto en libertad bajo fianza siempre que así lo pida el enjuiciado o su defensor*» (2008a: 746).

²⁶En esta Constitución, en la cual se declara abolida para siempre la esclavitud en Venezuela, además de declarar la libertad de todo esclavo que pise el territorio nacional (*Art. 13*), también se establece como garantía individual de libertad ambulatoria el derecho de

La expresión *en fragante*, de igual manera fue utilizada de modo expreso en relación a la garantía de inviolabilidad de la seguridad individual, mientras que se la refirió tácitamente en cuanto a la inviolabilidad del hogar doméstico con la expresión normativa «*para evitar la perpetración de un delito*», en el Decreto Sobre los Derechos Individuales y Garantías de los Venezolanos, dictado por el General en Jefe y Presidente de la República, Juan Crisóstomo Falcón en fecha 16 de agosto de 1863, en cuyo numeral 1º del artículo 1, además de abolir la pena de muerte, se previó:

Artículo 1.- Se garantiza a todos los venezolanos: (...)

1º *La vida:* Queda en consecuencia abolida la pena de muerte y derogadas las leyes que la imponen. (...)

3º *La inviolabilidad del hogar doméstico:* Sólo para evitar la perpetración de un delito y en la forma legal, podrá ser allanado.

4º *El secreto de los papeles y correspondencia:* Si aconteciere la violación la autoridad, funcionario o particular en cuyo poder se encuentren, se presumirá por el mismo hecho culpable de este delito. (...)

14º *La seguridad individual:* Y en consecuencia:

1º Ninguno podrá ser juzgado sino por leyes preexistentes, y nunca por comisiones especiales, sino por sus Jueces territoriales o los del lugar donde se cometa el delito.

2º Ni ser preso por deuda que no provenga de delito o fraude.

3º Ni preso o arrestado sino por autoridad competente, en los conocidos por cárceles, y con la previa información escrita de haberse cometido un delito que merezca pena corporal y fundados indicios de ser el autor; debiendo previamente expedírsele boleta con expresión del motivo. Toda persona es hábil para arrestar y conducir en el acto a la presencia del Juez al encontrar en fragante delito (2008a: 783).

transitar por todo el territorio nacional y salir de él sin la necesidad de presentar pasaporte, a menos que haya sido restringido por autoridad judicial y conforme a la ley (*Art. 17*) (2008a: 758).

Estas garantías, es oportuno señalar, van a ser ratificadas en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, sancionada por la Asamblea Constituyente en fecha 28 de marzo del mismo año,

Art. 14. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

3º La inviolabilidad y secreto de la correspondencia y demás papeles. (...)

4º El hogar doméstico que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito, con arreglo a la ley. (...)

14º La seguridad individual y, por ella: (...) 4º ni ser preso ni arrestado sin que preceda información sumaria de haber cometido un delito que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario que decreta la prisión, con expresión del motivo que la causa, a menos que sea cogido *in fraganti*; (...) (2008a: 789).

De igual manera se mantienen en las Constituciones de los Estados Unidos de Venezuela de 1874, 1881 y 1891, sancionadas por el Congreso de los Diputados en fecha 23 de mayo de 1874, y por el Congreso en fechas 4 de abril de 1881 y 9 de abril de 1891 (Brewer-Carías, 2008b: 865, 904 y 922).

Posteriormente, en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 12 de junio de 1893, se requiere el dictado de orden judicial para la restricción de la privacidad de la correspondencia y papeles particulares, al igual que para la restricción de la libertad, para lo cual también se exige orden judicial, salvo que se esté ante un supuesto de flagrancia o en el de arresto por parte de la policía, que no podía durar más de tres días. Por lo demás, en cuanto a la restricción de la inviolabilidad del domicilio se mantiene la misma redacción de las Constituciones anteriores:

Art. 14. La Nación garantiza a los venezolanos la efectividad de los siguientes derechos: (...)

3º La inviolabilidad de la correspondencia y demás papeles particulares, que no podrán ser ocupados sino por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes, pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado. (...)

4º La inviolabilidad del hogar doméstico, que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito y esto mismo ha de ser ejecutado conforme a la ley. (...)

14º La seguridad individual y, por ella: (...) 4º ni ser preso ni arrestado sin que preceda información sumaria de haber cometido un delito que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario que decreta la prisión, con expresión del motivo que la cause, a menos que sea cogido *in fraganti*; no pudiendo, fuera de este caso, ordenarse la prisión sino por autoridad judicial, ni los arrestos por la Policía pasar de tres días, después de los cuales el arrestado debe ser puesto en libertad o entregado al Juez competente (Brewer-Carías, 2008b: 946 - 947. Subrayado en cursivas fuera del texto).

En la Constitución de 1901, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 26 de marzo de 1901 (2008b: 984 – 985), se mantienen estas normas. Sin embargo, vuelven a modificarse en la Constitución de 1904, sancionada por el Congreso Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela en fecha 27 de abril de 1904, sobre todo en lo que respecta la exigencia de orden judicial en las restricciones a la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados y la inviolabilidad de la seguridad individual y, por tanto, de la libertad, suprimiendo dicha exigencia, volviendo a la cláusula general del funcionario competente que determine la ley (2008b: 1011).

Todo esto se ratifica en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1909, sancionada conforme al Acuerdo del el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, adoptado en fecha 04 de agosto de 1909 y ejecutado el 05 de agosto de 1909 (2008b: 1032 – 1033), al igual que en el Estatuto Constitucional Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela de

1914, sancionado por el Congreso de Diputados Plenipotenciarios el 19 de abril de 1914, salvo que en esta se incluye la posibilidad de restringir el domicilio privado por motivos sanitarios (2008b: 1054).

No obstante, en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1914, sancionada por el Congreso de Diputados Plenipotenciarios el 13 de junio de 1914, el Constituyente vuelve a la exigencia de la orden judicial en lo atinente a la afectación de la privacidad de la correspondencia, incluyendo la postal y telegráfica, además de ampliar los supuestos de restricción de la inviolabilidad del hogar doméstico al incluir la necesidad de impedir la consumación de un delito.

En lo atinente a la seguridad individual y la restricción de la libertad se incluye la expresión *detenido* y se fija un límite al sumario el cual no podrá mantenerse por más de treinta días después de la detención. Siendo que en lo relacionado con la distinción, su diferencia del hecho de hacer preso a la persona y su vinculación con el sumario, parecieran ser indicativos de que ello procedería ante la autoridad judicial:

Art. 22. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

3º La inviolabilidad de la correspondencia postal y telegráfica y demás papeles particulares, que no podrán ser ocupados sino por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes; pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado. (...)

4º La inviolabilidad del hogar doméstico, que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración o la consumación de un delito o por motivo sanitario, y esto mismo ha de ser ejecutado con arreglo a las leyes. (...)

14º La seguridad individual y, por ella: (...) **3)** Ni ser preso o detenido sin que preceda información sumaria de haberse cometido un delito que merezca pena corporal, y orden escrita del

funcionario que decreta la prisión, con expresión del motivo que la cause, a menos que sea cogido *in fraganti*. El sumario no podrá en ningún caso prolongarse por más de treinta días después de la detención. (2008b: 1067 – 1068. Subrayado en cursivas fuera del texto).

Estas normas se ratifican en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1922, sancionada por el Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en fecha 19 de junio de 1922, excepto en lo que respecta a la inviolabilidad del hogar doméstico, en el que se incluye un supuesto que presupone orden judicial:

Art. 22. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

4º La inviolabilidad del hogar doméstico, que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración o la consumación de un delito, para cumplir decisiones judiciales en materia de enjuiciamiento criminal, o por motivos sanitarios, y esto mismo ha de ejecutarse con arreglo a las leyes (2008b: 1097. Subrayado en cursivas fuera del texto).

Así vuelve a repetirse en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1925, sancionada por el Congreso en fecha 24 de junio de 1925, con una variación en cuanto al cumplimiento de las decisiones judiciales, pues de la redacción referida a causas criminales se pasa a «a los procesos que conozcan»:

Art. 32. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

4º La inviolabilidad del hogar doméstico, que no podrá ser allanado sino para impedir la perpetración o la consumación de un delito o para cumplir decisiones que, de acuerdo con la ley, dicten los Tribunales de Justicia en los procesos que conozcan. También estará sujeto a visitas sanitarias conforme a la ley (2008b: 1123. Subrayado en cursivas fuera del texto).

Tales normas se repiten en las Constituciones de los Estados Unidos de Venezuela de 1928, de 1929 y de 1931, sancionadas por el Congreso en fechas 22 de mayo de 1928, 29 de mayo de 1929 y 7 de julio de 1931, en su orden (2008b: 1149, 1175 y 1202), salvo en lo que toca a la primera de estas Constituciones en cuanto al secreto de lo doméstico y privado de la correspondencia, que se limita a lo que no sea objeto del juicio:

Art. 32. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

3º La inviolabilidad de la correspondencia postal y telegráfica y demás papeles particulares, que no podrán ser ocupados sino por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes; pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el juicio que se ventile (2008b: 1149. Subrayado en cursivas fuera del texto).

Posteriormente, en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936, sancionada por el Congreso el 16 de julio de 1936, se amplía la protección constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia, pues se pasa de su tutela postal y telegráfica a todas sus formas, además de regular lo relacionado con los libros y documentos comerciales e industriales:

Art. 32. La Nación garantiza a los venezolanos: (...)

3º La inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, y las de los demás papeles particulares, que sólo podrán ser ocupados por disposición de la autoridad judicial competente y con las formalidades que establezcan las leyes, pero guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el juicio que se ventila.

Los libros o documentos de los comerciantes e industriales quedan sujetos, de conformidad con las leyes o sus Reglamentos, a las funciones de inspección o fiscalización por parte de los funcionarios correspondientes (2008b: 1129. Subrayado en cursivas fuera del texto).

Conforme a esta misma redacción dichas normas se mantienen inalterables en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1945, sancionada por el Congreso en fecha 23 de abril de 1945; en el Decreto Sobre Garantías de 1946, dictado por la Junta Revolucionaria del Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, publicado en Gaceta Oficial N° 169, extraordinario, del 15 de marzo de 1946; siendo ratificadas en los Estatutos Provisionales de Garantías de 1946 y 1947, dictados por la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela en fechas 20 de diciembre de 1946 y 11 de abril de 1947 (2008b: 1267, 1268, 1294, 1299 y 1301).²⁷

Seguidamente, puede verse la Constitución de 1947, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 5 de julio de 1947, en cuyos artículos 30, 31 y 32, se amplía la protección constitucional, extendiéndola a todos los habitantes de la Nación, a diferencia de las anteriores que se referían a los venezolanos, ampliando lo relativo a la libertad y seguridad personal al supuesto específico de algunos delitos, incluyendo una excepción de detención administrativa, además de exigir que la afectación de libertad personal se decrete por orden escrita dictada por el funcionario que autorice la ley, siendo que la *detención judicial* se atribuye a los jueces penales y otros funcionarios que establezca la ley con tal competencia legal.

No obstante, a esta norma se le opone una excepción en cuanto a las “detenciones administrativas”, lo que pudiera entenderse reforzado en cuanto a la tutela ciudadana con la consagración expresa de una norma relativa al

²⁷ Debe acotarse que en dichos Estatutos Provisionales de Garantías se mantienen vigente el artículo 32 de la Constitución de 1936, reformada en 1945, atinente a los derechos y libertades que involucran las normas que vienen comentándose; debiendo poner de relieve los artículos 2, 3, 4 y 6 del primero de los Estatutos -1946-, atinentes a la potestad del Poder Ejecutivo de ordenar detenciones preventivas, al mantenimiento de las medidas de seguridad nacional adoptadas por el Gobierno Revolucionario, el tiempo de duración de los detenidos, la facultad del Poder Ejecutivo de suspender las garantías y el mantenimiento de la suspensión de garantías decretada en el Estado Trujillo; alguna de cuyas facultades y normas se ratificaron en el Estatuto de 1947 (2008b: 1299 y 1301).

habeas corpus. Como podrá advertirse, también se regula programáticamente lo atinente a la privación de libertad de los reincidentes.

De otra parte, en orden a la inviolabilidad del domicilio, la norma se mantiene con alguna variante en cuanto a que ya no se halla la expresión destinada a impedir la *perpetración* del delito, sino que se pasa directo a considerar la consumación del mismo, suprimiendo también lo relacionado con el proceso que conozca la autoridad. De igual manera se mantiene la misma norma en cuanto a la inviolabilidad de la correspondencia privada:

Art. 30. La Nación garantiza a todos sus habitantes la libertad y la seguridad personales, y, en consecuencia: (...)

2º Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que fuere sorprendido *in fraganti*, sin que precedan información sumaria de haberse cometido un hecho punible que merezca pena corporal, y orden escrita del funcionario autorizado por la ley para decretar la detención, debiendo expresarse en dicha orden el motivo que la causa. El sumario no podrá en ningún caso prolongarse por más de treinta días después de la detención judicial. En los delitos de injuria, difamación, desacato u ofensa a personas o a cuerpos judiciales, políticos o administrativos, investidos de autoridad pública, será sometido a juicio del acusado, y no podrá separarse del lugar del proceso hasta que asunto quede decidido. La detención no procederá sino en virtud de sentencia firme. (...)

Art. 31. Las detenciones que conforme a la ley puedan practicar las autoridades administrativas no estarán sujetas a lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo anterior; pero los arrestos que impongan dichas autoridades no podrán exceder de quince días, y serán acordados por resolución escrita y motivada cuando hayan de pasar de cuarenta y ocho horas.

La ley determinará el régimen a que serán sometidos los reincidentes.

Art. 32. A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de *Habeas Corpus*. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra

persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la ley no consagre contra la orden, acto o procedimiento, que lo motive, ningún recurso judicial ordinario.

La ley determinará los Tribunales que reconocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso.

Art. 35. La Nación garantiza la inviolabilidad del hogar, el cual no podrá ser allanado sino para impedir la consumación de un delito o para cumplir decisiones que, de acuerdo con la ley, dicten los Tribunales de Justicia. Estará sujeto, conforme a la ley, a las visitas sanitarias y fiscales, previo aviso de las autoridades o funcionarios que ordenen o hayan de practicar la inspección(2008b: 1308. Subrayado en cursivas fuera del texto).²⁸

En cuanto a la Constitución de 1953, sancionada por la Asamblea Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela en fecha 11 de abril de 1953, mandada a ejecutar por el Presidente Marcos Pérez Jiménez el 15 de abril de 1953, se simplifica la norma atinente a la inviolabilidad de la libertad y seguridad personal. También se modifica la norma de la inviolabilidad de la correspondencia privada, en cuanto parece ampliarse pues ya no se refiere a la autoridad judicial, sino a la autoridad competente, suprimiéndose el aparte referido a los libros comerciales e industriales; en lo referente a la norma de la inviolabilidad del hogar se mantiene igual en términos generales:

Art. 35. Se garantiza a los habitantes de Venezuela: (...)

2º La libertad y la seguridad personal. En consecuencia, nadie podrá:

²⁸ De estas normas conviene dar cuenta de la referencia hecha por el Constituyente en el ordinal 2º del artículo 30, en relación a la expresión normativa *hecho punible*, a diferencia de las Constituciones previas que se referían de modo expreso al *delito*, lo que es de suma importancia habida cuenta de que para el momento se hallaba vigente el actual Código Penal de 1926, antes de sus reformas, en cuanto su artículo 1 clasifica al hecho punible en delitos y faltas. Todo lo cual, también ha de valorarse en cuanto a la exigencia constitucional de un hecho punible conminado con *pena corporal*. Aunado a lo anterior, no ha de olvidarse lo previsto en los citados artículos 31 y 35, los cuales son de interés en lo que respecta a ciertas normas del Código Orgánico Procesal Penal.

a) Ser preso o detenido sino conforme a las leyes.

b) Ser preso o detenido por incumplimiento de obligaciones civiles no definido como delito por la ley. (...)

d) Continuar detenido después de decisión judicial firme que revoque la detención ni después de ser concedida legalmente la libertad bajo fianza o cumplida la pena impuesta. (...)

4º La inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas. Sólo la autoridad competente, previo el cumplimiento de las formalidades legales, podrá ocupar las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia. En todo caso se guardará el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso (2008b: 1360. Subrayado fuera del texto).²⁹

En la Constitución de 1961, sancionada por el Congreso de la República el 23 de enero de 1961, a tenor de lo previsto en el artículo 60 y en orden a la garantía de inviolabilidad de la libertad y seguridad personal, se vuelve en parte a la redacción de la Constitución de 1947, menos en lo que toca a la duración del sumario, para lo cual se remite a la normativa procesal penal vigente, además de hacer mención expresa de actos procesales como el *auto de detención*.

Todo ello se complementa, extendiendo la posibilidad de restricción de la libertad por parte de las autoridades de policía en supuestos de *necesidad y urgencia*, aunado a lo previsto en las Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta.³⁰ También se incluyó una regulación en cuanto a sujetos peligrosos, concretamente en el ordinal 10º de dicho artículo.

²⁹ El literal **d)** de la antedicha norma destaca por la comparación que merece en atención al denominado efecto suspensivo que puede ejercer el Ministerio Público conforme a lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal.

³⁰ Véanse las Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta: «**Quinta:** *El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes: Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las*

De otra parte, en lo relativo a la inviolabilidad del hogar se cambia la expresión en cuanto a la necesidad de evitar la consumación del delito, por la de *perpetración*, la cual, pareciera incluir todo el *itercriminis*, inclusive la consumación del delito; volviendo también al uso de la expresión *delito*, mucho más limitada o restringida que la del *hecho punible*, comprensiva de las faltas.

Finalmente, con respecto a la regulación de la inviolabilidad de la privacidad de la correspondencia, el Constituyente regresa al requisito de orden judicial y a la regulación de la información comercial:

Art. 60. La libertad y seguridad personales son inviolables, y en consecuencia:

1º Nadie podrá ser preso o detenido, a menos que sea sorprendido *in fraganti*, sino en virtud de orden escrita del

garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo Penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud o donde se encuentre la persona agraviada, expida un mandamiento de habeas corpus. Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el Juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad y abrirá una averiguación sumaria. El Juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hayan impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El Juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días, si lo considerare necesario. La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha de recibo de los autos». «Sexta: En tanto la legislación ordinaria fija los términos y plazos a que se refiere el último aparte del Ordinal 1º del Artículo 60 de la Constitución, las autoridades de policía que hayan practicado medidas de detención preventivas, deberán poner al indiciado a la orden del correspondiente tribunal en un término no mayor de ocho días, junto con las actuaciones que hubieren cumplido, a los fines de la prosecución de las diligencias sumariales. El tribunal instructor deberá decidir, acerca de la detención, dentro del término de noventa y seis horas, salvo los casos graves y complejos que requieran un término mayor, el cual en ningún caso excederá de ocho días. Sólo están facultadas para tomar las medidas previstas en el Artículo 60 de la Constitución las autoridades de policía, que de acuerdo con la ley, tengan carácter de auxiliares de la Administración de Justicia» (2008b: 1418).

funcionario autorizado para decretar la detención, en los casos y con las formalidades previstos por la ley. El sumario no podrá prolongarse más allá del límite máximo legalmente fijado.

El indiciado tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevea la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención.

En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, y establecerá además el plazo para que ésta provea, entendiéndose que han sido revocadas y privadas de todo efecto, si ella no las confirma en el referido plazo. (...)

6º Nadie continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta. La constitución de fianza exigida por la ley para conceder la libertad provisional del detenido no causará impuesto alguno. (...)

10º Las medidas de interés social sobre sujetos en estado de peligrosidad sólo podrán ser tomadas mediante el cumplimiento de las condiciones y formalidades que establezca la ley. Dichas medidas se orientarán en todo caso a la readaptación del sujeto para los fines de la convivencia social.

Art. 62. El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales. Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas.

Art. 63. La correspondencia, en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades

competentes, de conformidad con la ley (2008b: 1389. Subrayado fuera del texto).

Al respecto, es oportuno referir la preocupación expresada por el entonces Diputado de la República de Venezuela, el Dr. Rafael Caldera, en referencia al ordinal 1º del citado artículo 60 y las Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta, en lo que acá importa, a la necesidad de que las libertades sólo sean restringidas por orden judicial o si la misma pueden restringirlas los funcionarios policiales, así como a la excepción de la flagrancia:

Voy solamente a dar una breve explicación a la Cámara acerca de las muchas cavilaciones y del análisis que la Comisión hizo de la materia aquí contenida, que está buscando al propio tiempo que sincerar el texto de la Constitución, poner un freno eficaz a una situación que se puede hacer verdaderamente grave en la vida venezolana. Cualquier abogado que haya ejercido ante los tribunales penales de la República (y aquí hay muchos y competentes) sabe que una de las garantías constitucionales que todos los días se infringen con el consentimiento tácito de todo el mundo, es esta garantía de la seguridad de la libertad personal de no ser detenido sin orden del funcionario judicial para decretar la detención. (...) El problema práctico se complica extraordinariamente porque es muy difícil fijar el concepto de flagrancia. Los aprehendidos con motivo del atentado al Presidente de la República no lo fueron el flagrante delito. Es muy difícil aplicar este concepto por más que se extienda. Hubieran sido detenidos **in fraganti** si la autoridad los hubiere aprehendidos allí mismo en la Avenida Los Próceres, en el momento o algunos momentos después del atentado, o en las zonas mediatas al lugar del acontecimiento. (...) Aplicar allí el concepto de flagrancia resultaría demasiado lato y esperar a un auto de detención judicial para la captura de un delincuente resulta tan contrario a la realidad de los hechos que estamparlo en el texto constitucional sería invitar a las autoridades a que, en defensa del orden público y social, violaran la Constitución. Comprendo que, por otra parte, las normas que se estampan pueden prestarse al abuso, y de allí el problema que el constituyente encontraba: poder equilibrar la necesaria protección del orden público y social, la sinceridad del texto constitucional con la protección que los ciudadanos requieren(Arcaya, 1971: 385. Subrayado en cursivas fuera del texto).

De lo afirmado por el Diputado, se aprecia su preocupación acerca de los abusos policiales, pero de igual modo rechaza el que las personas incurso en la comisión de delitos sólo puedan ser detenidas previa orden judicial, argumentando la necesidad de legitimar a la policía judicial para aprehender y detener fuera de los supuestos de la orden judicial y la flagrancia, razón por la cual también se refirió a lo planteado por el entonces Diputado Pedro Ortega Díaz de sustituir la expresión *autoridad competente (o funcionario autorizado por la ley)*, por la de *juez competente*, ante lo cual el Diputado Caldera esgrimió un argumento histórico de la expresión contenida en la Constitución de 1947, en cuanto a la intervención del “... *funcionario autorizado por la ley para decretar la detención...*” (Arcaya, 1971: 386).

Debido a esta argumentación, tal y como lo pone de manifiesto Agudo, es por lo que se incluyó el aparte que autorizaba a la policía judicial restringir la libertad por *necesidad y urgencia*, sin tener que esperar el dictado de una orden judicial en supuestos que no eran de flagrancia. Todo lo cual se aprobó en un contexto en el cual los abusos policiales (*y en particular de la Policía Técnica Judicial*), era de suma gravedad en tanto dichos funcionarios no tenían ningún nexo de dependencia o subordinación con el Ministerio Público y los Tribunales Penales, con lo cual la actuación policial carecía de controles, convirtiéndose la detención policial por razones de necesidad y urgencia, así como por las facultades otorgadas a tales funcionarios en el marco del sumario, en la regla en lugar de constituir la excepción (1983: 125). Algo de sumo interés en atención a lo que viene ocurriendo con el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas con relación al Ministerio Público.

Razón por la cual en 1954 se reformó el Código de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo la subordinación de la Policía Judicial a los Jueces de Instrucción, lo que pretendió complementarse con la propuesta que realizó

en 1977 el Ministerio de Justicia, consistente en la creación de un sistema de Jueces de Guardia para atender los casos de flagrancia y judicializar las primeras actuaciones del sumario, lo que no tuvo éxito (Agudo, 1983: 137).

Sin embargo, tal regulación se tornó nugatoria debido al descuido de los Tribunales Penales de Instrucción, incrementándose los abusos policiales en materia de detenciones ilegales sin orden judicial, flagrancia y sin *necesidad* y *urgencia*, con lo cual esta excepción pasó a ser la regla (Manzaneda, 1980: 167).

Límites a tales abusos policiales, que también se reclamaban en el seno de la doctrina patria por Chiossone, quien al referirse a los modos de proceder en el marco del Código de Enjuiciamiento Criminal, en particular, a la citación del indiciado, la aprehensión en flagrancia y la detención, era del siguiente criterio:

www.bdigital.ula.ve

La *citación* y la *aprehensión in fraganti*, quizás podrían considerarse modos de proceder, en cuanto configuran una manera de iniciar el proceso; pero la *detención* no es propiamente un modo de proceder, pues conforme al artículo 182, cuando se dicta un auto de detención, es porque el proceso se ha iniciado ya, bien de oficio, por denuncia o por acusación. Fuera del caso de “delito *in fraganti*”, no puede detenerse a nadie sino mediante un auto de detención (Art. 183 del Código de Enjuiciamiento Criminal); por consiguiente, las llamadas detenciones preventivas de personas *no sorprendidas in fraganti* sino privadas de su libertad *para una averiguación*, son ilegales, pues son contrarias al principio general establecido en el artículo 183 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Este principio es consecuencia de la garantía individual del numeral 10 del artículo 60 de la Constitución Nacional; y aunque este propio ordinal autoriza las autoridades de policía para “adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables”, nada expresa sobre la llamada detención preventiva, la cual, según parece y por excepción a los principios aquí apuntados, dura un máximo de dieciséis días, a tenor de lo dispuesto en el artículo 75-H del

Código de Enjuiciamiento Criminal. Para hacer cesar estas detenciones ilegales, se hace valer el recurso denominado de *habeas corpus* (1981: 127).

De lo afirmado por Chiossone, se infiere el celo dogmático en cuanto a la necesidad de limitar las restricciones a la libertad personal a los supuestos de orden judicial y flagrancia. No obstante la previsión de *necesidad o urgencia*, al igual que también se pone de relieve un aspecto importante en relación al principio de legalidad, en atención al cual –*al decir de dicho autor patrio*–, comporta el límite de la restricción de la libertad personal, en tanto se exige el que se haya iniciado el proceso y, por ende, se esté ante la ocurrencia previa de un hecho delito que se investiga. Un criterio, vale la pena destacar, que también sostiene Fernández en orden a que el principio de legalidad y la tipicidad del comportamiento, es lo que autorizaría la afectación de derechos individuales en el proceso penal (1999b: 125 y ss.).

Así las cosas, en atención a la tradición normativa arriba reseñada se arriba a la Constitución de 1999, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente del 15 de diciembre de 1999, consagrándose de manera expresa lo que la doctrina denomina como el principio de reserva judicial (Bernal y Montealegre, 2004: 154), en cuanto a las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, el hogar doméstico y todo recinto privado y la privacidad de las comunicaciones, específicamente, en sus artículos 44, ordinal 1º, 47 y 48, sólo pueden restringirse previa orden judicial, a menos que se esté ante un supuesto de flagrancia. Caso en el cual, como se sabe, puede prescindirse de la orden judicial.

Prosiguiendo con lo antedicho, conviene señalar que esta regulación, explica el que estas normas constitucionales se interpreten en el sentido de que las excepciones a tales garantías sean dos: en **primer lugar**, la orden judicial y, **en segundo y último lugar**, sin orden judicial en los casos de

flagrancia. Acá es preciso puntualizar que en el caso de la inviolabilidad de la libertad personal la excepción de la *necesidad y urgencia*, a pesar de haber sido planteada por los constituyentes García Ponce y Tarek William Saab, en los términos siguientes:

Ninguna persona podrá ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos sea sorprendida *in fraganti*. En caso de haberse cometido un hecho punible, las autoridades podrán adoptar las medidas provisionales de necesidad o urgencia indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. En todo caso, la persona arrestada o detenida deberá ser llevada ante el juez o un fiscal del Ministerio Público en un tiempo no mayor de 8 horas (Borrego, 2002: 102).

Siendo oportuno señalar, citando a Borrego, que la propuesta más votada y aprobada a los efectos del ordinal 1º del artículo 44, fue la de los constituyentes William Ojeda, Allan Brewer Carías y Elio Gómez Grillo, modificada sólo en lo atinente a la inclusión de la expresión *o jueza*, que no se hallaba en la versión original (2002: 102).

Quedando, las disposiciones relativas a las garantías de inviolabilidad personal, del hogar doméstico y todo recinto privado, así como en orden a las comunicaciones privadas, redactadas del siguiente modo:

Artículo 44.- La libertad personal es inviolable; en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso (...).

Artículo 47.- El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para

cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano (...).

Artículo 48.- Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.³¹

De este modo, hemos pasado de la expresión constitucional signada por la autoridad o el funcionario competente para restringir tales derechos individuales –*locual quedaba en manos del legislador ordinario*–, al mandato constitucional según el cual se ha tipificado el denominado principio de reserva judicial, en tanto los aludidos derechos individuales, sólo pueden ser restringidos por orden judicial, salvo en los supuestos de flagrancia, configurándose de igual manera una reserva constitucional, propia de las Constituciones rígidas en el contexto de la denominada Democracia Constitucional (Ferrajoli, 2000: 154 y ss.).

A estos antecedentes normativos, también han de añadirse las previsiones de la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos, delineada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José” del 22 de noviembre de 1969, de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En los artículos 9 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los cuales se tutela la seguridad personal en cuanto a la

³¹En relación a la discusión sobre el artículo 47 de la Carta Magna, en cuanto a si se colocaba la expresión hogar o domicilio en orden a la protección constitucional del recinto privado frente a los abusos policiales, con una importante consideración por parte del Constituyente Claudio Fermín, véase en Borrego (2007: 140).

libertad, la intimidad y privacidad del domicilio y la correspondencia, a la par de establecer principios importantes en materia de derechos humanos en lo atinente a la configuración de un orden tendiente a la efectividad de los derechos humanos, a la progresión de los mismos, así como un límite al principio de la soberanía de las naciones en tanto se prohíbe la supresión de los derechos y libertades proclamados en la Declaración, vale decir, una suerte de prohibición de regresión, tal y como se advierte de la redacción de los artículos 28 y 30:

Artículo 9.-Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 12.-Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 28.-Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 30.-Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

De modo similar se ha previsto en los artículos 5, ordinales 1º y 2º, 9, ordinales 1º y 3º, 17 y 46, del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 28 de enero de 1978, tal y como consta en la en Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 2.146, Extraordinario:

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o

individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...)

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 46

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

En el mismo orden de protección se halla la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, de la Organización de Estados Americanos (OEA), del 22 de noviembre de 1969,³² en cuyos artículos 5, ordinales 1º y 2º, 7, ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, 11 y 29, se prevé:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...)

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

³²Haciendo parte del ordenamiento jurídico venezolano desde su puesta en vigencia a través de la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 31.256 del 14 de junio de 1977.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

A tenor de la evolución antes esbozada, desde la Carta Magna de Juan sin Tierra pasando por la *Bill of Rights*, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta llegar a la Declaración de los Derechos del Pueblo de Venezuela de 1811 y las Constituciones que siguieron, conjuntamente con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, puede concluirse que lo tenido como antecedente y fundamento histórico-político de las bases constitucionales y legales –*ademásde dar*

cuenta de la epistemología adoptada en cuanto al Derecho penal que acá se defiende, esto es, un Derecho penal de garantías ydemoliberal-, configura la tradición de los principios y normas establecidas con respecto a las garantías penales y procesales a tener presente en lo que puede denominarse como la dogmática de la flagrantia.

Una tradición que además de alcanzar a las Constituciones Latinoamericanas (Madrazo, 1988a y 1988b), que de igual modo se halla contenida en las Constituciones de los Estados de la Unión Europea (Llorente y Daranas, 1997), lo que explicaría la razón de ser del concepto de Derecho penal formulado por Rusconi, en cuanto señala:

“... el derecho penal debe ser visto como el conjunto de límites constitucionales y derivados del sistema internacional de protección de los derechos humanos que son organizados y desarrollados sistemáticamente en todas sus consecuencias como obstáculos para la aplicación de una pena en forma legítima...” (2009: 45).

Finalmente, no ha de olvidarse, siguiendo a Deninnger (2009), que la noción de seguridad personal contenida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (*sûreté*), en lugar de referirse a la protección del Estado frente a la afectación de los bienes jurídicos de los ciudadanos, antes bien se hallaba referida a la *seguridad jurídica* frente a las intervenciones arbitrarias del Estado en la esfera individual y, por consiguiente, relacionada con la: «*protección frente a detenciones arbitrarias, frente a acusaciones falsas y difamatorias y frente a la posibilidad de ser procesado y condenado arbitrariamente*» (2009: 41).

Tampoco ha de pasarse por alto que la valoración contemporánea de la *seguridad* asumida en tanto bien jurídico e incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, como derecho fundamental, reforzado por aquello

de que *no hay libertad sin seguridad* o de que *a mayor seguridad más libertad*, esto es, el sofisma según el cual se afirma que a más Derecho penal corresponde más libertad, a lo que el mencionado autor alemán, citando a Di Fabio, expresa: «*El Estado constitucional liberal no desea la paz a cualquier precio, “sino una paz en armonía con nuestros valores de base, la paz para los hombres libres”*» (2009: 46).

2.4.2.- Normas constitucionales y legales

Teniendo presente lo anterior, no cabe duda que las bases constitucionales y legales a considerar en la presente investigación integran el Derecho constitucional, el Derecho Procesal penal y el Derecho penal, tendiendo como normativa macro las referidas a las garantías de inviolabilidad del domicilio, el recinto privado, la privacidad de las comunicaciones y libertad personal, así como las relacionadas con la flagrancia, las actividades de investigación, las vinculadas a la validez de dichos actos, al igual que las disposiciones reguladoras de la actuación policial, al ser tales funcionarios los actores principales de la aprehensión en lo atinente a los actos de investigación, pesquisa policial y aprehensión en flagrancia.

Por tanto, el estudio de la flagrancia nos lleva ineludiblemente a una interpretación del tenor literal posible de las normas, las cuales, además de interpretarse restrictivamente, también han de valorarse teleológica y sistemáticamente, de la mano, claro está, de la doctrina que las sustenta o respalda. Una hermenéutica, huelga decir, la cual requiere de la valoración de otras normas contenidas en leyes especiales de interés, verbigracia, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Ley Orgánica de Drogas, la Ley de Universidades, el Código de Justicia Militar y la Ley Sobre el Delito de Contrabando, entre otras.

Así pues, en lo atinente a las normas constitucionales, constitutivas de las excepciones en cuanto a las restricciones de las garantías de inviolabilidad de la libertad personal, el domicilio y todo recinto privado, así como de la privacidad de las comunicaciones, bien por orden judicial, como por razón de la flagrancia, es preciso citar los artículos 44, en el encabezamiento del ordinal 1º, 47 en su encabezamiento y 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 44.- La libertad personal es inviolable; en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso (...).

Artículo 47.- El hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables. No podrán ser allanados sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano (...).

Artículo 48.- Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso.

Disposiciones éstas, las cuales han de interpretarse en armonía con las normas referidas al modelo constitucional de Estado, sus valores y fines, así como en lo que respecta al principio del libre desarrollo de la personalidad, entendido como punto de partida del Contrato Social y de una visión

contractualista y liberal de la Constitución y el Derecho penal, seguido de la consideración del principio de legalidad administrativa o constitucional.

Sumado a dichas normas, de igual manera han de tenerse presente las que regulan la nulidad de los actos lesivos del orden constitucional y la que define al proceso como una garantía instrumental de justicia material. En su orden, los artículos 2, 3, 20, 25, 137 y 257 de la Carta Magna:

Artículo 2.- Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Artículo 3.- El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Artículo 20.- Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.

Artículo 137.- Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Atendiendo a lo expresado, de modo similar por Rusconi en cuanto al concepto de Derecho penal o al cómo ha de ser entendido (2009: 45), se manifiesta Zaffaroni al señalar:

“... nos animamos a reseñar la idea de derecho penal, diciendo que es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho...” (2005: 24).

De otra parte, siguiendo al hilo de los valores y principios antes esbozados conviene acotar como normas de suma importancia (*consecuencia del principio de legalidad constitucional, además de los principios que informan todas las categorías y figuras dogmáticas de todo el Derecho penal objetivo – positivo vigente-, tanto de la flagrancia, como del concepto de delito y sus elementos*), los artículos atinentes a los principios de legalidad penal sustantiva y procesal, en tanto normas rectoras de las garantías penales y procesales, constitutivas del debido proceso. En concreto, los artículos 1 del Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal:

Artículo 1.- Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente...

Artículo 1.-Juicio previo y debido proceso. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un Juez o Jueza o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los

tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.

En cuanto a la definición legal de flagrancia y las normas que autorizan la restricción de libertades en el contexto normativo de dicha definición, pueden referirse el encabezamiento del artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, a la par de los artículos vinculados con dicha norma con relación a las afectaciones de la libertad personal, la privacidad e intimidad del domicilio, el recinto privado y las comunicaciones privadas, además de la norma rectora de interpretación restrictiva a interpretarse conjuntamente con la que afirma el principio del estado de libertad. Vale decir, los artículos 9, 186, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 204, 205, 206 y 233 *ejusdem*, en el orden después del artículo que define legalmente la flagrancia:

Artículo 234.- Definición. Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora (...).

Artículo 9.- Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o imputada, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, sólo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta.

Las únicas medidas preventivas en contra del imputado o imputada son las que este Código autoriza conforme a la Constitución de la República.

Artículo 186.- Inspección. Mediante la inspección de la policía o del Ministerio Público, se comprueba el estado de los lugares,

cosas, los rastros y efectos materiales que existan y sean de utilidad para la investigación del hecho, o la individualización de los partícipes en él.

De ello se levantará informe que describirá detalladamente esos elementos y, cuando fuere posible, se recogerán y conservarán los que sean útiles.

Si el hecho no dejó rastros, ni produjo efectos materiales, o si los mismos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado actual en que fueron encontrados, procurando describir el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición o alteración, y la fuente de la cual se obtuvo ese conocimiento. Del mismo modo se procederá cuando la persona buscada no se halle en el lugar.

Se solicitará para que presencie la inspección a quien habite o se encuentre en el lugar donde se efectúa, o, cuando esté ausente, a su encargado o encargada, y, a falta de éste o ésta a cualquier persona mayor de edad, prefiriendo a familiares del primero o primera. Si la persona que presencia el acto es el imputado o imputada y no está presente su defensor o defensora, se pedirá a otra persona que asista. De todo lo actuado se le notificará a el o la Fiscal del Ministerio Público.

Artículo 190.- Registros nocturnos. Los registros en lugares cerrados, aunque sean de acceso público, podrán ser practicados también en horario nocturno, dejando constancia del motivo en el acta, en los supuestos siguientes:

1. En los lugares de acceso público, abiertos durante la noche, y en un caso grave que no admita demora en la ejecución.
2. En el caso previsto en el numeral 1º del artículo 196 de este Código.
3. En el caso que el interesado o interesada o su representante preste su consentimiento expreso, con absoluta libertad.
4. Por orden escrita del Juez o Jueza (Subrayado en cursivas fuera del texto).

Artículo 191.- Inspección de personas. La policía podrá inspeccionar una persona, siempre que haya motivo suficiente para presumir que oculta entre sus ropas o pertenencias o

adheridos a su cuerpo, objetos relacionados con un hecho punible.

Antes de proceder a la inspección deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, pidiéndole su exhibición y procurará si las circunstancias lo permiten, hacerse acompañar de dos testigos.

Artículo 193.- Inspección de vehículos. La policía podrá realizar la inspección de un vehículo, siempre que haya motivo suficiente para presumir que una persona oculte en el objetos relacionados con un hecho punible. Se realizará el mismo procedimiento y se cumplirán iguales formalidades que las previstas para la inspección de personas.

Artículo 194.- Registro. Cuando haya motivo suficiente para presumir que en un lugar público existen rastros del delito investigado o de alguna persona fugada o sospechosa, salvo cuando sea obligatoria una orden de allanamiento, la policía realizará directamente el registro del lugar.

Quando sea necesario realizar una inspección personal o el registro de un mueble o compartimiento cerrado destinado al uso personal, en lugar público, regirán los artículos que regulan el procedimiento de la inspección de personas o vehículos.

Se solicitará para que presencie el registro a quien habite o se encuentre en posesión del lugar, o cuando esté ausente, a su encargado o encargada y, a falta de éste o ésta, a cualquier persona mayor de edad.

Artículo 195.- Examen corporal y mental. Cuando sea necesario se podrá proceder al examen corporal y mental del imputado o imputada, cuidando el respeto a su pudor. Si es preciso, el examen se practicará con el auxilio de expertos o expertas.

Al acto podrá asistir una persona de confianza del examinado o examinada; éste o ésta será advertido o advertida de tal derecho.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.

Artículo 196.- Allanamiento. Cuando el registro se deba practicar en un morada, oficinas públicas, establecimiento

comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del Juez o Jueza.

El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud.

La resolución por la cual el Juez o Jueza ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada.

El registro se realizará en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía.

Si el imputado o imputada se encuentra presente, y no está su defensor o defensora, se pedirá a otra persona que asista. Bajo esas formalidades se levantará un acta.

Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes:

1. Para impedir la perpetración o continuidad de un delito.
2. Cuando se trate de personas a quienes se persigue para su aprehensión.

Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán detalladamente en el acta (Subrayado en cursivas fuera del texto).³³

³³Conviene poner de relieve la tradición de esta norma desde su puesta en vigencia en el Código Orgánico Procesal Penal publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998, la cual era del siguiente tenor: «**Artículo 225. Morada.** Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez. Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1º Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito; 2º Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión; 3º Para evitar la comisión de un hecho punible. La resolución por la cual el juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta» (Subrayado fuera del texto). Norma ésta, la cual fue modificada conforme al artículo 78 de la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.552, Extraordinario del 14 de noviembre de 2001, el cual disponía: Artículo 78. Se modifica el artículo 225, ahora 210, en la forma siguiente: «**Artículo 210.- Allanamiento.** Cuando el registro se deba practicar en un morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del Juez. El órgano de policía de investigaciones penales, en

Artículo 197.- Contenido de la orden. En la orden deberá constar:

1. La autoridad judicial que decreta el allanamiento y la sucinta identificación del procedimiento que se ordena.
2. El señalamiento concreto del lugar o lugares a ser registrados.
3. La autoridad que practicará el registro.
4. El motivo preciso del allanamiento, con indicación exacta de los objetos o personas buscadas y las diligencias a realizar.
5. La fecha y la firma.

La orden tendrá una duración máxima de siete días, después de los cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado, en cuyo caso constará este dato.

Artículo 199.- Lugares públicos. La restricción establecida en el artículo 196 no regirá para las oficinas administrativas, establecimientos de reunión y recreo mientras estén abiertos al público. En estos casos deberá darse aviso de la orden del Juez o Jueza a las personas a cuyo cargo estén los locales, salvo que ello sea perjudicial para la investigación.

Artículo 204.- Incautación. En el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público, con autorización del Juez o

casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud. La resolución por la cual el Juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. El registro se realizará en presencia de dos testigos hábiles, en lo posible vecinos del lugar, que no deberán tener vinculación con la policía. Si el imputado se encuentra presente, y no está su defensor, se pedirá a otra persona que asista. Bajo esas formalidades se levantará un acta. Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1. Para impedir la perpetración de un delito. 2. Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta» (Subrayado fuera del texto). De los ordinales subrayados en ambas normas, puede apreciarse la diferencia entre una norma y otra en cuanto a las excepciones de entrada y registro en recinto privado sin orden judicial.

Esta norma, la cual, salvo las expresiones Juez o Jueza, se mantuvo vigente hasta la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.930, Extraordinario del 04 de septiembre de 2009, estableciendo las mismas excepciones a la orden judicial: «Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1. Para impedir la perpetración de un delito. 2. Cuando se trate del imputado o imputada a quien se persigue para su aprehensión» (Subrayado fuera del texto).

Jueza de Control podrá incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor o autora del hecho punible o dirigidos por el o ella, y que puedan guardar relación con los hechos investigados.

De igual modo, podrá disponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero disponibles en cuentas bancarias o en cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado.

En los supuestos previstos en este artículo, el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, la cual deberá constar en la solicitud.

Artículo 205.- Intercepción o grabación de comunicaciones privadas. Podrá disponerse igualmente, conforme a la ley, la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido se transcribirá y agregará a las actuaciones. Se conservarán las fuentes originales de grabación, asegurando su inalterabilidad y su posterior identificación.

A los efectos del presente artículo, se entiende por comunicaciones ambientales aquellas que se realizan personalmente o en forma directa, sin ningún instrumento o dispositivo de que se valgan los interlocutores o interlocutoras.

Artículo 206.- Autorización. En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público solicitará razonadamente al Juez o Jueza de Control del lugar donde se realizará la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes.

El órgano de policía de investigaciones penales, en caso de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del

Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el aparte anterior.

La decisión del Juez o Jueza que acuerde la intervención, deberá ser motivada y en la misma se harán constar todos los extremos de este artículo.

Artículo 233.- Interpretación restrictiva. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente.

En relación a los citados artículos 204 y 205 del Código Orgánico Procesal Penal, los mismos han de interpretarse sin desatender lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley Sobre la Protección a la Privacidad de las Comunicaciones publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.863 del 16 de diciembre de 1991:

Artículo 6º.- Las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de justicia, podrán impedir, interrumpir, interceptar o gravar comunicaciones, únicamente a los fines de la investigación de los siguientes hechos punibles:

- a) Delitos contra la seguridad o independencia del estado;
- b) Delitos previstos en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público;
- c) Delitos contemplados en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; y
- d) Delitos de secuestro y extorsión.

Artículo 7º.- En los casos señalados en el artículo anterior, las autoridades de policía, como auxiliares de la administración de Justicia, solicitarán razonadamente al Juez de Primera Instancia en lo penal, que tenga competencia territorial en el lugar donde se realizaría la intervención, la correspondiente autorización, con expreso señalamiento del tiempo de duración, que no excederá de sesenta (60) días, pudiendo acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales de tiempo, lugares, medios y demás extremos pertinentes. El Juez notificará,

de inmediato, de este procedimiento al Fiscal del Ministerio Público.

Excepcionalmente, en casos de extrema necesidad y urgencia, los órganos de policía podrán actuar sin autorización judicial previa, notificando de inmediato al Juez de Primera Instancia en lo Penal, sobre esta actuación, en acta motivada que se acompañará a las notificaciones y a los efectos de la autorización que corresponda, en un lapso no mayor de ocho (8) horas.

En caso de inobservancia del procedimiento aquí previsto, la intervención, grabación e interceptación será ilícita y no surtirá efecto Probatorio alguno y los responsables serán castigados con Prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Aunado a estas normas, también ha de tenerse como fuente legal de actuación policial, comprensiva de la flagrancia, los artículos 34, 41, 42 y el 79 ordinal 1º del el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, publicado en Gaceta Oficial N° 6.079 Extraordinario del 15 de junio de 2012, debiendo hacer mención especial del último aparte del artículo 42, que regula el actuar de los funcionarios policiales en cuanto a las diligencias de investigación de órdenes de allanamientos e interceptación o grabación de comunicaciones privadas, el cual prevé:

Sólo en los casos de delitos flagrantes, los funcionarios o las funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas podrán actuar con prescindencia de lo establecido en el presente artículo. En todo caso se dejará constancia de lo actuado en el informe que se remitirá al Ministerio Público.

Sistemáticamente, a estas normashan de sumarse las relacionadas con el principio de la búsqueda de la verdad como fin del proceso, la cual *–en tanto no puede procurarse de cualquier modo, en tanto que en democracia y en un régimen de libertades «el fin no justifica los medios, sino que son éstos los*

que justifican aquél»-, sólo puede alcanzarse conforme a la legalidad y a través de medios lícitos. De suyo entonces, se transcriben los artículos 13, 174, 175 y el 181, éste último, comprensivo de la regla de exclusión probatoria y de la teoría de los frutos del árbol envenenado, configurada en la idea de evitar lo que la doctrina denomina la *prueba larvada*. Ideal normativo, cabe advertir, el cual también ha de valorarse a tenor de los principios rectores de la actuación del Ministerio Público como órgano encargado del control de la legalidad en cuanto a la actuación policial, previsto en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público:

Artículo 13.- Finalidad del proceso. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el Juez o Jueza al adoptar su decisión.

Artículo 174.-Principio. Los actos cumplidos en contravención o con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, no podrán ser apreciados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, salvo que el defecto haya sido subsanado o convalidado.

Artículo 175.- Nulidades absolutas. Serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o imputada, en los casos y formas que este Código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías fundamentales previstos en este Código, la Constitución de la República, las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 181.- Licitud de la prueba. Los elementos de convicción sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

No podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, en la correspondencia, las

comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni la obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, tampoco podrá apreciarse la información que provenga directa o indirectamente de un medio o procedimiento ilícitos.

Artículo 2.- Naturaleza del Ministerio Público. El Ministerio Público es un órgano del Poder Ciudadano que tiene por objeto actuar en representación del interés general y es responsable del respeto a los derechos y garantías constitucionales a fin de preservar el Estado, democrático y social de derecho y de justicia.

Artículo 3.- Legalidad. El Ministerio Público se regirá por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes nacionales y sus reglamentos, y tratados internacionales en materia de derechos humanos, suscritos y ratificados por la República.³⁴

Al tratarse de una de las particularidades de estudio, también es pertinente y necesario citar el artículo 96 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, contenido de una definición legal de flagrancia en esta Ley Penal Especial:

Artículo 96.- Se tendrá como flagrante todo delito previsto en esta Ley que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como flagrante aquél por el cual el agresor sea perseguido por la autoridad policial, por la mujer agredida, por un particular o por el clamor público, o cuando se produzcan solicitudes de ayuda a servicios especializados de atención a la violencia contra las mujeres, realizadas a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o fax, que permitan establecer su comisión de manera inequívoca, o en el que se sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, toda autoridad deberá y cualquier particular podrá, aprehender al agresor. Cuando la aprehensión la realizare

³⁴Cfr. en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 del 19 de marzo de 2007.

un particular, deberá entregarlo inmediatamente a la autoridad más cercana, quien en todo caso lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión.

Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley. En este supuesto, conocida la comisión del hecho punible el órgano receptor o la autoridad que tenga conocimiento, deberá dirigirse en un lapso que no debe exceder de las doce horas, hasta el lugar donde ocurrieron los hechos, recabará los elementos que acreditan su comisión y verificados los supuestos a que se refiere el presente artículo, procederá a la aprehensión del presunto agresor, quien será puesto a la disposición del Ministerio Público, según el párrafo anterior.

El Ministerio Público, en un término que no excederá de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la aprehensión del presunto agresor, lo deberá presentar ante el Tribunal de Violencia Contra la Mujer en Funciones de control, audiencia y medidas, el cual, en audiencia con las partes y la víctima, si ésta estuviere presente, resolverá si mantiene la privación de libertad o la sustituye por otra menos gravosa.

La decisión deberá ser debidamente fundada y observará los supuestos de procedencia para la privación de libertad contenidos en el Código Orgánico Procesal Penal, ajustados a la naturaleza de los delitos contenidos en la presente Ley, según el hecho de que se trate y atendiendo a los objetivos de protección de las víctimas, sin menoscabo de los derechos del presunto agresor.³⁵

Especial mención merece la parte *in fine* del artículo 190 de la Ley Orgánica de Drogas, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.510, del 15 de septiembre de 2010 (*una repetición del artículo 116 de la derogada Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*), el cual dispone:

³⁵Cfr. En la Exposición de Motivos de dicha Ley.

Artículo 190.- Identificación provisional de las sustancias. (...)

En los casos de detención flagrante de un individuo con dediles u otro tipo de envase en el interior de su organismo, bastará para fines de identificación con la radiografía u otro medio técnico o científico que se le practique, o el informe de los médicos de emergencia que lo hubiesen atendido, hasta tanto se haga la experticia toxicológica de las sustancias.³⁶

De otro lado, en lo relacionado con la protección de los bienes jurídico-penales de la seguridad y libertad personal, como de la privacidad del domicilio y todo recinto privado, también es dable acotar las normas del Código Penal que tipifican la privación ilegítima de libertad y la violación de domicilio por parte de funcionarios policiales, tal y como se regula en los artículos 183, sin olvidar otras normas de interés en este aspecto como el artículo 21 de la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos,³⁷ las cuales son del siguiente tenor:

Artículo 176.- El funcionario público que con abuso de sus funciones o quebrantando las condiciones o las formalidades prescritas por la ley, privare de la libertad a alguna persona, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a tres y medio años; y si el delito se ha cometido con alguna de las circunstancias indicadas en el primero y segundo apartes del artículo precedente, la prisión será de tres a cinco años.

³⁶Una norma similar, en la que se daba por sentado la existencia de flagrancia en orden a las diversas hipótesis de contrabando, se hallaba prevista en el artículo 9 de la derogada Ley Sobre el Delito de Contrabando, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.327, del 02 de diciembre de 2005, el cual establecía: «*Cuando conjuntamente con la aprehensión de mercancías, se produzca la detención flagrante de alguna persona en la comisión del delito de contrabando, se seguirá el procedimiento dispuesto en el Título II, del Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal*». Ello cambió en la vigente Ley Sobre el Delito de Contrabando (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.017, Extraordinario del 30 de diciembre de 2010), en cuyo artículo 33 (*Modos de proceder*), se previó: «*Los órganos con competencia en materia de contrabando conocerán de los supuestos previstos en esta Ley, de oficio o por denuncia de cualquier funcionario o funcionaria o particular, sin menoscabo de los casos de flagrancia, la cual se regirá conforme a lo establecido en el Código Orgánico Procesal Penal*».

³⁷Véase en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

En el caso previsto en el último aparte del artículo 174, la pena será de diez meses a dos años y medio.

Artículo 184.- El funcionario público que con abuso de sus funciones o faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, se introduzca en domicilio ajeno o en sus dependencias, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a dieciocho meses.

Si el hecho fuere acompañado de pesquisas o de algún otro acto arbitrario, la prisión será de seis a treinta meses.

Si consta que el culpable ha obrado por causa de algún interés privado, las penas se aumentarán en una sexta parte.

Artículo 21.- Violación de la privacidad de las comunicaciones. Toda persona que mediante el uso de tecnologías de información accedan, capture, intercepte, interfiera, reproduzca, modifique, desvíe o elimine cualquier mensaje de datos o señal de transmisión o comunicación ajena, será sancionada con prisión de dos a seis años y multa de doscientas a seiscientas unidades tributarias.³⁸

www.bdigital.ula.ve

³⁸En lo atinente a estos tipos penales, cabe precisar que en la Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.598 del 5 de enero de 2007, además de contener una norma sobre el procedimiento a seguir en los delitos flagrantes (*Artículo 29*), también establecía como faltas que ameritaban la destitución del funcionario policial: incumplir con lo previsto en la Constitución y las leyes, incurrir en privación ilegítima de libertad (*Artículo 69, ordinales 6º y 7º*), todo lo cual se encontraba determinado por los principios de actuación y de garantías de la investigación (*Artículos 4 y 5*). No obstante, ha de precisarse que en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, el cual derogó la citada Ley, si bien mantiene normas sobre el principio y las garantías de actuación (*Artículo 8*), el principio de respeto a los derechos humanos (*Artículo 12*), sobre lo que corresponde a competencia de los órganos de apoyo a la investigación penal, como identificar y aprehender a los autores de delitos en flagrancia (*Artículo 38, ordinal 4º*), al igual que en lo relacionado con el protocolo de actuación en los delitos flagrantes (*Artículo 46*), no contiene normas en relación a las faltas policiales y sus sanciones. Sólo se ha previsto una norma relacionada con el régimen disciplinario (*Artículo 71*), además de una disposición transitoria (*Séptima*) donde se hace mención a la creación de un equipo para atender denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de los funcionarios policiales. Otra norma de interés, es la prevista en el artículo 12 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.880 Extraordinario del 09 de abril de 2008, relacionada con el principio de actuación de respeto a los derechos humanos.

Finalmente, en el ámbito del ordenamiento jurídico venezolano, también se hace necesario referirnos a otras normas que tratan sobre la flagrancia y se hallan relacionadas con dicha categoría procesal. A saber, los artículos 7 de la Ley de Universidades y 196, 197, 201, 202, 204 y 205 del Código de Justicia Militar:

Artículo 7.- El recinto de las Universidades es inviolable. Su vigilancia y el mantenimiento del orden son de la competencia y responsabilidad de las autoridades universitarias; solo podrá ser allanado para impedir la consumación de un delito o para cumplir las decisiones de los Tribunales de Justicia.

Se entiende por recinto universitario el espacio precisamente delimitado y previamente destinado a la realización de funciones docentes, de investigación, académicas, de extensión o administrativas, propias de la Institución.

Corresponde a las autoridades nacionales y locales la vigilancia de las avenidas, calles y otros sitios abiertos al libre acceso y circulación, y la protección y seguridad de los edificios y construcciones situados dentro de las áreas donde funcionen las universidades, y las demás medidas que fueren necesarias a los fines de salvaguardar y garantizar el orden público y la seguridad de las personas y de los bienes, aun cuando estos formen parte del patrimonio de la Universidad.

Artículo 196.- El Juez de Instrucción acordará, cuando lo crea necesario, visitas domiciliarias en la habitación del indiciado o en cualquier otro lugar sospechoso con el objeto de dejar comprobado algún hecho. Las practicará a cualquier hora del día o de la noche y sólo se requiere la notificación y testigos cuando la visita se practique en algún Consulado. Vice-Consulado o Agenda Consular.

Artículo 197.- El allanamiento de personas, domicilio o papeles, fuera de los cuarteles o establecimientos militares, los ejecutará el Juez Militar, quien podrá, sin embargo, dar comisión para ello a las autoridades judiciales ordinarias, o a las de policía que fueren para ello competentes por la ley.

Artículo 201.- Ningún venezolano o extranjero, civil o militar, podrá ser detenido por las autoridades judiciales militares, sin que

preceda información sumaria de batane cometido un delito que merezca pena corporal, y orden escrita dada por el Juez competente.

Artículo 202.- Cuando de las diligencias sumariales aparecieren pruebas de la comisión de un delito militar y existan indicios de la culpabilidad de alguna persona, el Juez decretará su detención y la comunicará a la autoridad militar superior de la localidad, si el indiciado fuere militar: y si fuere civil, al Ministro de la Defensa, si el juicio se sigue en la capital de la República, o si se le sigue en otro lugar, a la autoridad militar de la localidad, para la ejecución de la detención, quienes para ello ocurrirán a la autoridad civil correspondiente.

Artículo 204.- Toda autoridad de la República está obligada a detener al autor de un delito militar sorprendido infraganti. El particular podrá igualmente detener a los culpables, y en caso de hacerlo, los entregará a la primera autoridad que encuentre, a fin de que sean puestos a la orden del funcionario militar competente.

Artículo 205.- Se considera delito infraganti:

1º.- El que se comete actualmente o acaba de cometerse.

2º.- Aquel por el cual el culpable se vea perseguido por la autoridad o señalado por la opinión pública; o se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho en el mismo lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el culpable.³⁹

Una norma particular sobre la flagrancia, de especial mención, es la contenida en el artículo 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores,⁴⁰ atinente al procedimiento para el reenganche y restitución de derechos de los trabajadores, cuyos ordinales 5º y 6º prevén:

³⁹Este Código de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.263, Extraordinario, del 17 de septiembre de 1998, contiene una norma de remisión del siguiente tenor: "... **Artículo 592.-** En la jurisdicción penal militar se aplicarán las disposiciones del Libro Segundo. Libro Tercero. Libro Cuarto y Libro Quinto del Código Orgánico Procesal Penal. No se aplicarán las disposiciones de los Títulos IV. VI y VII. del Libro Tercero de dicho Código...".

⁴⁰Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 6.076, Extraordinario, del 7 de mayo de 2012.

5º.-Si el patrono o patrona, sus representantes o personal de vigilancia, impiden u obstaculizan la ejecución de la orden de reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, el funcionario o funcionaria del trabajo solicitará el apoyo de las fuerzas de orden público para garantizar el cumplimiento del procedimiento.

6º.-Si persiste el desacato u obstaculización a la ejecución del reenganche y restitución de la situación jurídica infringida, *será considerada flagrancia* y el patrono, patrona, su representante o personal a su servicio responsable del desacato u obstaculización, serán puestos a la orden del Ministerio Público para su presentación ante la autoridad judicial correspondiente (Cursivas fuera del texto).

Tales ordinales, en el marco de los cuales se configura un supuesto legal de flagrancia se vinculan a otra norma penal de dudosa constitucionalidad contenida en dicha Ley:

Artículo 538. Causas de arresto.- El patrono o patrona que desacate la orden de reenganche de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral; el que incurra en violación del derecho a huelga, y el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades administrativas del trabajo, será penado con arresto policial de seis a quince meses. Esta pena, tratándose de patronos o patronas asociados o asociadas, la sufrirán los instigadores o instigadoras a la infracción, y de no identificarse a éstos o estas, se aplicará a los miembros de la respectiva junta directiva. El Inspector o Inspectora del Trabajo solicitará la intervención del Ministerio Público a fin del ejercicio de la acción penal correspondiente.

Este conjunto de normas, tenidas en cuenta a los efectos de esta investigación en cuanto bases constitucionales y legales, podrían denominarse como el *bloque de legalidad de la flagrancia*, las cuales, siguiendo a Delgado, han de interpretarse en cuanto al significado que las configura (1994: 51), acudiendo a los métodos de interpretación dogmática,

literal, teleológica y sistemática, en una hermenéutica conforme a la Constitución y en salvaguarda de la legalidad mediante el tipo o *Tatbestand* de la flagrancia. Claro está, en la salvaguarda de las libertades ciudadanas,⁴¹ en tanto que muchas de esas disposiciones legales integran el denominado sistema del juez (Alchouron y Bulygin, 1998), en cuanto normas secundarias (Mir, 2005), integrantes del tipo y la tipicidad procesal (Fiero-Méndez, 2005).

2.5.- Bases jurisprudenciales (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia)

Atendiendo a los objetivos específicos de la presente investigación, en este apartado se procura describir el estado actual de la praxis judicial de la flagrancia, en virtud de lo cual se han escogido un número de sentencias de las Salas de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, correspondientes al periodo que va del año 2000 al 2010, en el marco del cual puede advertirse el criterio predominante en la doctrina jurisprudencial de la flagrancia, bien de las referidas Salas, al igual que de los Tribunales de Instancia.

En este marco, en lo atinente a las decisiones que se han considerado como las más relevantes, se procede al abordaje de sentencias dictadas por las Salas de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en referencia al tópico de la flagrancia, tanto en el ámbito del Código Orgánico Procesal Penal, como en el de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Estas decisiones, son

⁴¹Sobre este *bloque de legalidad de la flagrancia*, es oportuno citar los artículos 2 y 5 de la Ley del Sistema de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.276 del 1 de octubre de 2009, el primero de los cuales da cuenta de los órganos, sujetos procesales y personas que integran el Sistema de Justicia, mientras que el segundo establece como uno de los principios de organización y funcionamiento del Sistema de Justicia el "... *sometimiento pleno a la ley y al derecho*...".

demostrativas de lo que ocurre en los Tribunales de Instancia, cuya praxis judicial no dista en mucho de lo que han venido decidiendo las antedichas Salas, debiendo poner de relieve que en muchas de tales decisiones se acogen como si la jurisprudencia pudiera tenerse como fuente principal del Derecho penal, en detrimento de la Ley y, por ende, de la legalidad penal.

En este sentido, en primer término, se citan las sentencias de la Sala de Casación Penal y, en segundo, las de la Sala Constitucional, con mención del supuesto de hecho y el motivo en atención al cual se produjeron, además de citar, algunas veces y en extenso, el razonamiento judicial dada la relevancia en orden al tema de investigación.

2.5.1.- Sentencias de la Sala de Casación Penal

Sentencia Nº 076 del 22 de febrero de 2002: en esta se resolvió un recurso de casación en atención al supuesto de una persona que habiendo sido llamada por funcionarios policiales mientras conducía un vehículo, procedió a la lanzar unos envoltorios contentivos de sustancias ilícitas, siendo que al ser abordado por los funcionarios, éstos comenzaron a contestar las llamadas que realizaban al teléfono de dicha persona con la aparente intención de adquirir tales sustancias. Por ello fue condenado por el delito de transporte y distribución de sustancias ilícitas, procediendo la defensa a interponer un recurso de casación, en cuya tercera denuncia se indicó que se había violado lo previsto en el artículo 48 de la Constitución de la República en cuanto a la tutela del secreto y la intimidad de las comunicaciones privadas.

En razón de lo argumentado por la defensa, la Sala de Casación Penal declaró con lugar dicha denuncia, aunque no hizo lo propio con los efectos de la casación en cuanto a la nulidad del fallo, ante lo que se expresó:

Pues bien: una vez analizada la presente denuncia, la Sala de Casación Penal considera que la defensa del imputado tiene razón al alegar que el acta del 3 de diciembre de 1999 (levantada por el representante del Ministerio Público y en la cual se dejó constancia de que supuestas llamadas recibidas por el teléfono celular del ciudadano imputado se referían al comercio ilícito de sustancias estupefacientes que él mantenía), tuvo un origen inconstitucional, ya que en las actas del expediente no consta que el fiscal haya solicitado y obtenido la autorización de un juez de control para poder interferir esas llamadas, como así lo establecía el artículo 235 del Código Orgánico Procesal Penal (hoy artículo 220). Ahora bien: ya establecido que efectivamente la referida acta del 3 de diciembre de 1999 (levantada por el representante del Ministerio Público) tuvo un origen inconstitucional, no debió haberse tomado en cuenta como un elemento probatorio de la comisión del delito. Por tal motivo, es ajustado a Derecho declarar nula dicha prueba y con lugar la presente denuncia. Así se decide.

Empero, aclara la Sala que la declaratoria con lugar de esta tercera denuncia no produce el efecto principal del recurso de casación, es decir, no produce la nulidad del fallo pues sería una casación inútil y se deben mantener y se mantienen los efectos condenatorios, porque hay otros plúmbeos elementos probatorios: declaración de los testigos ciudadanos (...); declaraciones de las expertas ciudadanas (...) sobre las experticias toxicológicas y de barrido al vehículo que conducía el ciudadano imputado; declaraciones de los funcionarios policiales ciudadanos (...) sobre la detención del imputado y de los objetos y sustancia decomisada; actas de las experticias de barrido del vehículo y toxicológica; y declaración de los funcionarios policiales (...). Esas potísimas pruebas habidas en el proceso de flagrancia seguido contra el ciudadano imputado (...), confirman palmariamente la comisión del delito de TRANSPORTE y DISTRIBUCIÓN ILÍCITA DE SUBSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por cuya comisión fue condenado. Sobre el delito flagrante dispone el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal: (...) Entonces: siendo que la naturaleza del delito flagrante presupone la notoriedad de los hechos y la indubitable identificación del imputado, es a todas luces inútil y contrario al principio de celeridad del proceso penal el anular el fallo dictado por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado

Mérida por la nulidad de esa prueba.
(<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/Febrero/076-220202-C010650.htm> Subrayado fuera del texto).

En esta decisión también se realizó un pronunciamiento sobre la impunidad y el ejercicio del poder coercitivo del Estado:

Uno de los efectos perniciosos de la impunidad, abstracción hecha del mal en sí que representa en lo ético, filosófico y jurídico, es el de su formidable efecto desmoralizador en la sociedad. El universo jurídico tiene la posibilidad lógica de ser desobedecido, con lo cual se desnaturaliza el Derecho y se frustra el bien común, para lo que hubo la ordenación a un fin último y más importante: el "telos". Contra el desconocimiento del "telos" (fin último o bien común) o violación del orden jurídico, ha de ponerse en práctica la coacción. El poder coactivo lo ejerce el Estado a través del Poder Judicial (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/Febrero/076-220202-C010650.htm>).⁴²

De lo señalado por la Sala, destaca lo relacionado con la necesidad de requerir orden judicial para la intervención de las comunicaciones privadas, colocando tal injerencia al margen de la noción de flagrancia, así como la declaratoria de nulidad de la información obtenida a través de la ilegal restricción sin orden judicial ni flagrancia, a pesar de mantener la sentencia condenatoria por el delito de distribución de sustancias ilícitas apreciado a partir de las llamadas recibidas. También es de hacer notar lo indicado en cuanto a que «*la naturaleza del delito flagrante presupone la notoriedad de los hechos*».

Sentencia N° 395 del 14 de agosto de 2002: en esta se decidió sobre un caso en el que unos funcionarios del CICPC ingresaron a la habitación de un hotel donde se hallaba una persona de la cual recibieron información en la que se indicaba que se dedicaba a transportar drogas ilícitas a Panamá. Con

⁴²En esta decisión, se consignó un voto salvado por parte de la ex Magistrada Blanca Rosa Mármod de León, pero en relación a la configuración del delito de distribución de sustancias ilícitas, señalándose que para ello no era suficiente la tenencia de la droga.

base en ello, los funcionarios se dirigieron al hotel e ingresaron a la habitación realizando el hallazgo de una cantidad de sustancias ilícitas, además de proceder a detener a la persona. Procedimiento éste, en virtud del cual la persona fue condenada por la comisión del delito de tráfico ilícito de dichas sustancias ilícitas, todo lo cual motivó el que la defensa interpusiera un recurso de casación alegando la violación de la garantía de inviolabilidad del domicilio, en cuanto, en criterio del defensor no se estaba ante la excepción de la flagrancia para ingresar a la habitación del hotel sin orden judicial. Recurso de casación el cual fue declarado sin lugar con la siguiente argumentación:

La Sala, para decidir, observa: Durante el allanamiento practicado en la habitación del Hotel Santa Bárbara, donde se encontraba hospedado el ciudadano (...) encontraron los funcionarios actuantes y dentro de un bolso de lona azul y negro, una bolsa de color amarillo en cuyo interior se descubrió cocaína con un peso total de ciento cuarenta y siete gramos. El recurrente en ambas denuncias cuestiona la validez del allanamiento mencionado porque fue realizado sin la respectiva orden judicial, por lo tanto la Sala pasa a resolverlas de manera conjunta. Al respecto es importante tomar en cuenta las disposiciones siguientes: Artículo 47 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: (...) Artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal: *“Artículo 225. Morada. Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez. Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1º. Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito; 2º. Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión; 3º. Para evitar la comisión de un hecho punible. (...) De modo que la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal autorizan a que sin orden judicial se realice un allanamiento para impedir la perpetración de un delito. Además, las declaraciones de los testigos presenciales en el allanamiento le otorgan eficacia probatoria. Por otra parte, el artículo 257 de la Constitución señala: (...) Así mismo, el boleto de transporte aéreo de la línea Copa Airlines que cubría la ruta Panamá-Caracas y Caracas-*

Panamá a nombre del ciudadano imputado y encontrado también en la habitación del hotel durante el allanamiento, no contribuye a demostrar la inocencia de éste en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes (*Subrayado fuera del texto*).⁴³

De sumo interés a los efectos de esta investigación, es el voto salvado emitido por la ex Magistrada, la Dra. Blanca Rosa Mármol de León, en el que con cita de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español en orden a los requisitos de la flagrancia, aunado al señalamiento según el cual no se configuró ninguna de las excepciones previstas en el citado artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal, expresó:

Quien suscribe (...), salva su voto por considerar que sí se vulneró la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio, en virtud de que se ingresó a la habitación del imputado sin estar en la presencia de un delito flagrante; y que por ello era necesario para los agentes policiales el solicitar la correspondiente orden de allanamiento. (...) Considero que en el presente caso no está dada la situación de flagrancia que sirvió a los funcionarios policiales como pretexto para irrumpir en la habitación del imputado, obviando la obtención de la correspondiente orden escrita del juez respectivo. Ello se evidencia de lo expuesto en el Acta Policial transcrita, donde los funcionarios practicantes del allanamiento expresan que, una vez recibida la llamada anónima en la que denunciaron que en el Hotel Santa Bárbara, habitación Número 4, ubicado en la calle 71 de la ciudad de Maracaibo se encontraba un ciudadano de nombre (...), quien se dedicaba a llevar drogas a Panamá; se trasladaron al Hotel a “**fin de verificar la información antes expuesta**”. Es menester precisar el concepto de delito flagrante, a fin de establecer si los agentes

⁴³ En relación a esta decisión, no ha de obviarse lo previsto en el citado artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998, aplicable al caso objeto de juzgamiento: «**Artículo 225. Morada.** Cuando el registro se deba practicar en una morada, establecimiento comercial, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, se requerirá la orden escrita del juez. Se exceptúan de lo dispuesto los casos siguientes: 1º Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en el lugar y existan sospechas manifiestas de que cometerán un delito; 2º Cuando se trate del imputado a quien se persigue para su aprehensión; 3º Para evitar la comisión de un hecho punible. La resolución por la cual el juez ordena la entrada y registro de un domicilio particular será siempre fundada. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden constarán, detalladamente en el acta».

policiales necesitaban o no orden de allanamiento para entrar en la habitación 4 del Hotel Santa Bárbara de la ciudad de Maracaibo. Se entiende por delito flagrante “el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos”. Así mismo delito flagrante “es el que no necesita prueba dada su evidencia”. Flagrante es “aquello que está ardiendo o resplandeciendo, es decir, aquella infracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, de manera que hace necesaria la urgente intervención a fin de que cese el delito y sus efectos”. Se requiere entonces, para que se establezca la flagrancia: 1.-La inmediatez temporal, que se esté cometiendo el delito o que se haya cometido instantes antes. 2.- Inmediatez personal, que consiste en que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación de relación con el objeto o instrumentos del delito que constituya prueba de su participación; y 3.-La necesidad urgente que justifique que los funcionarios actuantes se vean obligados de intervenir inmediatamente con el fin de determinar la actividad delictiva, deteniendo a los autores y aprehendiendo los efectos del delito. El delito flagrante, es la “situación fáctica en que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable su intervención”. La jurisprudencia española en relación al tema de estudio expresa: “...La Sala Segunda continúa perfilando el concepto. Así declara que flagrancia “exige la evidencia sensorial del delito”, “en el sentido de ser susceptible para cualquiera, por lo que no precisa otra prueba de su ejecución que el propio hecho de haber sorprendido al delincuente en tales circunstancias”, no debiendo confundirse evidencia con “sospechas que precisamente se pretendía confirmar con la diligencia del registro”.

De lo decidido por la mayoría de la Sala y del razonamiento contenido en el voto salvado, se desprende una de las líneas jurisprudenciales de la flagrancia, en virtud de la cual se entiende configurada a partir de la entrada y registro en recintos privados, con el subsiguiente hallazgo del objeto o evidencia de interés criminalístico que se procura. Esto es, a tenor de lo cual se construye un supuesto de flagrancia desde lo hallado en el registro previo y, de suyo, sin percepción sensorial.

Sentencia N° 375 del 23 de octubre de 2003: en el marco de la cual se decidió una solicitud de avocamiento resolviéndose sobre un supuesto de presunta comisión de los delitos de ocultamiento y retención de documento público previsto en el artículo 78 de la Ley Contra la Corrupción, presentándose en flagrancia a un ciudadano que trasladaba un expediente de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, previa acreditación de las autorizaciones respectivas, restringiéndole su libertad y sometiéndosele a interrogatorios por la extinta Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), lo que posteriormente fue declarado conforme a Derecho por un Tribunal de Control con un decreto de privación judicial preventiva de libertad, al considerar la existencia de un delito flagrante. Ante ello, la Sala decidió:

La flagrancia es demostrativa de que se está cometiendo o se acaba de ejecutar un delito y tal concepto no se corresponde con los hechos que han quedado expuestos. Por lo demás, es práctica común el traslado de expedientes entre tribunales, jueces, relatores y suplentes para el estudio del caso y posterior redacción de la sentencia. Bajo la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, igualmente, era muy común que al constituirse el tribunal con asociados o se pidiera consulta de asesor se remitiera a éstos el expediente contentivo del caso (artículo 288, único aparte, del citado Código). Igual ocurría con la figura del juez itinerante. Asimismo, durante mucho tiempo los Fiscales del Ministerio Público retiraban los expedientes de las sedes de los tribunales penales, para su estudio a los efectos de la formulación de cargos. Al no existir, en nuestra actual legislación procesal, prohibición expresa sobre la práctica señalada, el envío de expedientes fuera de la sede del tribunal, que preferiblemente debería hacerse mediante compulsas, no está tipificado como delito. (...) No se podría argumentar que era necesario decretar la detención del nombrado ciudadano para “asegurar una buena investigación de lo ocurrido”, pues, las pruebas que cursan en autos son demostrativas de la licitud de la conducta de (...) Además, tal medida, al afectar el principio de libertad durante el proceso (artículo 243 del Código Orgánico Procesal Penal), es de interpretación restrictiva (artículo 247 *ejusdem*). Es bien conocido que disposiciones que reconocen

derechos constitucionales *favor libertatis*, son de interpretación extensiva, como restrictivas aquellas, que se refieren a la excepción de esta regla.

Se trata, como se advierte de una sentencia interesante en atención a la cual se anula la decisión de un Tribunal de Control, dejando claro y sin lugar a dudas un criterio harto relevante en cuanto se afirma la imposibilidad de considerar la flagrancia sin la comisión de un delito. Además se pone de relieve el abuso policial, consistente en considerar un comportamiento delictivo muy a pesar de los permisos de los cuales disponía la persona para trasladar el expediente. Esto último que invita a tratar la flagrancia con respecto al concepto de delito, entendido como acción típica, antijurídica y culpable o injusto culpable. También merece destacar lo expresado por la Sala en cuanto a la interpretación extensiva del *favor libertatis* y, por contra, la restrictiva de las normas limitativas de la libertad.

Sentencia N° 358 del 28 de junio de 2007: en la que se decidió una solicitud de avocamiento por la defensa de unos funcionarios del CICPC privados de libertad por la presunta comisión de los delitos de extorsión frustrada, ocultamiento de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y uso indebido de arma de fuego, pues se afirma que los mismos tenían retenido a un ciudadano por el cual pedían una cantidad de dinero a sus familiares bajo la amenaza de que si no lo hacían le sembrarían drogas ilícitas que detentaban o lo mataban, ante lo cual los familiares procedieron a presentar una denuncia, lo que dio lugar a un inicio de investigación, siendo que el Tribunal de Control procedió luego a calificar los hechos como secuestro, ocultamiento de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y uso indebido de arma de fuego. La Sala señaló:

En la mencionada audiencia, el Ministerio Público acreditó la existencia de un hecho punible cuya acción no se encontraba prescrita y precalificó la conducta desplegada por los

aprehendidos en los delitos de Extorsión en grado de Frustración, Ocultamiento de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y Uso Indebido de Arma de Fuego; sin embargo, el juez de control, luego de escuchar la solicitud propuesta por el Fiscal del Ministerio Público y los argumentos expuestos por la defensa, se reservó un lapso de veinticuatro (24) horas para decidir, por lo que una vez concluida dicha oportunidad, convocó a las partes y desestimó la imputación impuesta por el Ministerio Público, atribuyéndole otro delito de mayor gravedad, como lo constituye el delito de secuestro, tal situación la realizó sin advertir antes a las partes y sin oír los alegatos de los mismos, en relación a esta nueva precalificación delictual e imponiendo una medida de privación de libertad.

A juicio de la Sala, tal situación infringió por falta de aplicación los artículos 49.1 Constitucional y 125 (numeral 1), por cuanto el imputado no tuvo oportunidad para defenderse del cambio de calificación jurídica que a todas luces causó un gravamen irreparable al imputado, pues la penalidad establecida para el delito de secuestro (20 a 30 años de prisión), impone legalmente al juez presuponer el peligro de fuga y sus consecuencias conforme al párrafo primero del artículo 251 y por ende, la aplicación de una medida privativa de libertad.

Si bien, la Sala de Casación Penal ha establecido en reiterada jurisprudencia que el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, no constituye un acto de imputación formal, por cuanto no es una oportunidad procesal para debatir sobre argumentos propios de la investigación sino para examinar y decidir sobre las circunstancias excepcionales que justifican o no, la aprehensión preventiva o la imposición de medidas cautelares que garanticen los resultados del proceso, en el presente caso, se advierte que la detención de los hoy acusados fue flagrante.⁴⁴

Puede señalarse que la presente decisión, allende lo señalado en la consideración de la flagrancia como un acto de imputación en el marco del procedimiento abreviado –*salvando el supuesto de la declaratoria de flagrancia y el decreto del procedimiento ordinario, caso en el cual, habrá de*

⁴⁴ En cuanto a esta decisión, la ex Magistrada Rosa Blanca Mármol de León salvó el voto, argumentando que habiéndose declarado con lugar el avocamiento y la nulidad de lo decidido en la audiencia de flagrancia, debió declararse la nulidad de las aprehensiones y la restricción de la libertad de los imputados, la cual, se afirmó no podía mantenerse; lo que también suscribió el Magistrado Coronado Flores en un voto concurrente.

procederse a la imputación formal-, sólo resulta relevante a los efectos de esta investigación en cuanto a la valoración de la flagrancia en tanto a la convalidación de la restricción de la libertad personal y, podría añadirse, de otros derechos.

Sentencia Nº 601 del 05 de noviembre de 2007: en esta se decidió sobre una solicitud de avocamiento por razón de la restricción de la libertad de un adolescente ante la presunta comisión de los delitos de porte ilícito de arma de fuego, homicidio intencional simple y homicidio intencional simple a título de cooperador inmediato, en un supuesto en el cual se afirma que los funcionarios aprehensores –del CICPC- recibieron una llamada anónima en la que informaron sobre personas consumiendo licor y sustancias ilícitas y que al llegar al lugar dieron la voz de alto a quienes allí se encontraban, procediendo a perseguirlos con lo cual se afirmó que el adolescente accionó un arma de fuego, realizando dos disparos a la comisión. En este sentido, se decretó la inadmisibilidad del avocamiento, señalándose:

Ahora bien, la Sala de Casación Penal constató (de los recaudos anexos a esta solicitud), que de los hechos imputados por el Ministerio Público y de las actuaciones policiales, se desprende que el adolescente (se omite el nombre por razones de ley), fue detenido presuntamente como producto de una persecución policial y en la cual se incautó un arma de fuego, configurándose la aprehensión en flagrancia, ya que se trata de un hecho inmediato y presenciado en forma directa (persecución policial), con un elemento probatorio (incautación del arma de fuego), que genera una relación instantánea entre el hecho, el agente y el delito. Aunado a este hecho, el Fiscal del Ministerio Público, le solicitó al Tribunal de Control una orden de aprehensión (vía telefónica y que fue ratificada el 17 de mayo de 2007), ya que el mencionado adolescente aparecía involucrado en otras causas por delitos de homicidio, razón por la cual se acordó la medida privativa de libertad, no evidenciándose una privación ilegítima de libertad, que haya vulnerado sus derechos fundamentales, que

pongan en peligro la imagen del Poder Judicial y que haga admisible la presente solicitud de avocamiento.⁴⁵

Como se advierte del supuesto anterior y del razonamiento de los tribunales involucrados en la decisión comentada, la flagrancia no es lo que motiva la actuación policial, así como tampoco se actuaba con orden judicial, salvo en lo dicho con respecto a una orden de aprehensión solicitada por vía telefónica –*por necesidad y urgencia*–, en un caso tan carente de evidencias en cuanto a la flagrancia. Por ello pudiera referirse una duda con respecto a la aparente siembra de un arma de fuego, todo lo cual dio lugar al decreto del procedimiento ordinario. Por lo demás, según se advierte de la decisión comentada, pareciera una flagrancia provocada por los funcionarios policiales.

Sentencia N° 603 del 05 de noviembre de 2007: en la que se admitió un recurso de casación ante una sentencia condenatoria por el delito de secuestro, siendo que en las denuncias se alegó la nulidad de la sentencia al estar fundada en un procedimiento policial sin estar en flagrancia y sin la existencia de orden judicial, en una de cuyas denuncias se alegó la violación de ley por indebida aplicación del artículo 248 del COPP.⁴⁶ En este orden, se expresó:

⁴⁵Con relación a esta decisión la ex Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, salvó el voto señalando que debió revisarse el expediente a los efectos de precisar si el adolescente fue detenido por una orden de aprehensión o en flagrancia.

⁴⁶ El supuesto de hecho referido por la Sala es el siguiente: "... En fecha 15-03-2006 (...) cinco personas adultas, portando armas de fuego irrumpe (...) Panadería y Heladería (...) proceden a secuestrar a su propietario (...), no sin antes sustraer la cantidad de treinta millones de bolívares en efectivo (...) los plagiarios huyen del lugar del suceso (...) los plagiarios demandan mediante llamadas telefónicas (...) la cantidad de novecientos millones de bolívares (Bs.900.000.000,00) para la liberación del secuestrado (...) iniciadas las averiguaciones por el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (...) se traslada y constituye la comisión policial (...) en fecha 31-03-2006 (...) al fundo (...), donde logran el rescate del ciudadano (...), a quienes sus plagiarios tenían escondidos en una cueva situada en una zona montañosa, no sin antes oponer férrea resistencia los secuestradores haciendo armas en contra de la comisión Policial, quienes en resguardo de su integridad física neutralizan a tres de los secuestradores (...) quienes fallecen en el sitio

En la primera denuncia, se observa que los recurrentes alegaron, la violación de la ley por falta de aplicación del artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, que se refiere a la definición de la aprehensión por flagrancia. Ahora bien, la Sala señala, que la aprehensión por flagrancia descrita en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, no tiene carácter jurisdiccional, y el órgano judicial con competencia exclusiva de calificarla o no, es el Tribunal de Control, que además es el encargado de determinar el procedimiento a seguir (abreviado u ordinario) y las medidas que se deban acordar según el caso lo amerite. Es por ello, que la referida disposición legal, no puede ser infringida por la alzada, en virtud de que a la misma, no le corresponde su determinación, por la tanto, no puede haber violentado la ley, el fallo (recurrido) de la Corte de Apelaciones por falta de aplicación de la supra citada norma. Así mismo, la Sala de Casación Penal, ha establecido en reiteradas jurisprudencias, que los recurrentes no pueden por vía del recurso de casación, procurar que se analicen incidencias propias de primera instancia, impidiéndosele atacar conjuntamente las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones y por el Juzgado de Control.

De lo referido, se destaca lo señalado por la Sala en cuanto a que no puede discutirse en casación lo relacionado con la flagrancia, por ser ello materia de la respectiva audiencia ante el Tribunal de Control, en razón de lo cual si existió o no flagrancia, en criterio de la Sala de Casación Penal, pareciera no ser relevante a los efectos de la casación del fallo condenatorio dictado con apoyo en pruebas que han dimanado de la flagrancia.

Sentencia N° 303 del 1 de julio de 2008: se trató esta decisión de la declaratoria sin lugar de una solicitud de avocamiento, en atención a la cual se alegó la lesión del debido proceso por falta de imputación formal en orden a un procedimiento de entrega vigilada acordado conforme al artículo 32 de

del suceso; a su vez logran la incautación de tres armas de fuego (...) logando (sic) la aprehensión flagrante de secuestradores (...) personas señaladas por la víctima de ser sus cuidadores y quienes les suministraban alimentos y bebidas durante los quince días que duró su cautiverio...”.

la derogada Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada,⁴⁷ a tenor de lo cual derivó una acusación por los delitos de concusión, agavillamiento y resistencia a la autoridad previstos en La Ley Orgánica Contra la Corrupción y el Código Penal. En este caso, la Sala expresó que el procedimiento de investigación establecido en el citado artículo 32 comportaba una situación evidente de flagrancia por lo que no hacía falta la imputación formal. No obstante, en el voto salvado del ex Magistrado Aponte Aponte se rechazó la equiparación del procedimiento de investigación de la citada ley especial con la flagrancia.

Sentencia N° 447 del 11 de agosto de 2008: emitida con relación a una solicitud de avocamiento donde se valoró la flagrancia en la presunta comisión de los delitos de resistencia a la autoridad, extorsión y asociación para delinquir, a tenor de unos hechos consistentes en que una persona le pidió a un tercero una cantidad de dinero a los fines de no publicar información en prensa que podían dañar su imagen. En virtud de lo cual se

⁴⁷Esta norma, contenida en el Capítulo III del Título III de la Ley Contra la Delincuencia Organizada (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005, reimpressa en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.789 Extraordinario del 26 de octubre de 2005*), era del siguiente tenor: «**Artículo 32.** *En caso de ser necesario para la investigación de algunos de los delitos establecidos en esta Ley, el Ministerio Público podrá, mediante acta razonada, solicitar ante el juez de control la autorización para la entrega vigilada o 12 controlada de remesas ilícitas de bienes a través de agentes encubiertos pertenecientes a los organismos especializados de seguridad del Estado venezolano. En los casos de extrema necesidad y urgencia operativa el fiscal del Ministerio Público podrá realizar, sin autorización judicial previa, el procedimiento especial de técnica policial establecido en este artículo y de manera inmediata notificará al juez de control por cualquier medio de dicha actuación, debiendo en un lapso no mayor de ocho horas, en acta motivada, formalizar la solicitud. El incumplimiento de este trámite será sancionado con prisión de cuatro a seis años, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil en que se incurra*» (Subrayado en cursivas fuera del texto).

Norma ésta, que ha sido modificada en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 del 30 de abril de 2012*), en cuyo artículo 66 se exige la orden judicial, al preverse el primer aparte de dicha norma lo siguiente: «*En los casos de extrema necesidad y urgencia operativa el o la fiscal del Ministerio Público podrá obtener por cualquier medio la autorización judicial previa, el procedimiento especial de técnica policial establecido en este artículo y de manera inmediata formalizará por escrito la solicitud al juez o jueza de control*» (Subrayado en cursivas fuera del texto).

dictó una orden de inicio de investigación, lo que motivó la acción policial de unos funcionarios que acudieron a presenciar la entrega de dinero, siendo que al momento de llegar al lugar la persona que acababa de recibir el sobre con la cantidad de dinero, al ser sorprendido, lo tiró sobre la mesa, tornándose violento. Ante ello se decidió:

Si bien la libertad, en cuanto derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico venezolano, no puede sufrir excepciones por razones de eficacia en la lucha contra el delito, no es menos cierto que la vulneración de tal derecho sólo se producirá cuando se hayan transgredido los límites del mismo, debiendo recordarse que la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es exclusiva del órgano jurisdiccional, esto es, corresponde al Tribunal de Control la decisión sobre el mantenimiento o no de la libertad en casos de flagrancia. (...) En el caso bajo análisis, hay que considerar que el delito flagrante se caracteriza por lo siguiente: a) la evidencia, como situación fáctica en la que sujeto activo es sorprendido en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito; y b) la urgencia, porque tal situación delictiva exige de forma inexcusable una inmediata intervención. De manera que, en casos de delitos flagrantes tampoco es dable el acto de imputación ante la sede del Ministerio Público, pues la imputación formal se cumplió por la Fiscalía en el Tribunal de Control ante la aprehensión flagrante del imputado.

Del texto de la decisión, además de haberse establecido el criterio de que la audiencia de flagrancia comporta una modalidad de imputación, a la par de dar cuenta de los requisitos de la flagrancia en lo que respecta a la percepción sensorial, al exigir la evidencia fáctica del delito que se está cometiendo, lo que implica la ineludible relación de inmediatez y la consiguiente necesidad y urgencia de intervención sin orden judicial. También se indicó que la libertad como valor y derecho, si bien no puede sufrir afectaciones por exigencias de eficientismo en la lucha contra el delito, no obstante ello, puede restringírsela cuando alguien se excede en el ámbito de acción de dicha libertad.

Sentencia Nº 457 del 11 de agosto 2008: acá se decidió una solicitud de avocamiento denunciando la detención policial de una persona por estar presuntamente involucrada en un secuestro y haberle encontrado un uniforme militar en su domicilio, al cual se ingresó sin orden judicial, quien al ser interrogado sin presencia de defensor le indicó a los funcionarios que había participado en el delito, además de llevarlos –*con consentimiento*– a un lugar donde habían armas de fuego. En esta decisión se declaró con lugar la solicitud de avocamiento por no haberse imputado formalmente al imputado, expresándose:

En el presente caso, la peticionante señala en su escrito de avocamiento diversas irregularidades en el proceso seguido contra su defendido, entre las cuales destaca que: la presente investigación se encuentra viciada desde su inicio, ya que en primer lugar se practicó un allanamiento en una vivienda que no era la señalada en la orden emitida para tal fin, que lo incautado en ese domicilio no constituye delito alguno ni se encuentra relacionado con ninguna investigación, que la comisión que practicó el allanamiento se llevó detenido a su defendido, sin orden de detención, ni haberse sorprendido *in fraganti*, infringiéndose de esta manera el debido proceso y el derecho a la defensa (...)

Asimismo, señala en su escrito que su defendido, ciudadano imputado (...), fue detenido ilegalmente, siendo torturado y obligado a declarar en su contra, para luego utilizar su declaración e imputarlo (...). Por otra parte, señala la formalizante que lo incautado por la comisión policial que practicó el allanamiento no constituye delito alguno, y que por tanto la detención de su defendido se encuentra viciada, pues no había orden de detención ni se trataba de un delito flagrante (...)

Al respecto, considera la Sala, y así quedó asentado por el Juzgado Segundo de Control en la Audiencia de Presentación de Imputados, que si bien es cierto, la detención del ciudadano (...) se realizó en violación al artículo 44, numeral 1, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debiendo declararse la nulidad de la misma, por cuanto no existía ni orden de

aprehensión ni fue sorprendido in fraganti, pues no es menos cierto que, el allanamiento se realizó con motivo a la averiguación signada con el expediente (...), por uno de los delitos Contra la Libertad Individual (**SECUESTRO**).

Posteriormente, al ser presentado el imputado en dicha Audiencia de Presentación, los Fiscales del Ministerio Público solicitaron Medida Privativa Preventiva de Libertad (en base a un cúmulo de elementos de convicción llevados a cabo con anterioridad a dicha detención (...))

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció en un caso muy particular lo siguiente: *“...esta Sala advierte que la privación judicial preventiva de libertad, tiene como fundamento la ocurrencia de un hecho punible que merezca tal sanción; que la acción penal no se encuentre evidentemente prescrita, que existan fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión del hecho punible y que exista una presunción razonable -por la apreciación de las circunstancias del caso en particular- de que exista un peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto a un acto concreto de investigación, lo que implica que dicha medida puede decretarse aún en el supuesto que un Tribunal de Control no estime que exista delito flagrante en la audiencia oral respectiva...”* (Sentencia N° 2176, del 12-09-2002).

De lo antes expuesto, considera la Sala, que efectivamente dicha Medida Privativa Preventiva de Libertad, impuesta al ciudadano imputado (...) se aplicó a pesar de haberse decretado la nulidad sólo en cuanto a la detención, pues no existió orden de aprehensión ni había delito flagrante, no obstante, al haberse realizado la Audiencia de Presentación de Imputados, consideró el Juzgado Segundo de Control que tal solicitud Fiscal, debía ser acordada en base a las argumentaciones antes expuestas, y no como lo plantea la defensa que fue sólo con fundamento a la declaración (extrajudicial) rendida por el prenombrado ciudadano, al momento de su detención, lo cual sabemos que la misma no tiene validez sino fuese hecha ante un Juzgado de Primera Instancia correspondiente, debiendo estar asistido por un defensor, y habiéndosele informado de sus derechos y garantías constitucionales y procesales.⁴⁸

⁴⁸ En esta decisión, el Magistrado Héctor Manuel Coronado Flores consignó un voto concurrente en el que señaló: «*si bien estoy de acuerdo con la decisión de la Sala en cuanto*

De esta decisión puede destacarse, el que si bien se decretó la nulidad de la aprehensión de la persona del imputado al haberse restringido su libertad sin orden judicial y sin estar ante un supuesto de flagrancia, no obstante así se decretó la privación judicial preventiva de libertad en audiencia.

Sentencia N° 703 del 16 de diciembre de 2008: con esta decisión se declaró con lugar una solicitud de avocamiento en una causa seguida a una persona por la presunta comisión de los delitos de secuestro, uso indebido de uniformes militares y posesión de armas de municiones para armas de fuego (460 y 214 del Código Penal y el artículo 9 de la Ley de Armas y Explosivos), luego de un allanamiento realizado por el CICPC, en el que se concretó el hallazgo de prendas de vestir propias de los militares, municiones de armas de fuego. Allanamiento que se realizó por una información obtenida del interrogatorio de un detenido en el CICPC en relación al contenido en su teléfono celular, donde fue señalado el justiciable que fue aprehendido con motivo del allanamiento. Ante ello, se indicó:

a reponer la causa al estado que el Ministerio Público realice la imputación formal, considero que no se debió mantener la medida privativa de libertad al ciudadano (...) Al respecto, el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal, establece: “La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, conlleva la de los actos consecutivos que del mismo emanaren o dependieren. Sin embargo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, salvo cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía establecida en su favor...”. (Subrayado del Magistrado que suscribe este voto concurrente). Conforme a la transcrita disposición, la declaratoria de nulidad de un acto conlleva la nulidad de los actos y efectos que le siguen. Las nulidades por defectos esenciales de tipo absoluto, cuya consecuencia es la nulidad del acto y de los actos que se dieron a futuro, implican la reposición de la causa al estado que se ejecutó la actividad afectada (...) En consideración de quien disiente, al haberse dictado la medida de privación judicial preventiva de libertad, al haberse mantenido dicha medida en la audiencia de presentación a la cual hace referencia el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal y al haberse retrotraído el proceso a una etapa anterior como lo es la imputación formal, mal podía entonces mantenerse la medida de privación judicial preventiva de libertad del ciudadano (...) En mi criterio, la decisión de la Sala de mantener la medida de privación judicial preventiva de libertad del prenombrado ciudadano, vulnera el derecho a la libertad individual, como un valor superior y un derecho fundamental, consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer que “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea detenida in fraganti».

Asimismo, la Sala de Casación Penal, deja constancia que en la referida Audiencia de Presentación de Imputados, el Juzgado Sexto de Control, no calificó la detención del imputado (...), como flagrante, considerando que no estaban llenos los extremos legales establecidos en el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, acordando en consecuencia la Aplicación del Procedimiento Ordinario, por ser más garantista, y en razón de que tanto el Ministerio Público como la defensa, requerían de diversas diligencias de investigación.

Ahora bien, sobre este particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, estableció en un caso muy similar lo siguiente: *“... esta Sala advierte que la privación judicial preventiva de libertad, tiene como fundamento la ocurrencia de un hecho punible que merezca tal sanción; que la acción penal no se encuentre evidentemente prescrita, que existan fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión del hecho punible y que exista una presunción razonable -por la apreciación de las circunstancias del caso en particular- de que exista un peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto a un acto concreto de investigación, lo que implica que dicha medida puede decretarse aún en el supuesto que un Tribunal de Control no estime que exista delito flagrante en la audiencia oral respectiva...”*(Sentencia N° 2176 del 12 de septiembre de 2002).

La Sala igualmente observa que, los formalizantes solicitaron la suspensión inmediata del proceso llevado contra su defendido, pues los elementos incautados en su residencia no constituyen delito alguno, y que se ordene al Ministerio Público a que realice el acto formal de imputación, cumpliendo en este sentido con los derechos y garantías constitucionales y procesales que la Ley establece para estos supuestos.⁴⁹

⁴⁹En esta decisión la ex Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, también salvó el voto señalando: «Considero que en los casos en los que ha sido presentada una persona, presuntamente involucrada en un hecho delictivo y aprehendida en el momento de su comisión o momentos después de ello (flagrancia o cuasi flagrancia), sólo puede ser sujeta a medida privativa de libertad cuando ha sido calificada la flagrancia, y no cuando en un procedimiento iniciado como flagrancia, el juez de control considera que no están llenos los extremos para así decretarlo, y por ello ordena que se siga el procedimiento ordinario, lo que implica la plena libertad del sujeto y la realización del acto de imputación ante la sede del Ministerio Público, tal como si hubiera sido iniciado desde la fase de investigación. (...) Por ello, cuando se realiza la aprehensión de un ciudadano por flagrancia sin haberse decretado la calificación de flagrancia, esa detención resulta ilegal y en contravención del

Puede apreciarse de esta decisión, que la Sala obvió pronunciarse sobre la nulidad de las pruebas obtenidas por razón de una ilegal restricción de libertad, así como por un allanamiento realizado con orden judicial, pero con fundamento en una información obtenida de una intervención en la privacidad de las comunicaciones –*intervención telefónica*- y de un interrogatorio de un imputado sin presencia de defensor. Así las cosas, apenas se limitó a declarar con lugar el avocamiento por falta de imputación formal.

Sentencia N° 714 del 16 de diciembre de 2008: en la cual la Sala vuelve a pronunciarse sobre una solicitud de avocamiento a favor de una persona juzgada por la presunta comisión de los delitos de homicidio intencional simple y lesiones intencionales graves a título de cooperador inmediato, en el contexto de cuyo proceso penal se detuvo al justiciable sin haberlo sorprendido en flagrancia ni haber precedido orden judicial, solicitándose un *habeas corpus*, el cual fue declarado con lugar, además de denunciar el hecho de ser enviado a juicio sin haber mediado imputación formal. En esta oportunidad, la Sala declaró con lugar el avocamiento, con la subsiguiente nulidad de la acusación, manteniendo la medida cautelar dictada en contra del accionante, expresando:

Vemos entonces como en el presente caso, tal y como quedó anotado, contra el ciudadano (...) fue acordada una medida de coerción personal sin haber sido impuesto, previamente, de la investigación incoada en su contra por parte del Ministerio

artículo 44.1 de la Constitución de la República, que dispone lo siguiente: (...) Ahora bien, cuando se procede a la aprehensión de un ciudadano en flagrancia, debe entenderse que todos los elementos que se tienen hasta ese momento son suficientes para el esclarecimiento de la verdad de los hechos, para luego proceder a la celebración del juicio oral, mientras que, cuando se opta por el procedimiento ordinario, es porque aún no existen suficientes elementos de convicción en la comisión del delito que se investiga, y por ello es necesario una orden de aprehensión para detener a una persona de lo contrario, la privación de libertad que ocurra en esos casos se encuentra viciada de nulidad absoluta por violación a las garantías constitucionales sobre la libertad y el debido proceso, lo cual deberá traer como consecuencia, no sólo la nulidad de la detención realizada, sino también los actos subsiguientes. Por ello estimo que la privación de libertad que pesa sobre el nombrado ciudadano, se encuentra viciada de nulidad absoluta, por violación a las garantías constitucionales sobre libertad y el debido proceso».

Público. Información que no le era dable omitir al Representante Fiscal, al no verificarse la excepción **de extrema necesidad y urgencia** contemplada en la parte *in fine* del artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.⁵⁰

Como se advierte, se trató de un supuesto en el cual se privó de libertad a una persona, sin orden judicial, sin flagrancia y sin haber concurrido el supuesto especial previsto en la normativa procesal en lo atinente a *necesidad y urgencia*.

Sentencia N° 205 del 14 de mayo de 2009: con motivo de esta decisión se decidió un recurso de casación en atención a un supuesto de hecho en el que luego de una denuncia del 11 de mayo de 2006, de un secuestro en fecha 10 de mayo de 2006, en fecha 21 mayo de 2006, funcionarios del CICPC, realizaron una inspección en una finca, dejando constancia en un acta de investigación penal de haber ingresado en dicho lugar a partir de una

⁵⁰De igual manera, en relación a esta decisión la ex Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, salvó el voto: «La declaración de nulidad de actos, conlleva la nulidad de los actos subsiguientes, en tal razón, las medidas restrictivas de la libertad dictadas con ocasión a los actos que posteriormente son declarados nulos, no tienen sustento legal por encontrarse afectados por el vicio que dio lugar a la nulidad. (Constitución Artículo 44.1 en concordancia con los artículos 190, 191 y 196 del Código Orgánico Procesal Penal). Y siendo las medidas restrictivas aplicables excepcionalmente, deben encontrarse sustentadas no sólo en el derecho del estado a ejercer el iuspuniendi, pues éste se encuentra supeditado a los principios del Derecho Penal que controlan dicho ejercicio, que puede resultar desproporcionado en cuanto a la relación estado-justiciable, de allí que los errores o vicios producidos en su aplicación conllevan necesariamente la nulidad del acto y sus consecuencias. (...) Las situaciones que se pueden presentar al respecto de la condición de imputado, las excepciones para la información de tal condición al ciudadano investigado y el dictamen de las medidas restrictivas al respecto, pueden resumirse en los siguientes supuestos: (...) 3) Cuando en un procedimiento iniciado por flagrancia es detenida una persona, se pueden presentar a su vez dos supuestos: 1.1.- Que sea declarada la flagrancia por cuanto todos los elementos probatorios fueron recabados y por ello corresponda el pase directo a juicio, en consecuencia se pueden dictar medidas restrictivas de la libertad (privativa o sustitutiva de la libertad). La imputación en este caso se realiza en el acto de presentación en la audiencia para calificar la flagrancia. (Artículo 44.1 de la Constitución y Segundo aparte del artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal). 1.2.- Que no sea calificada la flagrancia, por cuanto no se dan las condiciones para declarar el pase directo a juicio, porque faltan diligencias por practicar, en este caso no procede dictar medida restrictiva alguna de libertad. La imputación en este caso debe realizarse ante la sede del Ministerio Público, por cuanto ha sido declarada la prosecución de la investigación por el procedimiento ordinario. (Parte *in fine* del artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal)».

sospecha consistente en que eventualmente había personas involucradas con el secuestro. También se dice que dejaron constancia de haberse entrevistado con una persona que se hallaba en la casa de la finca, quien les manifestó que su esposo le ordenaba preparar comida para cinco personas y que tenían a una persona secuestrada, procediendo los funcionarios a ir al lugar donde presuntamente estaba el secuestrado, dándose un enfrentamiento con personas, cuatro de las cuales murieron.

En este sentido, la Sala de Casación Penal se expresó en cuanto a la decisión de la Corte de Apelaciones:

Los ciudadanos (...) en el escrito contentivo del recurso de casación adujeron como punto previo la nulidad de todas las actuaciones practicadas en la presente causa conforme a lo preceptuado en los artículos 190 y 191 del Código Orgánico Procesal y advirtieron lo siguiente:

“... denunciarnos la flagrante violación del artículo 47 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) se determina que la necesidad de una orden de registro de los inmuebles privados es “la norma”. Igualmente, que la regla es que el hogar doméstico es inviolable y ella (sic) se refleja sobre todo lugar habitado por las personas como asientos permanentes de sus vidas, o establecimientos comerciales que sirvan de asiento o residencia temporal de las personas. La intromisión en estos sitios requiere una previa orden de allanamiento (...) en la presente causa, no estamos en presencia de las excepciones señaladas en los ordinales 1° y 2°, del artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal (...) no cumplieron con los requisitos legales para el allanamiento de morada como lo es, la respectiva orden judicial emanada de un Juez, corroborándose con ello la violación de Principios, Derechos y Garantías Constitucionales (...)

Ahora bien: las solicitudes referidas a la declaratoria de nulidad de un acto procesal están sometidas a lapsos preclusivos sólo en aquellos casos que el acto afectado de nulidad pudiese ser convalidado y las solicitudes relativas a una nulidad no convalidable, como la alegada por el solicitante, en principio, pueden ser planteadas en cualquier oportunidad, por ser

denunciables en cualquier estado y grado del proceso y en virtud de la gravedad, así como la trascendencia del defecto que vicia el acto. Sin embargo, las partes no pueden pretender impugnar un fallo a través de una solicitud de nulidad, cuando éste es objeto de los recursos de apelación o de casación, según la instancia en que se encuentre el proceso penal. Así lo ha sostenido la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en sentencia N° 201, de fecha 19 de febrero de 2004, con ponencia del Magistrado JOSÉ MANUEL DELGADO OCANDO (...). En tal sentido, la Sala Penal declara improcedente la solicitud de nulidad alegada por la defensa de los acusados.

Como puede observarse, se está ante una situación relacionada con la declaratoria con lugar de la flagrancia, legitimante de la entrada en un recinto privado, en orden a la investigación de un delito de secuestro, en virtud de lo cual se argumentó por parte de la defensa que la entrada en dicho recinto era nula y, por tanto, todos los elementos de prueba encontrados. Sin embargo, la Sala despachó lo planteado acudiendo a un criterio en razón del cual se afirma que en casación está impedido plantear nulidades absolutas, pues en criterio de la Sala ello debió plantearse en instancias previas, lo que parece haber tenido lugar, pero sin éxito por parte de la defensa.

Por lo demás, en este caso, y en cierto modo, se valoró la flagrancia en razón de la permanencia del delito de secuestro, el cual, en tanto delito permanente, sin duda alguna, se perpetra todos los días mientras se mantenga el cautiverio de la persona secuestrada.

2.5.2.- Sentencias de la Sala Constitucional

Sentencia N° 717 del 15 de mayo de 2001: en este caso se resolvió sobre un amparo interpuesto contra una decisión de una Corte de Apelaciones que a su vez había anulado la decisión de un Tribunal de instancia el cual había declarado la nulidad de un procedimiento policial en el que se produjo el hallazgo de sustancias ilícitas a partir de la entrada y registro en un recinto

privado sin orden judicial, previa denuncia anónima –por vía telefónica- de que se estaba cometiendo un delito. En este orden se expresó:

Así, considera esta Sala, que la fundamentación esgrimida al respecto por la Corte de Apelaciones, en su decisión, obedece al espíritu de la Suprema Ley. En efecto, si bien el artículo 47 constitucional, al prever la inviolabilidad del hogar doméstico, el domicilio y todo recinto privado, estableció de manera categórica que “[n]o podrán ser allanados, sino mediante orden judicial, para impedir la perpetración de un delito o para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales”. Interpretar, únicamente, que en virtud de tal disposición, siempre para la realización de un allanamiento a un determinado domicilio, será necesaria la existencia de una orden judicial que lo autorice, sería llegar a la exageración de suponer que, aun hasta para el caso de fuerza mayor o estado de necesidad, se requiera la referida orden. La norma no prevé nada al respecto, pero no por ello, en el caso de auxilio inmediato, solicitado o no, de riesgos para la vida o seguridad de las personas, o de otros supuestos análogos, la entrada al domicilio o recinto de que se trate, por parte de funcionarios policiales o cualquier otro agente de autoridad, e incluso de un particular, debe ser considerado como una vulneración a su inviolabilidad, pues se está ante uno de los supuestos en que es necesario preservar unos derechos sobre otros, igualmente constitucionalmente protegidos.

Debe entenderse, entonces, de acuerdo con el precepto constitucional en referencia, que la orden judicial es la regla, resultando sin embargo, posible su limitación dependiendo del ámbito de que se trate (civil o penal), pues debe estudiarse en cada caso cuándo se le debe dar supremacía a éste ante otros derechos fundamentales, y viceversa, dado que puede ocurrir que el mismo, como un derecho particular pretenda sobreponerse a un derecho de orden colectivo, como la salud pública.

En tal sentido, debe advertirse que en el ámbito penal, el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio, están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 225, pues existe el supuesto, como en el caso de autos, no contemplado en dicha norma legal, en el cual tampoco resulta necesaria la orden judicial, que es cuando la persona que habita determinado domicilio o morada, autoriza o consiente voluntariamente su ingreso a ella, lo cual obedece al

deber que tiene todo ciudadano de la República de colaborar con la justicia como expresión de los principios de solidaridad y corresponsabilidad social que orientan el nuevo orden institucional y social del Estado actual, y que se encuentran previstos en el artículo 135 constitucional.

Así, en atención a lo expuesto, el consentimiento o la autorización del habitante, debe constar en la respectiva acta, (...)

Lo expuesto conduce a esta Sala a afirmar que, dada la fe de autenticidad que le brinda la sola rúbrica del Fiscal Auxiliar del Ministerio Público que intervino en el allanamiento practicado al acta que lo contiene, esta Sala, al igual que lo hizo la Corte de Apelaciones, debe dar por cierto el consentimiento asentado en la misma, y el que haya sido otorgado por los ciudadanos identificados en dicha acta, razón por la cual, comprobada la autorización para ingresar al domicilio de una de las imputadas, que no hace necesaria la orden judicial, esta Sala considera que la sentencia accionada no incurrió en la violación del derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico, y así se declara.

Por otra parte, se observa que la cuestionada sentencia tampoco incurrió en violación del derecho a la libertad personal, pues es evidente que el artículo 44 constitucional alegado, admite una excepción a la detención mediante orden judicial, y, ésta es, la flagrancia, la cual efectivamente, se constata en el caso de autos del contenido del acta relativa al allanamiento, que al efecto fue transcrita por el Juzgado Ad quem, al establecer en ella que los agentes policiales y el Fiscal auxiliar y los testigos, en ella identificados, se trasladaron "...a los sitios indicados y amparados en el artículo 225, ordinales 1 y 3 del COPP" procedieron a practicar la visita domiciliaria", pues, se entiende que hay flagrancia no sólo cuando se sorprende al imputado en plena ejecución del delito, o éste lo acaba de cometer y se le persigue por ello para su aprehensión, sino cuando se le sorprende a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que es él autor. En el presente caso, se dejó constancia en el acta de que los vecinos del sector les indicaron a los funcionarios policiales que, en el domicilio donde se practicó el allanamiento, estaban entrando personas extrañas que probablemente procederían a comprar drogas, y al ingresar los funcionarios al mismo pudieron constatar, según se desprende del acta, que existían elementos que hacían presumir la comisión de un delito relacionado con

estupefacientes, razón por la cual esta Sala desestima el presente alegato, y así se declara (Subrayado fuera del texto).

De lo decidido por la Sala, se está ante la aplicación de la definición legal de la flagrancia, tanto por la extensión de la misma a supuestos tendientes a salvaguardar la salud pública, como el hecho de ampliar la noción de cuasi-flagrancia (*flagrancia de ficción legal*), al supuesto de lo encontrado luego de una entrada y registro en domicilio privado sin orden judicial. También se advierte una ampliación de lo previsto en el artículo 47 de la Constitución, en cuanto éste no contempla la figura del consentimiento como un medio de acceder al hogar doméstico o el recinto privado sin orden judicial y sin flagrancia.

Así las cosas, la Sala Constitucional, después de hacer mención a lo señalado por la Corte de Apelaciones en cuanto a la contraposición de intereses individuales subyacentes de la tutela de la inviolabilidad del domicilio y la protección de las personas ante el delito, cede el interés individual, argumentando que no podía dejarse impune un delito de lesa humanidad como el de ocultamiento de sustancias ilícitas, debiendo asegurarse la tutelarse la justicia, la salud pública y el desarrollo integral de quienes conforman la sociedad, aunado a lo indicado en orden a que los funcionarios no actuaron coactivamente pues las personas consintieron en que entraran al interior de la vivienda, dado que a tenor de lo dicho por la Corte de Apelaciones los funcionarios no actuaron de forma coactiva, por lo que la Sala Constitucional señaló:

En ese orden de ideas, al analizar el contenido del acta que refería la visita domiciliaria cuestionada, la Corte de Apelaciones consideró que la comisión policial junto al Fiscal del Ministerio Público y los testigos instrumentales, se presentaron en las viviendas donde explicaron el motivo de su visita, fueron recibidos y les permitieron el acceso a las viviendas, para lo cual no actuaron de forma coactiva, pues el allanamiento a que se refiere

el Código Orgánico Procesal Penal obedece a una intromisión en el hogar o recinto privado en contra de la voluntad de las personas que en él se encuentran, y ello, en el presente caso, no ocurrió.

Acá conviene hacer un paréntesis en la idea de referir lo afirmado por Maier, al comentar dos decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la ciudad de Buenos Aires (*en uno de cuyos razonamientos judiciales se apela al consentimiento en cuanto releva de la orden judicial cuando el mismo es aceptado voluntariamente, de modo que ni siquiera habría allanamiento por virtud del consentimiento en virtud del cual los funcionarios no actúan contra la voluntad de titular del bien jurídico afectado con la restricción de la entrada y registro policial*):

Lo que no puede ocultarse tras la aceptación del consentimiento es el intento de evitar el control judicial sobre la procedencia del allanamiento, control que debe realizarse aun frente a los allanamientos urgentes, permitidos sin orden, y para el que el juez debe colocarse al juzgarlos, necesariamente, en el lugar y en el momento en que obró el funcionario que autorizó el procedimiento. Múltiples allanamientos que hoy se llevan a cabo carecerían de sentido, como aquellos fundados sólo en “informaciones confidenciales” o denuncias anónimas, condiciones bajo las cuales un juez no debería autorizar el ingreso en un domicilio (1985: 69. Subrayado en cursivas fuera del texto).⁵¹

⁵¹No puede pasarse por alto la similitud de la argumentación dada por la Corte de Apelaciones y la Sala Constitucional, así como el supuesto de hecho juzgado, consistente en un allanamiento sin orden judicial consecuencia de una denuncia anónima. Así lo destaca Maier en lo atinente a uno de los razonamientos judiciales, según el cual: «“El allanamiento” que menciona el texto constitucional, significa entrar por la fuerza a una casa ajena o contra la voluntad de su dueño. Por consiguiente, si existe voluntad de permitir el ingreso, no hay allanamiento ni necesidad de orden que lo disponga”. “El consentimiento del interesado y el allanamiento serían entonces las dos caras de una misma moneda: el ingreso a una morada ajena, que puede realizarse o por la voluntad del titular o contra ella (allanamiento)”» (1985: 67). En este particular, conviene referir lo previsto en el ordinal 3º del artículo 190 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, en lo que respecta a registros nocturnos a practicar en lugares cerrados, pero de acceso al público, prevé: «**Artículo 190. Registros nocturnos.** Los registros en lugares cerrados, aunque sean de acceso público, podrán ser practicados también en horario nocturno, dejando constancia del motivo en el acta, en los supuestos siguientes: (...) 3º En el caso que el interesado o interesada, o su

Sentencia N° 2580 del 11 de diciembre de 2001: dictada con ocasión de un recurso de revisión de una sentencia de amparo constitucional en la que se planteó un *habeas corpus* y una nulidad absoluta en cuanto a una persona detenida por funcionarios de la Guardia Nacional en el aeropuerto internacional de Maiquetía, con lo cual fue sometido a revisión intra-corporal produciéndose el hallazgo de drogas ilícitas. Se argumentó que dicha persona fue detenida sin orden judicial y sin estar ante una situación de flagrancia, por lo que la revisión corporal realizada en atención a ese procedimiento era nula. Razón por la cual, después de citar la definición legal de flagrancia contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, la Sala decidió:

Observa la Sala que, según la norma anterior, la definición de flagrancia implica, en principio, cuatro (4) momentos o situaciones:

1. Delito flagrante se considera aquel que se esté cometiendo en ese instante y alguien lo verificó en forma inmediata a través de sus sentidos.

La perpetración del delito va acompañada de actitudes humanas que permiten reconocer la ocurrencia del mismo, y que crean en las personas la certeza, o la presunción vehemente que se está cometiendo un delito.

Es esa situación objetiva, la que justifica que pueda ingresarse a una morada, establecimiento comercial en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado, sin orden judicial escrito de allanamiento, cuando se trata de impedir su perpetración (artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.558 Extraordinario del 14 de noviembre de 2001).

Ahora bien, existen delitos cuya ejecución se caracterizan por la simulación de situaciones, por lo oculto de las intenciones, por lo subrepticio de la actividad, y en estos casos la situación de flagrancia sólo se conoce mediante indicios que despiertan sospechas en el aprehensor del supuesto delincuente.

representante preste su consentimiento expreso, con absoluta libertad» (Subrayado fuera del texto).

Si la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante a la situación. (...)

De acuerdo a la diversidad de los delitos, la sospecha de que se está cometiendo y la necesidad de probar tal hecho, obliga a quien presume la flagrancia a recabar las pruebas que consiga en el lugar de los hechos, o a instar a las autoridades competentes a llevar a los registros e inspecciones contempladas en los artículos 202 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal.

2. Es también delito flagrante aquel que “*acaba de cometerse*”. En este caso, la ley no especifica qué significa que un delito “*acabe de cometerse*”. Es decir, no se determina si se refiere a un segundo, un minuto o más. En tal sentido, debe entenderse como un momento inmediatamente posterior a aquel en que se llevó a cabo el delito. Es decir, el delito se cometió, y de seguidas se percibió alguna situación que permitió hacer una relación inmediata entre el delito cometido y la persona que lo ejecutó. Sólo a manera de ejemplo, podría pensarse en un caso donde una persona oye un disparo, se asoma por la ventana, y observa a un individuo con el revólver en la mano al lado de un cadáver.

3. Una tercera situación o momento en que se considerará, según la ley, un delito como flagrante, es cuando el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público. En este sentido, lo que verifica la flagrancia es que acaecido el delito, el sospechoso huya, y tal huída da lugar a una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por el grupo de personas que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se unieron a los perseguidores. Tal situación puede implicar una percepción indirecta de lo sucedido por parte de aquél que aprehende al sospechoso, o puede ser el resultado de la percepción directa de los hechos, lo que originó la persecución del sospechoso.

4. Una última situación o circunstancia para considerar que el delito es flagrante, se produce cuando se sorprenda a una persona a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde ocurrió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir, con fundamento,

que él es el autor. En este caso, la determinación de la flagrancia no está relacionada con el momento inmediato posterior a la realización del delito, es decir, la flagrancia no se determina porque el delito “*acabe de cometerse*”, como sucede en la situación descrita en el punto 2. Esta situación no se refiere a una inmediatez en el tiempo entre el delito y la verificación del sospechoso, sino que puede que el delito no se haya acabado de cometer, en términos literales, pero que por las circunstancias que rodean al sospechoso, el cual se encuentra en el lugar o cerca del lugar donde se verificó el delito, y, esencialmente, por las armas, instrumentos u otros objetos materiales que visiblemente posee, es que el aprehensor puede establecer una relación perfecta entre el sospechoso y el delito cometido. (...)

Así pues, puede establecerse que la determinación de flagrancia de un determinado delito puede resultar cuando, a pocos minutos de haberse cometido el mismo, se sorprende al imputado con objetos que puedan ser fácilmente asociados con el delito cometido. En tal sentido, para que proceda la calificación de flagrancia, en los términos antes expuestos, es necesario que se den los siguientes elementos: 1. Que el aprehensor haya presenciado o conozca de la perpetración de un delito, pero que no haya determinado en forma inmediata al imputado. 2. Que pasado un tiempo prudencial de ocurrido el hecho, se asocie a un individuo con objetos que puedan fácilmente relacionarse en forma directa con el delito perpetrado. 3. Que los objetos se encuentren en forma visible en poder del sospechoso. Es decir, es necesario que exista una fácil conexión entre dichos objetos o instrumentos que posea el imputado, con el tipo de delito acaecido minutos o segundos antes de definida la conexión que incrimine al imputado.

Ahora bien, en los tres (3) últimos casos señalados anteriormente, la flagrancia se determina en forma posterior a la ocurrencia del delito. Es decir, luego de que la comisión del delito sucede, se establecen las circunstancias en que por inmediatez o por otras razones se puede hacer una conexión directa entre el delito y aquella persona que lo cometió. Sin embargo, como ya lo señaló la Sala, puede existir flagrancia cuando se está cometiendo un delito y el mismo es percibido por cualquier persona. Puede existir el caso, por ejemplo, donde un funcionario policial o una persona cualquiera observen en la vía pública que una persona apunta a otra con un arma y se apodere de sus bienes.

Ahora bien, en el caso objeto de la presente decisión, las autoridades públicas respectivas privaron la libertad de un individuo, en virtud de que por la actitud nerviosa de dicho individuo existía una sospecha fundada de que el mismo transportaba sustancias estupefacientes ilegales dentro de su organismo. Es decir, los funcionarios policiales percibieron una situación que implicaba que un delito flagrante que se caracteriza por su ocultamiento, se estaba produciendo por parte del sospechoso; y como corolario de sus sospechas, trataron de valorar los elementos que probaban el delito y justificaban sus presunciones. Posteriormente, en un centro médico asistencial, se comprueba que efectivamente dicho individuo transportaba dentro de su organismo dediles que contenían una sustancia estupefaciente prohibida, y con ello la flagrancia quedaba totalmente establecida. (...)

Un asunto distinto al planteado con relación a la flagrancia, es el referente a la extracción de los dediles, u otro objeto, del organismo humano, en vista a la previsión del artículo 46 numeral 3 Constitucional, el cual reza que: “Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontraba en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley”, cuyo incumplimiento convertirá a las pruebas obtenidas por esos procedimientos en ilegítimas a tenor del artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal o nulas, de acuerdo al numeral 1 del artículo 49 Constitucional, que señala: “Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”.

No se ha planteado en esta solicitud de revisión, lo concerniente a la obtención de las pruebas del tráfico de estupefacientes, si los dediles fueron reconocidos o simplemente constatados como cuerpos extraños mediante radiografías, radioscopias, etc. Pero la posible nulidad o ilegitimidad de la prueba es asunto a tratarse en el juicio, si se violaron o no las normas sobre los exámenes corporales (exámenes médicos -expertos auxiliares- prevenidos en el artículo 209 del Código Orgánico Procesal Penal).

En el presente caso, ciertamente, es con posterioridad a la captura del sospechoso, que se verifica la existencia de dediles de cocaína dentro de su estómago. Sin embargo, los funcionarios que lo detuvieron apelaron a su experiencia, para determinar la sospecha de que el hoy recurrente estaba cometiendo un delito flagrante, un delito que se caracteriza por la acción continuada

subrepticia de quien lo perpetra; y de inmediato -sin interrupción en apariencia, ya que ello no se conoce en el caso ante la Sala- cumplieron los requisitos exigidos por el Código Orgánico Procesal Penal para la actividad probatoria

Visto lo anterior, la Sala afirma que en el presente caso, aun cuando, según los alegatos del solicitante, no se llevó a cabo la detención previa orden judicial correspondiente, sí se verificó la existencia del elemento flagrancia, con lo cual se llena uno de los dos supuestos previstos en el artículo 44 de nuestro texto constitucional, razón por la cual esta Sala declara inadmisibile el recurso de revisión interpuesto(Subrayado fuera del texto).⁵²

De la emblemática sentencia, destacan algunas líneas y criterios jurisprudenciales de los Tribunales Penales de Instancia. Sobre manera lo relativo a lo que siempre se argumenta en cuanto al delito de ocultamiento de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en tanto que en dichos supuestos siempre se configura la flagrancia después del hallazgo de dichas sustancias ilícitas. Por lo demás, cuando en la citada sentencia se dice que «*puede existir flagrancia cuando se está cometiendo un delito y el mismo es percibido por cualquier persona*», pareciera hablar del supuesto de flagrancia real o propiamente dicha como si se tratase de una excepción, cuando en realidad se trata de la versión más ajustada al concepto de flagrancia, denominada como real.

Quizá sea por esta valoración, en virtud de la cual la Sala comienza a explicar la flagrancia como una situación que tiene lugar a partir de actitudes humanas que dan certeza o presunción a terceros de que se está

⁵²En relación a esta decisión no ha de olvidarse lo referido en cuanto a un eventual fallo en orden a la intervención corporal: «*Ahora bien, ciertamente existe el dilema sobre qué hubiese sucedido si el individuo al cual se le privó de su libertad no se le hubiese verificado la existencia de la sustancia ilegal dentro de su estómago. Pues, ciertamente, las autoridades policiales están obligadas a garantizar y respetar el derecho a la libertad personal e incluso a la dignidad de los ciudadanos. Sin embargo, de cualquier forma, en el caso de que las autoridades policiales, administrativas o incluso judiciales incurran en errores, todo ciudadano posee el derecho de demandar la indemnización de daños y perjuicios, y así lo establece la Constitución en su artículo 49*».

cometiendo un delito; o delitos que por lo subrepticio de su comisión provocan por vía de indicios la sospecha de que se están cometiendo; lo que también puede tener lugar, en criterio de la Sala, a través de la experiencia de los funcionarios, los cuales previa indagación o pesquisa puede “descubrir” la flagrancia.

Sentencia N° 1613 del 16 de junio de 2003: en la que se conoció una acción de amparo contra una decisión que decretó el procedimiento ordinario, a pesar de que el Ministerio Público pidió el abreviado. Caso en el cual se declaró parcialmente con lugar la acción de amparo, indicándose:

Ahora bien, el punto fundamental de la acción de amparo que dio origen a la decisión objeto de la presente apelación consiste en la posibilidad o no de seguir un procedimiento ordinario cuando el Ministerio Público solicitó el procedimiento abreviado y el juzgado de control que conoció el caso determinó la flagrancia en la comisión del delito.

Siendo que en el presente caso la representación del Ministerio Público solicitó la tramitación del procedimiento abreviado y siendo que el tribunal del control calificó el delito imputado al accionante como flagrante, resulta evidente que se cumplieron con los extremos exigidos por la norma para la procedencia del proceso abreviado; por lo cual resulta evidente que la decisión accionada en amparo incurrió en una violación del derecho al debido proceso del accionante.

En relación a esta decisión, interesa poner de relieve el criterio en virtud del cual se deja claro que es al Ministerio Público a quien corresponde solicitar el procedimiento ordinario en casos en los cuales se decreta la flagrancia, lo cual es de relevancia para dar cuenta de un proceder que lejos de constituir la excepción se ha convertido en la regla.

Sentencia N° 649 del 04 de abril de 2004: en la cual se juzgó un supuesto en el que se decretó la nulidad de una decisión de calificación de flagrancia del 28 de diciembre de 2002, con la subsiguiente libertad plena de los

imputados, a propósito de la apelación de uno de los imputados, ordenándose una nueva audiencia de flagrancia en decisión del 30 de enero de 2003, en la idea de calificar la flagrancia y debatir las razones por las cuales se solicitó la medida de coerción personal, lo que fue objeto de un amparo al considerarse que ya había transcurrido un tiempo considerable sin que pudiera hablarse de flagrancia, un año después, además de argumentar que las personas se encontraban en libertad. Ante ello, la Sala expresó:

Se advierte, que el hecho de que un Tribunal de Control estime la existencia de un delito flagrante, que conlleve la prosecución del proceso penal por el procedimiento abreviado, no quiere decir que se deba decretar, por ese hecho, la privación judicial preventiva de libertad. Para que se dicte esa medida de coerción personal, el Tribunal debe analizar y señalar que se encuentran cumplidos los requisitos exigidos por el Código Orgánico Procesal Penal, para su procedencia, lo que significa, en caso contrario, que si estima que esos supuestos de procedencia no se encuentran satisfechos, puede ordenar, al considerar la flagrancia, la libertad del aprehendido.

En este caso, lo que importa reseñar es lo decidido en cuanto a que la declaratoria con lugar de la aprehensión en flagrancia no hace necesario el dictado de la prisión preventiva.

Sentencia Nº 2294 del 24 de septiembre de 2004: en la que se declaró la improcedencia de una acción de amparo con relación a una decisión que se dice legitimó un procedimiento donde se incautaron objetos y se privó de libertad a los imputados en el marco de la presunta comisión del delito previsto en el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. A tal efecto, la defensa planteó que funcionarios de la Guardia Nacional ingresaron a un local en horas de la madrugada en la ejecución de un allanamiento sin orden judicial, bajo el argumento de que se estaba cometiendo un delito, siendo que el Tribunal de instancia decidió que los funcionarios ingresaron para impedir la comisión de

un delito conforme al ordinal 1º del artículo 210 del COPP, en virtud de lo cual se decidió:

Al respecto, advierte la Sala que, sin perjuicio de las alegaciones que la actual parte accionante opuso contra la justificación que se dio de la referida incursión, lo cierto es que consta en autos y no ha sido desvirtuado por ninguna de las partes, que, en el inmueble donde fue ejecutada la referida medida de allanamiento, se encontraban en curso actividades que encuadraban en el tipo legal que describe el artículo 54 de la Ley para el Control de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. En tal situación, resulta indudable que, como se trata de un delito que acarrea pena privativa de libertad, la situación, según el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, era de flagrancia, en la cual la autoridad estaba obligada a aprehender *“al sospechoso”* o a los sospechosos y, por tanto, no se trataba un allanamiento *stricto sensu*, razón por la cual no estaba sujeta a las formalidades que, en materia de dicho acto de investigación, prescribe el Código Orgánico Procesal Penal. Así las cosas, estima esta Sala que fue conforme a derecho, y no lesionó ilegítimamente derecho fundamental alguno, la actuación de la autoridad que participó en la predicha incursión, de acuerdo con la segunda excepción que establece el artículo 210 del referido código procesal (...).

Como se aprecia de la decisión antedicha, la Sala declaró conforme a Derecho el procedimiento policial, argumentado que se trataba de un supuesto de flagrancia a tenor del ordinal 2º del artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal, a pesar de que el Tribunal de Instancia había decretado con lugar la flagrancia, pero en razón de lo previsto en el ordinal 1º de dicha norma.

No obstante, por los hechos referidos en la sentencia, de ninguna manera puede apreciarse la configuración de la flagrancia y, por tanto, de la necesidad de impedir la comisión de un delito, menos aún la de encontrarse, en el caso concreto, ante la persecución de un imputado a quien se procuraba para su aprehensión.

Sencillamente se trata de una entrada ilegal sin orden judicial, legitimada a través de la ampliación del concepto de flagrancia por vía de la extensión de las excepciones previstas en la norma del allanamiento. Una vez más, de una flagrancia construida a partir del hallazgo de lo que se investigaba, sin que existiera necesidad y urgencia de intervención para excluir la solicitud de orden judicial para la entrada y el registro del local cerrado.

Sentencia N° 747 del 05 de mayo de 2005: motivada por razón de una acción de amparo interpuesta contra una decisión en la que se decretó la privación judicial de una persona ante la presunta comisión del delito de distribución de sustancias ilícitas, en la cual se declaró con lugar una calificación de flagrancia a partir de una entrada y registro realizado por razón de una llamada donde se informó que una persona distribuía tales sustancias. En efecto, se concretó la entrada y el registro por parte de funcionario policiales con el hallazgo de drogas ilícitas. Se alegó que al no mediar orden judicial ni existir flagrancia la actuación policial era nula y, por ende, la privación de libertad decretada con pruebas ilícitas”, además de indicar que habiendo recibido la denuncia telefónica los funcionarios debieron requerir la respectiva orden judicial de allanamiento.

La Sala dejó constancia de lo decidido por el Tribunal de Control, en orden a que los funcionarios practicaron un allanamiento como procedimiento *urgente y necesario*, sorprendiendo a los imputados en situación de flagrancia, lo que aunado a cumplir con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 210 del COPP, se había concretado con dos testigos hábiles, señalando:

Que debe, igualmente, tenerse en consideración que cuando se trata de los delitos graves que enumera el artículo 271 de la Constitución, la acción penal es imprescriptible; así, ante la existencia de dos normas de rango constitucional, tiene

preeminencia la que declara la imprescriptibilidad de la acción para el enjuiciamiento penal de las actividades delictivas calificada como de lesa humanidad, sobre aquélla que declara la inviolabilidad del hogar doméstico.

También puso de relieve lo decidido por la Corte de Apelaciones, al declarar improcedente el amparo interpuesto por la defensa:

1.7. Que el de la inviolabilidad del domicilio no es un derecho absoluto que deba considerarse por encima de los derechos colectivos; que dicho derecho no “no puede erigirse en una traba infranqueable para la persecución de los delitos de tráfico y distribución de drogas que causan grave daño a la salud pública, y en tal sentido debe entenderse, como lo ha afirmado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (...) que: ‘...en el ámbito penal la inviolabilidad del hogar doméstico admite excepciones, que como tal, en principio están contempladas en el Código Orgánico Procesal Penal’ ”; (...)

1.9. Que, en el caso *sub examine*, con base en una llamada telefónica (*notificacriminis*) que fue recibida el 26 de septiembre (*sic*), la autoridad policial, en actuación de acuerdo con los artículos 112, 210 y 284 del Código Orgánico Procesal Penal, en correspondencia con el artículo 47 de la Constitución, ingresaron al hogar de los quejosos de autos, quienes fueron sorprendidos en flagrante comisión de uno de los delitos que describe la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas; que la actividad policial arrojó un resultado positivo;

1.10. Que, de acuerdo con la doctrina dominante, la flagrancia supone que esté en curso el desarrollo de una conducta que la ley describa como delictiva, que los partícipes sean sorprendidos en evidente ejecución de la misma y que “esté dada una inmediatez personal y espacial, entre los aprehendidos y los objetos, instrumentos o efectos materiales del ilícito; que el delito merezca pena privativa de libertad y que la intervención sea necesaria para interrumpir la consumación del ilícito (necesidad de intervención inmediata)”; supuestos estos que se encuentran presentes en la situación que se examina; por consiguiente, debía concluirse que los funcionarios policiales actuaron de acuerdo con las excepciones que la Constitución y la Ley admiten al requisito de orden judicial previa para la realización del allanamiento del hogar doméstico u otro recinto privado.

Siendo que ante tales argumentaciones la Sala Constitucional se expresó en los siguientes términos:

No obstante la calificación que, de allanamiento, dieron el Ministerio Público y el Tribunal de Control, a la actuación de la autoridad policial, que ha quedado descrita anteriormente, así como a la justificación legal que el referido órgano jurisdiccional dio a dicho procedimiento, lo cierto es que dicha autoridad policial dio respuesta a una denuncia sobre la comisión, en curso, de un delito.

En tales circunstancias, tal actuación debe ser subsumida, más bien, en el supuesto de flagrancia, bajo el cual la Constitución y la Ley dispensan al funcionario de la necesidad de obtención de orden judicial previa de privación de la libertad (artículos 44.1 de la Constitución y 248 del Código Orgánico Procesal Penal); asimismo, en tal situación de urgencia, que, en casos como el presente, implica, para la autoridad policial, el deber de impedir la comisión o la continuación en la comisión de una conducta típicamente antijurídica; mayormente, si se tiene en cuenta, en el caso que se analiza, que, de acuerdo con lo que aparece acreditado en autos, el delito cuya ejecución –o continuación en la ejecución- debía impedirse, era, en definitiva, el de ocultamiento de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, tal como lo advirtió la legitimada pasiva y no fue refutado por la Defensa de los actuales quejosos. Se trataba, entonces, de un delito permanente, calificación que emana del contenido no controvertido de los autos, la cual lleva la convicción de que la conducta de los funcionarios policiales estuvo adecuada a la situación de comisión actual de un delito de acción pública y que tiene señalada pena corporal privativa de libertad, en otros términos, a una situación de flagrancia, bajo la cual era deber de aquéllos la aprehensión de los imputados, así como impedir la comisión –o la continuación de la misma- de dicho hecho punible. Bajo tales circunstancias, entonces, se concluye que la actuación de la autoridad policial fue bajo una situación de flagrancia, razón por la cual no le era requerido el cumplimiento de las formalidades que prescribe el artículo 210 de la predicha ley procesal (Subrayado fuera del texto).

De lo decidido por la Sala, al igual que por el respectivo Tribunal de Control y la citada Corte de Apelaciones, la persecución penal de los delitos de drogas ilícitas –*considerados para el momento como delitos de lesa*

humanidad,⁵³ tiene una connotación especial, al punto de darle preeminencia a los derechos colectivos en relación a los derechos individuales, en tanto presupuesto político de cara a la garantía de la seguridad ciudadana, argumentado en otras decisiones de la Sala Constitucional. Con lo cual, la garantía de la inviolabilidad del hogar doméstico y el recinto privado, si bien no puede tenerse por absoluta, lo cual es cierto, no obstante, de ningún modo habilita restringir dicha garantía sin orden judicial ni flagrancia, como se ha concretado en el caso de marras configurando la flagrancia luego del hallazgo de las sustancias ilícitas. De hecho, como se advierte de lo señalado por el Tribunal de Control, la sorpresa del delito “flagrante” se ha verificado una vez que los funcionarios ingresaron al recinto privado. Todo lo cual fue legitimado por la Sala, bien alegando que se había recibido una llamada telefónica de se estaba cometiendo un delito en curso, ora que el delito de distribución versaba sobre un delito permanente, sin que ello sea así y muy a pesar de que no se halló a ninguna persona en el acto de distribuir tales sustancias.

Sentencia N° 130 del 01 de febrero de 2006: en esta importante decisión, que desdice muchos de los criterios jurisprudenciales aquí comentados, se declaró con lugar un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra unas normas del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yaracuy (publicado en la Gaceta Oficial de esta entidad federal, signada con el N° 1730, de fecha 18 de agosto de 1986), se partió del razonamiento fundamental sobre la libertad personal, en virtud de lo cual se dijo:

Ahora bien, resulta oportuno destacar que en sentencia del 29 de mayo de 2003 (N° 1372, dictada en este mismo caso, con ocasión

⁵³Criterio que ha sido atemperado en la sentencia N° 1859 del 18 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta lo establecido en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal en lo que respecta a los delitos de drogas de menor cuantía (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/173408-1859-181214-2014-11-0836.HTML>).

del pronunciamiento sobre la posible perención de la instancia), la Sala sostuvo, sin pretender menospreciar el resto de los derechos, que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual –se destacó- que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos.

De hecho -y así lo resaltó también la Sala en ese fallo del 29 de mayo de 2003-, existe una acción especial que sirve para proteger la libertad personal: el habeas corpus. Basta recordar –y asimismo lo hizo la Sala- que durante la vigencia de la Constitución de 1961, si bien erradamente se entendió que no podía existir la acción de amparo mientras no se hubiera dictado la ley que la regulase, no se negó la procedencia del hábeas corpus, acción de tanta importancia que el propio Constituyente le dedicó una norma especial, en la que reguló ciertos aspectos procesales. De esta manera, la libertad personal es principio cardinal del Estado de Derecho venezolano.

Otro de esos principios cardinales es el de la reserva legal. Así, la historia constitucional venezolana ha venido marcada por la permanente previsión de una reserva de ley a favor del Poder Nacional, inspirada en las más avanzadas corrientes políticas y jurídicas, a fin de evitar que ciertas materias de especial trascendencia sean reguladas por órganos distintos al Parlamento, depositario de la voluntad popular -según la concepción clásica-, ni por actos diferentes a la ley, único texto -también según la doctrina clásica- rodeado de las garantías imprescindibles para legitimar la imposición de conductas a la población. (...)

La razón de esa reserva legal al Poder Nacional es evidente, sobre todo al pensar en la realidad histórica en que surgió dicho principio: la tipificación de ciertas conductas como punibles debe venir rodeada de las máximas garantías, y la mayor de ellas es la de ser establecida por el propio pueblo a través de los representantes que ha elegido y por un acto con vocación de estabilidad y que es fácilmente conocido por todos, como es la ley. Así, ningún órgano distinto de la Asamblea Nacional (o el Presidente de la República, en caso de mediar habilitación) ni un acto que carezca de rango de ley (nacional) servirían para garantizar efectivamente la protección que merece el individuo y

la necesidad de conocer con precisión las posibles consecuencias penales de sus conductas. (...)

No puede olvidarse que la libertad personal es un derecho inalienable de todos los venezolanos y extranjeros que residen en el territorio de la República. De ella sólo puede privarse o únicamente puede ser restringida con razón suficiente: la comisión de un hecho que la ley nacional (la sociedad, a través de sus representantes parlamentarios o excepcionalmente el Presidente de la República) ha calificado como delictual. (...)

Pero no se trata sólo de un asunto de reserva legal. La relevancia del derecho a la libertad personal implica la necesidad de una garantía adicional: la imposición de las penas a que haya lugar sólo es competencia del Poder Judicial. Así, respecto de las penas sólo pueden actuar el legislador nacional y los jueces: el primero para reglar la situación y el segundo para castigar al culpable según la tipificación previa. (...)

De los cinco cardinales del transcrito artículo 44 de la Constitución interesan en esta causa los dos primeros, pero en especial el 1, según el cual: “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso”.

En ese cardinal se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al derecho a la libertad:

- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.
- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in fraganti*.
- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.

Ese artículo impone una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una

persona. De hecho, la garantía del juez natural presupone la existencia de un juez. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.

Precisamente a ese aparato administrativo, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda una labor básica en relación con la justicia: la de colaborar con ella. Las fuerzas de policía son, en realidad, imprescindibles en la labor de los tribunales penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes.

Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quién lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos) y sus medios deben ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes.

Ahora bien, la relevancia de las competencias de los cuerpos policiales no elimina su carácter de órganos auxiliares de los órganos que imparten justicia (los jurisdiccionales). Los órganos de policía tienen competencias que no son de auxilio judicial, como la vigilancia callejera, el control del orden público, la advertencia a la ciudadanía sobre su proceder indebido, entre otras. Su sola presencia es motivo, cuando trabajan

correctamente, para dar tranquilidad a la colectividad. Lo que no tienen autorizado es, so pretexto del control del orden público y de la seguridad ciudadana, detener personas. Los dos únicos supuestos en que pueden hacerlo ya se han mencionado: si son capturadas in fraganti en la comisión de un delito o si un juez dicta una orden en tal sentido para que sea ejecutada por la Administración (Subrayado fuera del texto).⁵⁴

De la lectura de esta sentencia, resulta evidente su relevancia desde la referencia al fundamento histórico de la inviolabilidad de la libertad y seguridad personales desarrollado en extenso –*ut supra*–, pasando por la salvaguarda de tales derechos –*y otros que si bien no se mencionan son alcanzados por dicha protección*–, el principio de reserva legal, el de legalidad constitucional y penal, hasta llegar al principio de reserva judicial.

Sentencia N° 972 del 09 de mayo de 2006: en la que se declaró parcialmente con lugar un recurso de nulidad interpuesto por el entonces Fiscal General de la República Julián Isaías Rodríguez, en relación a la derogada Ley Sobre Violencia Contra la Mujer y la Familia. Así las cosas, en relación al ordinal 1º del artículo 44 de la Carta Fundamental se dijo:

De manera que la norma, tal como expuso esta Sala en anteriores oportunidades (entre otras, en reciente sentencia no. 130 de 1-2-O6), impone como garantía del derecho fundamental a la libertad personal e, incluso, como garantía del juez natural, la reserva obligada de la medida excepcional de privación de libertad a la autoridad judicial. Tal intervención implica que estén proscritas constitucionalmente, salvo que medie el supuesto de flagrancia, las limitaciones a la libertad personal por parte de órganos de naturaleza administrativa, los cuales deben colaborar como órganos auxiliares de justicia, mas no pueden sustituirse en ciertas potestades exclusivas del órgano jurisdiccional, entre otras

⁵⁴En esta sentencia se ha desarrollado una argumentación en orden a la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, además de haber establecido de modo expreso la retroactividad de los efectos de la sentencia en cuanto a la nulidad del Código de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Yracuy.

para la imposición de limitaciones a la libertad personal. En esa oportunidad, esta Sala estableció:

“El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas.

Precisamente a ese aparato administrativo, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda una labor básica en relación con la justicia: la de *colaborar con ella*. Las fuerzas de policía son, en realidad, imprescindibles en la labor de los tribunales penales. Las policías aprehenden a personas en el mismo momento en que se les observa cometiendo el hecho tipificado como punible o investigan para dar con los sospechosos y solicitar del tribunal que les permita capturarlos y ponerlos luego a sus órdenes.

Los jueces, así, juzgan a quienes los órganos policiales suelen traer ante ellos. Sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas violan la ley o cuando se esfuerzan en investigar para descubrir quien lo ha hecho, implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

Lo que no puede permitirse es que los órganos policiales cuenten con el poder para ser ellos mismos los que sancionen o que se les permita alargar las detenciones antes de poner a las personas frente a los jueces. Tal vez sólo en sociedades extremadamente refinadas los cuerpos policiales pueden proporcionar garantías suficientes. (...)

En síntesis, y como se expuso, a partir de la Constitución de 1999 la regla constitucional es que la privación de libertad requiere siempre de previa orden judicial y que, sólo como excepción, los órganos policiales pueden efectuar detenciones preventivas si el sujeto infractor es sorprendido *in fraganti* o bien si han sido autorizados por un juez, y siempre que esa medida no se extienda por más de cuarenta y ocho (48) horas. (...)

En quinto lugar, se dejan a salvo los supuestos en que opere la flagrancia, caso en el cual la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial, pero siempre bajo el estricto

cumplimiento de las normas ordinarias que contiene el Código Orgánico Procesal Penal y en atención a la interpretación restrictiva de las mismas, tal como lo expuso esta Sala en sentencia no. 1577 de 18-12-00.

Se aprecia de lo decidido en esta sentencia, el énfasis que se realiza en atención a la reserva judicial en cuanto a la restricción de la inviolabilidad de la libertad y seguridad personales, cuya excepción sólo se ha previsto en cuanto a la flagrancia, además de destacar la exigencia legal de interpretación restrictiva de las normas relacionadas con la flagrancia y, por ende, en lo relativo a las facultades policiales en tanto no se hayan habilitadas para restringir derechos sino por orden judicial, salvo en los supuestos de flagrancia.

De otra parte, en lo que respecta a esta decisión hay un voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en el que luego de referir la necesidad de interpretar el ordinal 1º del artículo 44 de la Constitución de la República con el artículo 21 *ejusdem*, en la idea de proteger a las mujeres de la violencia, señaló:

De modo que el razonamiento para confrontar constitucionalmente la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia resulta mucho más complejo, y obliga al intérprete constitucional -que no es un simple técnico- a construir una jurisprudencia más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; y más representativa de la complejidad y pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente.

Es así como el juez no puede sustraerse de las exigencias éticas, morales y sociales que convierten la función judicial en un poder de legitimación democrática y, como tal, en el Estado Social funge como órgano de representación social y protección ciudadana; por ello las decisiones judiciales pasan permanentemente por el control de la aceptación ciudadana. (...) De ese modo, las acciones afirmativas se hayan fundamentadas constitucionalmente, y no necesitan de reforma constitucional para su validez inmediata; además, la piedra angular de su eficacia ha sido la interpretación del Derecho conforme a valores y

principios que -como dice Gustavo Zagrebelsky- dan significado a la Constitución y a la ley y los “sostienen”; lo que significa no solo que están fuera de esos textos, sino que son superiores a ellos. En esta línea de la teoría de la argumentación el juez está autorizado incluso para dar un nuevo sentido a preceptos concebidos con otros propósitos. Es en este sentido que la interpretación debió recaer sobre la noción de flagrancia para determinar su alcance en los delitos de género, y ajustar las normas legales impugnadas a lo estatuido en el artículo 44.1 constitucional; pero este ejercicio de argumentación nunca se llevó a cabo por la mayoría sentenciadora. En su lugar, optaron por un razonamiento simplista y deductivo producto de la lógica positivista que consistió en un mero contraste formal del artículo 32.1, 3, 4 y 5 de la Ley impugnada con el artículo 44.1 constitucional; no se ponderaron en cambio los valores en conflicto, lo que condujo a un proteccionismo desmesurado del agresor-victimario en los delitos de género en desmedro de la mujer-víctima, quien, frente aquél al cual la Sala ha tutelado su derecho constitucional a la libertad, tiene también la mujer-víctima el derecho constitucional a que se le respete su vida e integridad física y síquica **oportunamente**, y que en casos sólo se logra mediante la limitación del derecho a la libertad del agresor. (...) Ya esta Sala, en sentencia N° 2580/2001, justificó la denominada “flagrancia presunta” cuando se tratan de delitos que se caracterizan por la simulación de las situaciones, lo oculto de las intenciones y lo subrepticio de la actividad, expresando que “[s]i la sola sospecha permite aprehender al perseguido, como lo previene el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, y considerar la aprehensión de dicho sospechoso como legítima a pesar que no se le vio cometer el delito, con mayor razón la sola sospecha de que se está perpetrando un delito, califica de flagrante la situación” (Subrayado fuera del texto).

De este voto salvado se desprende el ideal político-criminal que luego se concretó con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en atención a la noción de flagrancia. Destaca en este voto salvado lo aludido en cuanto a que la mayoría sentenciadora de la Sala debió “construir” una jurisprudencia acorde con las necesidades de tutela de los derechos de las mujeres, en tanto grupo vulnerable. Para ello, incluso, se invoca a un autor como Zagrebelsky, señalando que los jueces pueden dar un nuevo sentido a las normas, aunque

concebidas con otros propósitos, reprochando a la mayoría de la Sala el haber realizado una valoración simplista, tendiente al favorecimiento de los victimarios, para finalizar argumentando la necesidad de acudir a la citada sentencia 2580.

Sentencia N° 1597 del 10 de agosto de 2006: con esta decisión se decidió una aclaratoria solicitada en relación a la referida sentencia N° 972 del 9 de mayo de 2006. Aclaratoria que fue interpuesta por la Red Venezolana sobre Violencia contra la Mujer (REVIMU), en razón de unas firmas recogidas en cuanto a la desaprobación de dicha sentencia, por lo cual se planteó si la nulidad en cuanto a la norma que posibilitaba arrestos por autoridades administrativas y policiales no limitaba el alcance de la tutela penal en los casos de la flagrancia y si para ello podía acudirse a la sentencia N° 2580 del 11 de diciembre de 2001. La Sala respondió:

En el caso del artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, se presumirá que es el autor del delito (hecho desconocido) quien haya sido sorprendido en el lugar de comisión del hecho punible o cerca del mismo, en posesión de instrumentos activos o pasivos, o ambos, del delito (hecho conocido; por tanto, no presunto). En otros términos, la flagrancia no se presume (y no es ello lo que se afirmó en el fallo n° 2580 de 11 de diciembre de 2001); lo que se presume es la *autoría* como consecuencia de la actualización real, material y efectiva –ergo, no presunta-, del cuarto de los supuestos de flagrancia a los cuales se refiere esa decisión. De allí que, como se deduce de una correcta inteligencia de dicha sentencia, lo que se presume no es la flagrancia sino, como claramente lo preceptúa el artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, la autoría, respecto de quien haya sido sorprendido en la particular situación de flagrancia a que se refiere la norma en último término y que la decisión en referencia enumeró como uno de los cuatro supuestos que desarrolla la predicha disposición legal.

Ahora bien, en el marco de la aclaratoria que se solicitó, la Sala debe señalar que, evidentemente, si se dan cualquiera de los supuestos que establece el artículo 248 del Código Orgánico

Procesal Penal y que desarrolló la dicho acto jurisdiccional n° 2580/01, puede hablarse de flagrancia y, en consecuencia, *los órganos administrativos receptores de denuncia pueden, sin necesidad de orden judicial, arrestar contra los supuestos agresores, en el marco de la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia.* Así lo estableció reiteradamente la sentencia n° 972/06 objeto de esta aclaratoria, cuando dispuso que **“se dejan a salvo los *supuestos en que opere la flagrancia, caso en el cual la autoridad policial podrá actuar sin previa orden judicial*”**, en aplicación de lo que establece el Código Orgánico Procesal Penal.

De manera que, se insiste, si se hace presente cualquiera de los supuestos del artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal, *cualquier órgano receptor de denuncias, incluidas las autoridades no judiciales, deberá, y, como dice esa norma, “cualquier particular podrá”, aprehender al sospechoso y privarlo de su libertad, dentro de los límites constitucionales y legales al respecto. Ahora bien, lo que no puede entenderse ni presumirse es que en todos los casos de denuncia de violencia de género se presuponga, de entrada, hay flagrancia* (Subrayado fuera del texto).

Por esta razón, esta sentencia puede considerarse, conjuntamente con la 2580 del 11 de diciembre de 2001, como antecedentes de la definición legal de la flagrancia en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, aun a pesar de lo referido a que si bien no se presume la flagrancia, sí la autoría del delito flagrante.

Sentencia N° 272 del 15 de febrero de 2007: en esta ocasión se resolvió sobre un recurso de interpretación interpuesto por la Presidenta de la Comisión Permanente de la Mujer, Familia y Juventud, con relación al ordinal 1° del artículo 44 de la Constitución de la República, a interpretar en el marco de la citada sentencia N° 972 de la Sala, al recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal del Ministerio Público en cuanto a la Ley Sobre la Violencia Contra la Mujer y la Familia, así como en lo atinente a lo establecido en la sentencia N° 2580 de la Sala Constitucional del 11 de diciembre de 2011, cuya ponencia correspondió al ex Magistrado Jesús Eduardo Cabrera

Romero, por lo que también se acudió a su trabajo «*El delito flagrante como un estado probatorio*».⁵⁵

⁵⁵Tal y como se dejó sentado en esta decisión, la recurrente sustentó su pretensión en una serie de interrogantes en relación a lo fijado en la referida sentencia 972 de la Sala Constitucional, acudiendo a la doctrina de la *flagrancia como estado probatorio* del mencionado Magistrado y la decisión de la cual fue ponente (2580 del 11 de diciembre de 2011): «...cuál es la definición de *flagrancia*, desde la perspectiva de los delitos vinculados a la violencia doméstica?; cuál es el alcance de la previsión constitucional referida a las limitaciones del derecho humano LIBERTAD, frente a los derechos humanos INTEGRIDAD PERSONAL, VIDA, IGUALDAD?, Cómo armonizar el texto constitucional, sin menoscabar el derecho que asiste a las mujeres víctimas de violencia doméstica de ser debidamente protegidas, como grupo vulnerable, conforme lo dispuesto en los artículos 21 y 55 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?». (...) [I]a sentencia 972/09-05-2006 a la cual hemos hecho referencia, menciona aisladamente que sólo la condición de *flagrancia* justifica la detención de un ciudadano, en el resto de los casos se requiere orden judicial. Dicha afirmación cónsona con los postulados nacionales e internacionales en materia de libertad personal, merece su precisión y desarrollo en materia de violencia doméstica o intrafamiliar, conforme las características propias de este tipo de delitos: relación de poder dependencia autor-víctima; habitualidad-reincidencia; lugar de comisión (intimidación del hogar); percepción de la comunidad como ‘problemas familiares de pareja’ lo que normalmente excluye la intervención de ‘cualquier ciudadano’ para efectuar la detención ‘in fraganti’; incremento gradual y progresivo de los niveles de violencia; efectos colaterales en niños, niñas y adolescentes que habitan el hogar; miedo o inseguridad de la víctima de denunciar». (...) ¿cuándo estaríamos ante una situación de *flagrancia* en delitos de esta naturaleza?, ¿en qué supuestos uno de estos órganos receptores de denuncia procedería a requerir una orden judicial para ejecutar la medida cautelar de arresto y cuándo estarían frente a una *flagrancia* que justifique detención preventiva? ¿acaso la concepción clásica de *flagrancia* arraigada en los funcionarios receptores de denuncias no podría significar una actuación tardía en este tipo de delitos?». (...) “...podría corresponderse con la naturaleza de los delitos vinculados a la violencia doméstica, donde si bien es cierto, el delito no se está cometiendo, no acaba de cometerse, ni el autor se ve perseguido por la víctima o por el clamor público inmediatamente después del hecho, existen circunstancias e indicios verificables por la autoridad, de la comisión reciente del hecho, tales como: las lesiones físicas de la propia víctima, elementos indicativos en el lugar de comisión, medio de comisión, testigos presenciales, etc., que pueden facultar a la autoridad receptora de la denuncia a la aprehensión del presunto autor. Sin embargo, la sentencia 972-2006 precisa: ‘interpretación restrictiva’ en supuestos de *flagrancia*, circunstancias que solicitamos sea debidamente abordada en el presente recurso, ponderando derechos inalienables en nuestro modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia: VIDA, LIBERTAD, INTEGRIDAD PERSONAL”. (...) “...la interpretación que del concepto de *flagrancia* realizó la Sala Constitucional en la precitada sentencia (2580/2001), conducen a concluir que los delitos vinculados a la violencia doméstica, en su mayoría constituyen hechos flagrantes que justifican la aprehensión del presunto agresor y su sometimiento al procedimiento penal especial, quedando a criterio del órgano jurisdiccional que le corresponda conocer, dictar medida privativa de libertad conforme lo dispuesto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal o el establecimiento de otras medidas que garanticen su sometimiento al proceso y consecuentemente contribuirán a preservar la integridad física de la víctima y su grupo familiar”. (...) “...la oscuridad de la definición de *flagrancia* invocada en la presente acción de interpretación constitucional y su incidencia en el sistema de protección a la mujer y la familia, viene determinada porque el texto constitucional en el artículo 44.1 sólo se limita a establecer la condición ‘infraganti’, siendo que la Sala Constitucional al hacer referencia a

Así, luego de señalar que la privación de libertad por orden judicial tiene una excepción en el supuesto de la flagrancia, además de exponerse algunas consideraciones históricas, se expresó:

El concepto de *flagrancia* en nuestra doctrina y jurisprudencia penal tradicionalmente se ha limitado a la captura inmediata; es decir, a la aprehensión del autor del delito en el lugar de los hechos a poco de haberse cometido el delito. Esta conceptualización de la *flagrancia* parte de una separación entre la detención y el delito que no es exacta; confundiendo por un lado, dos figuras que si bien están relacionadas, son disímiles; además, se ha hecho énfasis en la aprehensión del sujeto cuando lo importante es la comisión del delito. Se refiere la Sala a la diferencia existente entre el delito flagrante y la aprehensión *in fraganti*; y a la concepción del delito flagrante como un estado probatorio.(...)

dicho término en la decisión 972-2006, utilizó la expresión 'interpretación restrictiva' y en, sentencia anterior, número 2580/2001, desarrolló el concepto con mayor amplitud, es decir, tenemos una sentencia referida al delito de tráfico (sic) de drogas donde se desarrolló el concepto de flagrancia en cuatro supuestos y posteriormente, se dicta sentencia en materia de violencia doméstica donde se precisa que la interpretación debe ser restrictiva, lo que podría significar concepción clásica y en consecuencia insuficiente para dar respuesta a delitos de tal naturaleza". (...) la interpretación que solicitamos debe preservar el derecho a la libertad como bastión fundamental en materia de derechos humanos, pero también debe atender a la necesidad de preservar el derecho a la vida y a la integridad personal de las víctimas de los delitos vinculados a la violencia doméstica o intrafamiliar; expresado en otras palabras, una interpretación que sin menoscabar Derechos Fundamentales que el Estado reconoce y está obligado a garantizar más allá de lo normativo, procura un equilibrio entre la ley y la justicia, entre el derecho y la realidad"».

En este sentido, se destaca la opinión del Ministerio Público citada en esta decisión: «*la interpretación que debe hacerse del artículo 44.1 de la Constitución, en relación con el concepto de flagrancia a aplicar en los delitos de violencia doméstica, es aquella que considera flagrante las especificidades del tipo delictivo 'violencia doméstica', pues al tratarse de hechos donde están presentes la simulación de las situaciones, lo oculto de las intenciones y lo subrepticio de la actividad, encuadran perfectamente en este supuesto que está contenido en la sentencia 2580, del 11-12-01 de esa Sala Constitucional, motivo por el cual la puesta en conocimiento a la autoridad administrativa o no, de las agresiones de las que es objeto, por parte de la mujer víctima o de quienes mantengan cercanía con la misma por razones de familiaridad, vecindad o amistad, debe ser suficiente para considerar como sospechoso al señalado como agresor, de la comisión reciente del hecho denunciado, aún cuando no se ha (sic) sorprendido al sujeto cometiendo el hecho o cuando acaba de cometerse, ni se le persigue inmediatamente, una vez realizado o consumado, sino que se presume su autoría o participación por las circunstancias de proximidad en el tiempo y lugar con la comisión del hecho y por las evidencias materiales en su poder que lo relacionan con éste...».*

La detención judicial del sujeto activo de los delitos de género, más que ser una medida preventiva privativa de la libertad en el concepto tradicional del derecho penal o una medida de aseguramiento con fines privativos como lo establecen la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y la nueva normativa agraria, es una medida positiva de protección que incardina a la Ley que regula la materia dentro de las normas de Derechos Humanos. (...)

Al ser ello así, la razón de esta interpretación tiene que partir de la particular naturaleza de los delitos de género, pues su configuración, y en especial el de la violencia doméstica, son tan especiales que con dificultad podrían encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, por lo que podría dejarse desprovistas a las mujeres-víctimas de medidas positivas de protección con fines preventivos. Por ello, vista la particular naturaleza de los delitos de género, y vista la flagrancia como un estado probatorio, la prueba de la flagrancia de los delitos de género debe ser exigida en la forma y en el grado que al delito corresponde; ya que, si se requiriera siempre de pruebas directas para el arresto preventivo de los ilícitos penales, los delitos y en especial los delitos de género (por realizarse por lo usual en la intimidad) correrían el riesgo de quedar impunes, pues los delincuentes escaparían siempre de la ley. Por tanto, la exigencia de la *prueba evidente* en los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar. No en balde, se ha señalado:

“En un Estado social de derecho y de Justicia, donde los derechos de la colectividad están por encima de los individuales, donde para mantener el tejido social hay que hacer justicia, la institución constitucional de la flagrancia tiene que estar por encima de algunos derechos humanos individuales, ya que la lucha contra el delito en general, es una defensa social que en un estado de justicia se complementa con el proceso.

Ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos de derechos humanos individuales.

La prevención del mal social tiene tanto fundamento constitucional como los derechos humanos individuales (...)” (vid. op. cit. p. 81).

Es la reprobación de lo que se califica como “mal social”, entre otras circunstancias, lo que debe condicionar la interpretación de

las instituciones que inspiran las normas, entre ellas, la flagrancia. Por ello, lo que se trata aquí es de reconceptualizar viejos conceptos, de precisar cómo esta institución que nació en el derecho procesal penal adquiere sus características propias dentro del ámbito de los Derechos Humanos, volviéndose un concepto novedoso que estatuye las leyes especiales de discriminación positiva; y de cómo, sin irrespeter el test de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, se puede garantizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia, más aun cuando es obligación de la jurisdicción constitucional construir una jurisprudencia progresiva más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; es decir, más representativa de la complejidad y de la pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente. (...)

Con base en esta idea, debe superarse en los delitos de género el paradigma del “testigo único” al que se hizo referencia párrafos atrás; aunque como contrapartida, tiene que corroborarse el dicho de la parte informante con otros indicios esclarecedores que permitan establecer el nexo de causalidad entre el delito y su autor o sospechoso. En efecto, es innegable que los delitos de género no se cometen frecuentemente en público, por lo que la exigencia de un testigo diferente a la mujer víctima para determinar la flagrancia en estos casos es someter la eficacia de la medida a un requisito de difícil superación. Al ser ello así, hay que aceptar como válido el hecho de que la mujer víctima usualmente sea la única observadora del delito, con la circunstancia calificada, al menos en la violencia doméstica; de que los nexos de orden familiar ponen a la mujer víctima en el estado de necesidad de superar el dilema que significa mantener por razones sociales la reserva del caso o preservar su integridad física. Por tanto, para determinar la flagrancia no es imprescindible tener un testimonio adicional al de la mujer víctima, lo que sí es imprescindible, como se explicará de seguidas, es corroborar con otros indicios la declaración de la parte informante (Subrayado fuera del texto).⁵⁶

Resulta evidente, que lo decidido por la Sala, lo argumentado por la recurrente y por el Ministerio Público, allende la cita en extenso de la doctrina del ex Magistrado Cabrera Romero –concretada en su trabajo «*El delito flagrante como un estado probatorio*», cuyo antecedente fue su ponencia en

⁵⁶ Es de advertir, que la Sala ordenó la publicación de esta decisión en Gaceta Oficial, además de enviar copia al Ministro de Interior y Justicia a los fines de que este la diera a conocer todas las policías.

la aludida sentencia de la Sala Constitucional 2580 del 11 de diciembre de 2011-, fue tenido en cuenta en la “*re-conceptualización*” amplificadora de la definición legal de flagrancia, desarrollada en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Fueron tales argumentos los que políticamente influyeron en la idea de configurar la flagrancia como medida de “lucha” contra la criminalidad de género, constituyendo la privación de libertad derivada de la “flagrancia” como una medida de protección ante la violencia, además de darle el carácter de estado probatorio, precisamente, para anticipar la condena y, por ende, como una presunción de culpabilidad respaldada por un ideal constitutivo de los rasgos del Derecho penal del enemigo, en cuanto Derecho penal de autor, tendiente a la custodia de seguridad, simbólico y, por tanto, determinado por un exacerbado populismo punitivo (Cancio, 2005: 76 y ss.).

Sentencia N° 1744 del 09 de agosto de 2007, en la que se decidió un recurso de nulidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en orden a muchos artículos del Código de Policía del Estado Lara, publicado en Gaceta Oficial del Estado Lara Extraordinario N° 106 del 30 de abril de 1976, el cual posibilitaba dictar medidas restrictivas de libertad e imponer sanciones privativas de libertad por autoridades administrativas y sin juicio. Este recurso fue declarado con lugar, realizando los siguientes pronunciamientos:

Esta Sala reitera (ver sentencia n° 130/2006, del 1 de febrero), que del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad:

“...1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad.

2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida *in flagranti*.

3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.”...

Dicha disposición normativa establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del *juez natural* presupone la existencia de un *juez*. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas (sentencia n° 130/2006, del 1 de febrero).

Debe resaltarse que tal orden judicial constituye una garantía ineludible a los efectos de la salvaguarda del mencionado derecho fundamental. El fundamento de ello estriba, como bien lo alega la parte recurrente, en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal).

La manifestación más importante de las mencionadas excepciones consagradas en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se ve materializada fundamentalmente, dentro del proceso penal, en el instituto de la privación judicial preventiva de libertad –o prisión provisional- regulada en el artículo 250 de la ley adjetiva penal, siendo ésta la provisión cautelar más extrema a que hace referencia la legislación adjetiva penal, tanto a nivel internacional, en los distintos pactos sobre derechos humanos que regulan la materia, como a nivel interno, siendo este el caso del Código Orgánico Procesal Penal (sentencia n° 2.426/2001, del 27 de noviembre, de esta Sala), de allí que resulte válido afirmar que la institución de la privación judicial preventiva de libertad, denota la existencia de una tensión entre el derecho a la libertad personal y la necesidad irrenunciable de una persecución penal efectiva. (...)

Al aparato policial del Estado, enorme y por lo general más dotado en personal y recursos materiales que el judicial, se le encomienda dos labores básicas, que son: 1.- Intervenir como sujeto accesorio en el proceso penal, a los fines de realizar, bajo

la dirección del Ministerio Público, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes (Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, junto a los órganos con competencia especial y los órganos de apoyo a la investigación penal); 2.- Realizar funciones de policía administrativa, a los fines del mantenimiento de la seguridad ciudadana.

Ahora bien, con base en tales funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público. Los jueces, así, juzgan a quienes son aprehendidos por la Policía y llevados ante el Ministerio Público. De igual forma, los órganos de policía tienen la potestad de ejecutar las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República.

De lo anterior se colige, que sin órganos de policía el sistema de justicia estaría incompleto. Negar a los cuerpos policiales el poder para efectuar detenciones, por ejemplo, cuando en sus tareas diarias observan cómo algunas personas infringen la ley (aprehensiones en flagrancia), o cuando se esfuerzan en llevar a cabo la investigación criminalística en el proceso penal (práctica de detenciones preventivas ordenadas por el Juez), implicaría vaciar de contenido su misión, en franco perjuicio para la colectividad.

La misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental (la seguridad de los ciudadanos y la ejecución de la actividad de investigación criminal) y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, la Administración (de la que la policía forma parte) es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes (sentencia n° 130/2006, del 1 de febrero).

Sentencia N° 1061 del 1 de diciembre de 2008: en esta decisión se indicó que aun cuando se decretaba la flagrancia podían no existir suficientes elementos de convicción, con lo cual era necesario ordenar el procedimiento ordinario. No obstante, también se manifestaron algunas consideraciones de

interés que se explican por sí solas y que inclusive son contrarias a criterios expuestos en algunas de las sentencias citadas:

En principio, todo delito cuando se está cometiendo es flagrante, se está ejecutando actualmente, pero la condición de flagrante –a los efectos del artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal y del proceso penal- viene dada porque al instante en que se ejecuta, es percibido por alguien, quién puede actuar en la aprehensión o simplemente, formular la denuncia ante los órganos competentes o llamar a la fuerza pública para que lo capture.

De allí que, la condición de flagrancia venga dada por las circunstancias de que alguien (una persona) pueda captar la ejecución del delito, bien por su presencia, o por haberlo cometido, el sospechoso (a quien así denomina el Código Orgánico Procesal Penal ni siquiera es imputado), se encuentra aún en el lugar del suceso, en actitud tal que quien observa la comisión del hecho necesariamente forma una relación de causalidad entre el delito y el presunto delincuente.

Asimismo, la flagrancia está ligada a la persona que presencia la comisión del hecho, quien así se convierte en medio de prueba del delito y su autoría, sin que por ello sea necesaria, en principio, cualquier otra probanza de lo acontecido. El delito es de tal evidencia para quien lo aprehendió que, salvo en ciertas excepciones, no requiere otra prueba del mismo. Se trata de una presencia inmediata y directa, la cual es necesaria que exista por igual tanto en la autoría como en las circunstancias que se perciben *in situ* del hecho (Subrayado fuera del texto).

Sentencia N° 1472 del 11 de agosto de 2011. En esta sentencia, la cual ha sido objeto de un comentario en el Anuario N° 16 -17 / 2008 – 2009 del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela (Borrego y Rosales, 2012: 177 y ss.), se decidió una acción de amparo contra una decisión de una Corte de Apelaciones que declaró sin lugar un recurso de apelación interpuesto contra una decisión de un Tribunal de Control, en virtud de la cual se decretó la privación de libertad de una persona atendiendo a unas actuaciones policiales del CICPC sin orden de

inicio de investigación por parte del Ministerio Público, advirtiéndolo al accionante sobre la necesidad de intervenir ante el actuar ilimitado de dicho órgano de investigación penal al margen del control fiscal.

De lo expuesto se puede razonar, que si bien al Ministerio Público le pertenece en forma principal y determinante el ejercicio de la acción penal y la correspondiente orden de inicio de investigación de los hechos punibles, los órganos de policía de investigaciones penales pueden legalmente ir adelantando las gestiones investigativas que sean urgentes y necesarias para dar aviso posteriormente al órgano fiscal, sin que ello vicie los actos realizados antes de dicha notificación, pues la práctica común nos conduce a la conclusión que en la mayoría de los casos en los que se ha cometido un delito, los primeros en ser informados son los órganos policiales y, por tanto, son también los primeros en acudir al lugar donde se cometió el hecho o donde se encontraron elementos que hagan presumir la comisión de un acto injusto punible; actuaciones éstas que deben estar enmarcadas en los supuestos del artículo 284 del Código Orgánico Procesal Penal; y sólo dada la urgencia y necesidad.

Aunado a que con la efectiva realización de esos actos de investigación urgentes y necesarios, se procura evitar que se desaparezcan futuros elementos de convicción y medios de pruebas indispensables para que se cumpla con lo señalado en el artículo 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)

Se concluye por tanto, que los organismos policiales auxiliares de justicia están autorizados legalmente para realizar actuaciones dirigidas a la investigación de un hecho punible, antes de que exista la orden de inicio dictada por el Ministerio Público, siempre y cuando sean urgentes y necesarias. (...)

De la revisión hecha a las actas contenidas en el expediente se puede constatar que los funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas fueron los primeros en acudir al lugar donde se cometió el hecho punible con el fin de iniciar las investigaciones dirigidas al esclarecimiento del mismo. Igualmente, se constata de dichas actas, las cuales constan en el expediente en copia simple, que no existe (por lo menos en lo consignado) orden formal y escrita mediante la cual la Fiscalía encargada hubiese dado en un solo acto, la apertura

de la investigación. Sin embargo, se advierte que el Ministerio Público ordenó posteriormente una serie de diligencias, siendo una de estas, la orden del 11 de mayo de 2009, al Jefe de la Dirección Nacional de Investigaciones de Vehículos del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, de realizar una experticia a uno de los vehículos involucrados en el hecho punible, diligencias que deben ser interpretadas como actos dirigidos a impulsar a los órganos policiales para la averiguación y esclarecimiento de los hechos delictivos, que indubitadamente satisfacen el alcance y la finalidad de la actuación denominada “orden de inicio de la investigación”.

Por lo tanto y aun cuando se presume que no se haya realizado dicha orden en un solo acto, el Ministerio Público ejecutó una serie de gestiones encuadradas dentro de sus funciones como director y supervisor de todo lo relacionado con la investigación penal, razón por la cual esta Sala considera que sí existió una orden de inicio de la investigación, por lo que la omisión en la que incurrió la representación fiscal de no hacerlo en un solo acto no vicia las actuaciones seguidas en todo el proceso penal y no acarrea la violación de derechos del ciudadano Robert José Carmona Bermúdez alegada por su defensor.

Con esta decisión, la Sala Constitucional ha presentado una argumentación que en lugar de dar cuenta de lo excepcional de las diligencias policiales de investigación, desarrollada en el artículo 266 del COPP⁵⁷ y relacionada con las expresiones normativas *necesidad y urgencia* y *extrema necesidad y urgencia*, previstas en los artículos 196, 204, 206 y 236, *ejusdem*, por el contrario le ha dado un tratamiento como si se tratara de un actuar policial que configura la regla o la normalidad que cabe esperar.

En este sentido, si bien es cierto que los órganos de investigación penal y sus auxiliares pueden y, antes bien, están en el deber de actuar cuando tengan conocimiento de la comisión de un delito de acción pública, no lo es menos el que toda actividad policial realizada fuera de la excepción de la

⁵⁷ El encabezamiento de esta norma es del siguiente tenor: “... Si la noticia es recibida por las autoridades de policía, éstas la comunicarán al Ministerio Público dentro de las doce horas siguientes y sólo practicarán las diligencias necesarias y urgentes...” (Cursivas fuera del texto).

necesidad y urgencia, se halla condicionada a la dirección por parte del Ministerio Público y al control judicial previo. De modo que aun cuando no se requiere orden de inicio de investigación fiscal al momento de preservar la escena del crimen, ello no faculta para un actuar ilimitado de los órganos de investigación penal.

Ha sido precisamente el recurso a la expresión normativa de la *extrema necesidad y urgencia* la utilizada por los cuerpos policiales, como es el caso del CICPC, para intervenir derechos que gozan de la garantía de inviolabilidad y, por tanto, de reserva judicial, la cual se deja a un lado para evitar el poco control judicial que aún se resiste al Estado policial.

Como puede apreciarse, de lo argumentado en esta sentencia resalta lo expresado en cuanto a que temporalmente todo delito es flagrante, sólo que la flagrancia, normativamente hablando, requiere percepción sensorial de lo que se está cometiendo o acaba de cometerse.

Finalmente, al igual que las anteriores sentencias –*algunas de las cuales se han transcrito profusamente*–, pueden valorarse las signadas con los siguientes números: 1981 del 23 de octubre de 2007; 2046 del 05 de noviembre de 2007; 47 del 19 de febrero de 2008; 135 del 21 de febrero 2008; 403 del 14 de marzo de 2008; 1901 del 01 de diciembre de 2008; 773 del 11 de junio de 2009; 1129 del 10 de agosto de 2009; 1265 del 07 de octubre de 2009; 1381 del 30 de octubre de 2009; 893 del 06 de julio de 2009 y 559 del 08 de junio de 2010.

2.6.- Definición de términos

Este apartado del Marco Teórico, parafraseando a Balestrini, constituye una parte esencial e ineludible de todo proyecto de investigación. Ello, en

cuanto permite sistematizar los datos, fenómenos y conceptos, entendidos en cuanto «*unidades de pensamiento*», en lo relativo a susignificación e interrelación en el contexto del tópico abordado en la investigación (2006: 107). Esto es, posibilita la aprehensión de las nociones utilizadas y el marco en el cual se las refiere y valora, dando cuenta del sentido que adquieren en cuanto al objeto de la investigación.

Así, en la idea de corresponder con la finalidad de la definición de términos y la relevancia en cuanto a este trabajo de tipo documental y orientación dogmático-conceptual, se ha considerado dar cuenta de algunos conceptos prescindiendo de su ordenación alfabética:

Derecho

Atendiendo a una definición de Derecho consustanciada con el ideal de un Derecho penal de garantías, se ha optado por acudir a la desarrollada por Alexy, relacionada con la validez del Derecho y a tenor de lo cual se afirma:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección (2004: 123).

Como se aprecia, esta definición de Derecho, se ha edificado en contraposición a la teoría de la separación entre Derecho y moral, propia del positivismo jurídico, en atención a lo cual la validez del Derecho se relaciona con su promulgación por el órgano competente y conforme al procedimiento

previamente establecido, a lo que Alexy opone una premisa ético-política y, por ende, deontológica, en cuanto un sistema de normas y sentencias sólo adquiere validez y legitimidad por vía de la pretensión de corrección, es decir, a través de la cualificación de las normas jurídicas y decisiones judiciales atendiendo a la moralidad del discurso (1998: 128). Tal deontologismo lo explica como el argumento de la democracia, en virtud del cual concluye: «*Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos*» (1995: 136).⁵⁸

Finalmente, a tenor de lo manifestado de manifestado por Fernández, «*Como ciencia social, la ciencia del Derecho es un pensamiento sistemático sobre el Derecho positivo, orientado a los fines políticos de la carta de derechos*» (2002: 49).

www.bdigital.ula.ve

Derecho penal, Ciencia del Derecho penal y dogmática

A los fines de precisar las nociones y definiciones de Derecho penal, Ciencia del Derecho penal y dogmática, se ha considerado pertinente referir

⁵⁸ No en balde el profesor alemán refiere lo siguiente: «*Los sistemas normativos que no formulen, explícita ni implícitamente, la pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. De esta manera la pretensión de corrección permite distinguir entre derecho y fuerza bruta*» (2001: 54). Sobre la moralidad en la aplicación del Derecho, Nino concuerda con la tesis de Alexy: «*Ahora quiero referirme a otra cuestión que también es conceptual, pero tiene consecuencias importantes de tipo práctico y de tipo valorativo. Me refiero a la cuestión, no ya de la identificación de un sistema jurídico, o de si esa identificación exige o no recurrir a consideraciones valorativas, sino del empleo o la aplicación de un sistema jurídico para justificar cierto comportamiento, cierta decisión o cierta acción. Es decir, si puede aplicarse un sistema jurídico para justificar acciones y decisiones sin recurrir a consideraciones de tipo moral o valorativo. Y la tesis que quiero defender, y que ya he defendido en otros lugares, es que no se puede*» (2013: 152). En lo correspondiente al contenido moral del Derecho y las decisiones políticas, desde las perspectivas liberal y garantista, cfr. en De Asís, R. (2000). *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XVII. 2000*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Madrid. pp. 215- 230.

diversas expresiones doctrinarias, muchas de las cuales hacen referencia al Derecho penal como conjunto de normas y en cuanto ciencia.

En tal sentido, para von Liszt, el Derecho penal –*Strafrecht*: «es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia» (1926: 5).

A la definición previamente dada, en cuanto se tiene al Derecho penal como conjunto de normas establecidas por el Estado, es decir, como Derecho penal objetivo o positivo vigente, importa detenerse en las que lo explican como tal y en tanto ciencia. Ejemplo de ello, lo expuesto por Maggiore:

La expresión “derecho penal” tiene dos significados: denota un sistema de normas, esto es, el ordenamiento jurídico penal, el llamado derecho penal objetivo, y un sistema de conceptos: la ciencia del derecho penal. Ambos sentidos concuerdan con los dos momentos del concepto, que es actividad pensante y a la vez objeto pensado: *concipiens* y *conceptum* (1971: 3).

En similar sentido, se expresa Welzel destacando la importancia de la dogmática jurídico-penal:

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad. Es misión de la ciencia del derecho penal desarrollar el contenido de esas reglas jurídicas en su trabazón interior, es decir, sistemáticamente, e interpretarlas. Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya que solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad (1956: 1).

Del mismo criterio Jescheck, al afirmar que el Derecho penal, además de manifestarse como derecho positivo vigente, se constituye en una ciencia teórico-práctica:

El núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la dogmática jurídicopenal (teoría del Derecho Penal), que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática. Mediante la interpretación progresiva del derecho vigente, en base a un examen crítico, a la comparación y a la clasificación de la Jurisprudencia, la dogmática del Derecho Penal, como puente entre la ley y la práctica, sirve a una aplicación del Derecho Penal por los Tribunales igualitaria y en constante renovación, contribuyendo así en alto grado a la Justicia (1981: 58).

Todo lo cual reafirma Gimbernat:

Sólo existe una ciencia del Derecho penal: la que tiene por objeto el conocimiento de ese conjunto de normas que define delitos e impone penas; esto es, la que determina *qué es lo que rige* sobre la base del ordenamiento penal. (...) Y, como lo que se estudia en las Facultades de Derecho es precisamente esa ciencia del Derecho penal, es ella, y no otra cosa, la que constituye nuestra asignatura (1999: 17 y ss.).

En atención a lo indicado, Carbonell también pone de relieve la importancia de la dogmática en cuanto a la praxis de los tribunales de justicia:

Podemos definir el Derecho penal como la parte del Ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad. (...)

Puede definirse la ciencia del Derecho penal como aquella parte del saber científico que tiene como objeto de estudio el Derecho penal positivo (...)

Es un saber práctico por cuanto se trata de una ciencia que tiene por objeto de estudio el Derecho que se aplica; es más, puede afirmarse que su finalidad última es conseguir en la aplicación del Derecho penal positivo vigente el máximo de justicia posible. En el fondo, mediante la ciencia del Derecho penal tratamos de obtener unas sentencias más justas, sustituyendo el decisionismo personal por la aplicación de unos criterios seguros sometidos a parámetros «científicos» (1999: 29 - 229).

A ello se añade lo señalado por Hassemer, quien considera a la dogmática jurídico-penal como el aparato conceptual que se vale de un lenguaje técnico, allende el vulgar, en la idea de asegurar la corrección de las decisiones judiciales conforme a la ley y la dogmática que explica el sentido y significado de las expresiones normativas, lo que le lleva a afirmar que, salvo en los supuestos del control difuso de la ley, «una sentencia judicial que no puede invocar la ley no puede ser derecho correcto» (1998: 27).⁵⁹

Razón por la cual, Reyes refiere cómo puede estudiarse el Derecho penal:

El derecho penal puede ser estudiado desde dos aspectos: como un sistema normativo –ordenamiento jurídico penal- y como un sistema de conceptos. Como actividad intelectual el derecho penal es ciencia; como objeto de esa actividad es norma o conjunto de normas (1986: 23).

⁵⁹Sobre tal incorrección judicial, además de las decisiones que amplían la noción de flagrancia o se apartan del significado del concepto, puede verse lo que viene ocurriendo con la prescripción procesal, concretamente, en las sentencias de la Sala de Casación Penal, signadas con los números 170 y 42, del 12 de mayo de 2011 (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/mayo/170-12511-2011-C10-316.HTML>) y 06 de marzo de 2012 (<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/marzo/042-6312-2012-C11-15.HTML>), en las cuales se ha decidido, al margen de la ley, que la prescripción procesal se interrumpe con el acto de imputación.

En un sentido más normativo y valorativo, Fernández enseña que el Derecho penal: «*Es el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valoraciones en que descansan o que las animan*» (2004: 62). Valoraciones y funciones ético-políticas que también destaca Roxin al decir:

Como ya se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del "Estado Leviatán" (2006: 137).

Mientras que en lo atinente a la dogmática penal, expresa: «*La **dogmática jurídicopenal** es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal*» (2006: 192).⁶⁰

A las anteriores definiciones, se suma la construida por Rusconi a partir de la evolución internacional de los derechos humanos, al decir:

⁶⁰Por lo demás, en relación a dogmática de la teoría del delito, el maestro alemán realiza una incommensurable aseveración, válida tanto para el Derecho penal, como para el Derecho procesal penal y el Derecho en general en cuanto a lo dogmático: «*La dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la Parte general. Y también es muy importante para la formación de estudiantes en la Universidad; pues por regla general en el examen se le somete al estudiante a un determinado supuesto de hecho, exigiéndole que realice un dictamen sobre si y, en su caso, cómo resultan responsables penalmente las personas intervinientes; y esa exigencia solo se puede cumplir si se poseen sólidos conocimientos dogmáticos del Derecho penal*» (Roxin, 2006: 192). Del mismo criterio Muñoz, en «*Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*», en cuanto a la formación del jurista que comienza en la enseñanza de la materia de Derecho penal (2000: 49).

El derecho penal debe ser visto como el conjunto de límites constitucionales y derivados del sistema internacional de protección de los derechos humanos que son organizados y desarrollados sistemáticamente en todas sus consecuencias como obstáculos para la aplicación de una pena en forma legítima (2009a: 45).

Siendo que en orden a la dogmática penal y el rol que le corresponde, señala:

La dogmática penal de un Estado Constitucional de Derecho, entonces, debe garantizar la aplicación –y, si es necesario, la directa aplicación- de las normas constitucionales, asegurando de ese modo el imperio de la ley fundamental. No se puede perder de vista nunca que, por ejemplo, un modelo casi silogístico técnico como la teoría del delito, no es otra cosa que la organización sistemática de las consecuencias concretas de la vigencia de un conjunto de garantías y principios fundamentales (2009b: 14).

Del mismo parecer es Binder, quien refiere:

De lo que trata la dogmática penal, insistimos, es pura y exclusivamente de reducir y limitar el poder penal del Estado a través del desarrollo de una hermenéutica comprensiva y dinámica de las formas jurídicas que se utilizan para garantizar esos límites (2004: 62).

A lo que agrega, en cuanto al deber de los estudiantes de Derecho penal y los penalistas:

Lo que le proponemos al lector-estudiante es rescatar la fuerza del programa liberal-ilustrado, que dio nacimiento a nuestra disciplina y que aun con sus incoherencias, contradicciones y renunciaciones, tenía claro el principio central: lo que debemos hacer es fortalecer las libertades públicas frente a la constatación cotidiana del uso arbitrario del poder penal. Ésa es la tarea tanto en el plano intelectual, con el profesional o político (2004: 63).

De allí que pueda concluirse con la siguiente definición de Derecho penal:

Nos animamos a reseñar la idea de derecho penal, diciendo que es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho (Zaffaroni, 2005: 24).⁶¹

Y por añadidura, con lo dicho por Muñoz, citado por Silva, en cuanto a la dogmática penal:

«La Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general de un Estado de Derecho: la de *garantizar los derechos fundamentales del individuo* frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una *conquista irreversible del pensamiento democrático*» (Silva, 1992: 43).⁶²

Derecho penal demoliberal

Para Fernández, quien se refiere al Derecho penal como un drama rayano en la tragedia,⁶³ se entiende por Derecho penal liberal, aquél que se expresa a través de la «*ostensible primacía de la persona sobre el poder y específicamente sobre el poder punitivo*» (2002: 39).

⁶¹ Acerca del Derecho penal en tanto ciencia crítica, cfr. en Muñoz (1979: 33 y ss.).

⁶² Para una amplia revisión del rol de la dogmática penal en orden a la praxis judicial, cfr. en Bovino y Curtis, C. (2000). *Por una dogmática conscientemente política*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XVII. 2000*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Madrid. pp. 179 - 213.

⁶³ «*Por donde quiera que se lo mire, el derecho penal es, como parte de nuestra cultura jurídica, un drama rayano en la tragedia*» (2011: 23).

Por lo demás, en palabras de Fernández, citando a Rawls, en relación a que un derecho fundamental comporta una decisión política y moral que obliga sus libertades «*así se caiga el mundo*» (2002: 236), al hablar de Derecho penal liberal se atiende a una premisa del liberalismo político y de la democracia, la cual reclama una visión liberal y democrática del Derecho penal (2002: 35).

Por consiguiente, el Derecho penal es **demo**, en cuanto la democracia se define por el pluralismo, la ausencia de valores absolutos y pretensiones hegemónicas, pues ello implicaría desconocer a la persona en su dignidad y derechos en cuanto punto de partida axiomático de la democracia y el Estado que se asuma tal (2002: 195); y es **liberal**, desde una orientación jurídico-política, propia de la filosofía del liberalismo político y que se denomina *personalista* de cara a los fines supremos del Estado y del Derecho, contrapuesta, como se advierte, a visiones organicistas, transpersonalistas o colectivistas (2002: 327).

Razón por lo cual puede concluirse afirmando la existencia de un **Derecho penal demoliberal** en atención a los artículos 2, 3 y 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los valores del Estado y sus fines, los cuales condicionan la actuación del Poder Público –entre ellos, el Poder Punitivo-, al igual que el desarrollo y contenido del ordenamiento jurídico –en el cual se integran las normas penales-, lo que lleva a Gómez a expresar en su obra «*La Teoría del Delito desde la perspectiva de la Constitución Venezolana*», que en tanto el modelo político venezolano tiene como punto de partida la dignidad humana, la preeminencia de los derechos humanos y la garantía del libre desarrollo de las personas (2008: 29), ello obliga a dar cuenta de la vigencia de un «*derecho penal democrático y social y no simplemente dogmático y autoritario*», cuyo fundamento y legitimidad se halla

en el ideal kantiano de que el hombre es un fin en sí mismo en lugar de un objeto o una cosa de la cual pueden disponer el Estado y la sociedad.

Dogmática penal axiológica

Llegados a este término o expresión y habiendo delineado las definiciones de Derecho, Derecho penal, Dogmática jurídico penal y Derecho penal demoliberal, la **dogmática penal axiológica** en cierto modo también ha sido definida, en cuanto el Derecho penal comporta un trasunto de valoraciones orientadas desde la parte dogmática de las Constituciones y los Tratados en Derechos Humanos (Fernández, 1988: 158 - 162).

Por tanto, la dogmática penal axiológica como contrapartida y superación de la tradicional dogmática lógico-positivista (además de exigir de la ciencia del Derecho penal –y de los penalistas- que no sólo ha de demostrar cómo es el Derecho positivo vigente, sino que ha de prescribir cómo *debe ser*), se define en relación a valores contenidos y desarrollados en los Tratados de Derechos Humanos, la parte dogmática de las Constituciones, las normas rectoras del Derecho penal y el Derecho procesal penal, consustanciadas con los Principios del Derecho penal y, finalmente, conforme al concepto liberal y garantista de persona humana (Fernández, 2002: 186 - 192).

De este modo, la dogmática penal axiológica, se caracteriza por su orientación demoliberal y por la exigencia de trascender la mera descripción del *ser* (*Derecho positivo vigente*) en orden a la prescripción valorativa del *deber ser*. Todo lo cual demanda del penalista un deber ético-político, tanto en su quehacer científico, como en el profesional, consistente en obligar al Poder Político, Punitivo y Policial a regirse por el Derecho que lo limita y lo contiene en garantía de las libertades ciudadanas y la seguridad personal.

Para resumir, en lo que importa al objetivo general de la presente investigación, no ha de olvidarse que tal y como enseña Mir, la dogmática jurídico-penal versa sobre un conocimiento teórico-práctico cuyo interés es el de la decisión judicial en la solución del caso (2006: 33).⁶⁴ Un interés, valga la expresión, en el contexto del cual la interpretación de la ley penal por parte de los tribunales en modo alguno puede realizarse a través de lo que Atienza denomina una teoría desenfocada de la interpretación, por lo que refiriéndose a la dogmática penal en su función de guiar la práctica legislativa y judicial, señala:

Ver el Derecho, el Derecho penal, única y preferentemente como un conjunto de reglas (digamos, el imperativismo) supone una manifiesta simplificación del fenómeno jurídico-penal. Entre otras cosas, llevaría a una teoría desenfocada de la interpretación, porque no podría captar la idea de que el propósito último de la interpretación no es desvelar la intención de la autoridad, sino contribuir al desarrollo de los valores que tratan de promoverse a través del Derecho penal; la autoridad, cabría decir, es un límite para la interpretación, pero no su finalidad última (2012: 39).

De allí, lo relevante de la advertencia formulada por Silva, en relación a que no ha de pasarse por alto el que la teoría de la interpretación y las reglas de imputación constituyen «*el vehículo a través del cual el programa del legislador incide realmente en la esfera de libertad de los ciudadanos*» (2007: 42).

Derecho procesal penal

⁶⁴Sobre la evolución de la dogmática jurídico-penal y su relación con la política criminal, véase en Silva (1992: 43 y ss.).

Armenta, quien conceptualiza el proceso penal como el elemento imprescindible para la efectiva realización del Derecho penal material, por lo que afirma que constituye «*el único instrumento a través del cual puede aplicarse el Derecho penal*» (2009: 27).

Del mismo criterio es Maier, quien además de definirlo como un Derecho de realización, sostiene que el Derecho procesal penal se constituye en rama del ordenamiento jurídico de un Estado «*cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal*» (2004: 75).

Asimismo, aludiendo a la superación de la venganza privada –*de sangre*– del ofendido, mediante la creación del poder penal del Estado, lo que refiere el autor argentino como una *evolución secular*, así como al crecimiento de dicho poder estatal con la subsiguiente desmejora en las condiciones de libertad y seguridad personales, define el Derecho procesal penal bajo el signo característico del Estado Derecho, en cuanto limitador de los poderes estatales y, por ende, protector de las libertades:

Desde este punto de vista, el Derecho procesal penal es un estatuto de garantías, sobre todo para quien es perseguido penalmente, garantías que, incluso, se supraordinan a las demás funciones que también se le adjudica. Estos límites al derecho de intervención del Estado sobre los ciudadanos, a título de aplicación de su poder penal, ejercido como persecución penal, que protegen tanto al inocente, con miras a evitar una condena injusta, cuanto al mismo tiempo al mismo culpable, para que no se alcance una condena a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defender sus puntos de vista, caracterizan la *judicialidad* del proceso penal y el *legalismo procesal* en que consiste su regulación (2004: 91).

Valoraciones estas, las cuales condensa Roxin al ocuparse del concepto y la tarea del Derecho procesal penal, al expresar:

A la vez, la expresión proceso “jurídicamente regulado” comprende tres ideas: sus prescripciones tienen que estar dispuestas para contribuir a la realización del Derecho penal material de acuerdo con la forma que corresponde a las circunstancias de hecho demostradas; simultáneamente, ellas deben trazar los límites fijados al derecho de intervención de las autoridades de la persecución penal en protección de la libertad del individuo; y, finalmente, ellas deben lograr la posibilidad, a través de una decisión definitiva, de restablecer la paz jurídica quebrantada. (...) Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento (2000b: 1).

Lo que complementa en lo que toca a la contraposición entre derechos individuales y la necesidad de prevención en lo relacionado con la realización de la seguridad ciudadana:

De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. (...) Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! (2000b: 10).

Finalmente, como enseña Hassemer, tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal, configurados en orden al Estado de Derecho, no obstante el carácter preventivo del primero con relación a la “lucha” contra el delito, ambos «*constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos*

que intervienen en un conflicto penal (...) y, sobre todo, de los sospechosos del hecho» (1998: 20).

Debido proceso

En palabras de Fernández, quien refiere que la existencia de la noción de *debido proceso* es consecuencia de la contrapartida, a saber, de *procesos indebidos*, sostiene:

El modo de ejercicio de las funciones jurisdiccionales está regulado por la ley y se conoce con el nombre de proceso legal, el cual se califica como debido no solo porque es el camino que la ley obliga a seguir para administrar justicia o dirimir conflictos en derecho en cada caso concreto, sino también y sobre todo porque y en cuanto ley lo hace con sujeción a los principios positivos supralegales, a las normas rectoras de la ley penal y procesal penal y a las normas de garantías (1999b: 440).

A lo que agrega que el debido proceso legal, formal y material:

No puede ser un pretexto para atropellar los derechos fundamentales; todo lo contrario, tiene que ser su principal armadura de defensa. El Estado que viola de hecho esos derechos, no puede calificarse como Estado de derecho sino como Estado de fuerza o gobierno *de facto* (1999b: 442).

Garantismo

En cuanto teoría crítica del derecho y la política, fundamentado en el ideal del positivismo jurídico de la separación entre derecho y moral, en el cual la divergencia o dicotomía entre el ser y el deber ser se expresa entre *normatividad* y *efectividad*, el garantismo se explica como una teoría del derecho en cuanto *ley del más débil*, precisamente, al concebir las garantías en tanto técnicas para posibilitar la máxima eficacia y realización de los derechos y alcanzar la reducción estructural entre *normatividad* y *efectividad*

(Ferrajoli, 1999: 25). También se define como una teoría política de la *democracia constitucional –sustancial-*, pues como enseña Ferrajoli:

Ninguna mayoría política puede disponer de las libertades y de los demás derechos fundamentales: decidir que una persona sea condenada sin pruebas, privada de la libertad personal, de los derechos civiles o políticos o, incluso, dejada morir sin atención o en la indigencia (1999: 51).

Garantismo penal

El garantismo penal, se corresponde con:

Un *modelo normativo de derecho*: precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano político como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva (Ferrajoli: 1997: 851).

Derecho penal del enemigo

Según GüntherJakobs, en un Derecho penal orientado funcionalmente como parte del sistema, en el cual la pena comunica frente a incidentales defraudaciones normativas –*delitos-*, esto es, el Derecho penal del ciudadano, se distingue y ha de distinguir frente al *Derecho penal del enemigo*. Con el primero se mantiene la vigencia de la norma, mientras que con el segundo se combate peligros (2005: 31).

Como lo ha expresado en otro de sus trabajos, el profesor alemán, quien describe y caracteriza al Derecho penal del enemigo por razón: 1) del amplio

adelantamiento de la punibilidad (*verbigracia, con la asociación para delinquir*); 2) por la similitud desproporcionada de las penas entre el que pertenece a la banda de criminalidad organizada o a la célula terrorista y la tentativa de homicidio; 3) por el paso de una legislación propia de un Derecho penal respetuoso de las libertades a una legislación penal de “lucha” y “combate” de la delincuencia; y 4) por la supresión de garantías procesales (2000: 31), así como por el uso la “pena” como custodia de seguridad, con la subsiguiente supresión o limitación de los llamados beneficios penitenciarios. Todo lo cual remata con la siguiente afirmación:

Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales-, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda la interrogante de quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (...) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas (...)), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta (2000: 32).

Por su parte, el discípulo del Maestro alemán, es decir, Manuel Cancio Meliá, quien valora el *Derecho penal del ciudadano* como un pleonasma y califica al *Derecho penal del enemigo* como una contradicción en los términos (*en razón de que el primero por ser garantista y liberal no precisa de la expresión “ciudadano”, en tanto que el segundo no puede tenerse como Derecho*), define al *Derecho penal del enemigo*, en cuanto “Derecho” penal de autor, simbólico y propio de un ideal político-criminal que describe con la expresión de *populismo punitivo* (70 y ss.).

En este particular la discusión es de interés debido a la flexibilización de los conceptos dogmáticos en detrimento de las libertades ciudadanas.

Delito

Teniendo en cuenta la definición propuesta por Carrara en la Parte general de su «*Programa de Derecho Criminal*», el delito, como ente jurídico y civil por oposición a las nociones asociadas al pecado, constituye: «*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 socialmente dañoso*» (1971: 44).

En un sentido acorde con la concepción tradicional de la dogmática jurídico-penal y los principios democráticos-liberales del Estado de Derecho, Frías, en atención al principio del acto, la reserva legal de tipicidad, la ofensividad al bien jurídico y la culpabilidad en tanto presupuesto necesario aunque no suficiente de la pena y de la mano de Soler, define al delito como «*una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal*» (1996b: 97).

Conforme a una perspectiva dogmática, propia de la evolución científica del concepto, Mir define el delito en tanto se trata de: «*una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico prevista en un tipo penal, imputable a una conducta humana intersubjetivamente peligrosa ex ante no justificada y personalmente prohibida a un sujeto penalmente responsable*» (2005: 182).

Itercriminis

Al decir de Frías, el *itercriminis*, trata sobre una categoría jurídico-penal que involucra todo el recorrido del delito, desde que surge con la idea del plan criminal, pasando por la preparación, la ejecución y la consumación hasta su agotamiento:

El «*itercriminis*» supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa (1996: XXVII).

Definición ésta, de suma importancia en la teoría del delito en cuanto el delito imperfecto (*tentativa y frustración*), como refiere Arteaga, se halla delimitado en la ley por razón de la noción de *itercriminis*, es decir, en lo atinente al camino que recorre el delito y lo que resulta punible en referencia a la realización del comportamiento punible (2009: 503).

Política criminal

Para Delmas-Marty, citada por Binder, la política criminal se traduce en «*el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal*» (1997: 33).

Quintero, por el contrario, constituye una ciencia que se encarga de estudiar las condiciones que hacen eficaz la actuación del Derecho penal en la idea de proponer su perfeccionamiento (1999: 220).

En Liszt, la política criminal, reñida con el Derecho penal, se define en tanto instrumento de la política del Estado, pero limitada por el Derecho penal como Carta Magna del delincuente:

Pero la Política criminal –flamante, pujante- tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La Política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar a las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho penal –hijo de la Política- las consagra. Como el Derecho penal, la Política criminal

tiene, pues, sus límites: «el Derecho penal es la barrera intransgredible de la Política criminal» (1999: 71).

Para Roxin, política criminal y derecho penal conforman una unidad dialéctica (2000a: 49). A diferencia de von Liszt, Roxin entiende que la política criminal viene limitada, aunque propugna como el instrumento en virtud del cual ha de configurarse el Derecho penal, no sólo desde lo relacionado con la elección de las sanciones preventivo especiales de mayor eficacia para la prevención del delito, sino como el conjunto de aspectos fundamentales acordes con la Constitución y el Código Penal, que han de presidir la fijación de la penalidad y las sanciones (2000a: 58).

Moccia, siguiendo a Roxin, define la política criminal en clave garantista, en cuanto «*asume también la función garantista de delimitar la intervención punitiva estatal*» (2008: 17).

Por su parte, desde la perspectiva de los límites, Bustos y Hormazábal definen la política criminal como el poder limitado del Estado en la definición de lo que es delito y su persecución (2004: 25).

En este orden de ideas, en lo que Binder denomina como el “sistema penal”, la política criminal se define como ejercicio político-funcional del Poder Punitivo del Estado, que involucra al Derecho penal y el Derecho procesal penal, en cuanto elementos comprendidos y determinados en una lógica de “integración funcional” con la política criminal que habrá de darles contenido, dado que tanto el uno como el otro, entendidos como Derechos, cumplen una misión instrumental en referencia a la política criminal, la cual, afirma, no es una ciencia sino una política estatal o un aspecto de la política del Estado (1997: 27 y ss.).

Una política, dirá, que no depende de sí misma en terrenos de la legitimidad, sino de la racionalidad que dimana de los derechos humanos en

cuanto presupuesto ineludible de la democracia, uno de cuyos máximos indicadores es la máxima judicialización del poder penal del Estado (1997: 45).

Razón por la cual, la política criminal, entendida por este autor como el conjunto de decisiones políticas en atención al uso de la coerción penal, tanto en la dirección de unos fines y el uso de los medios para concretarlos, dependerá no sólo del modelo de Estado en el cual se la conciba, sino del ideal político-criminal que se adopte y de la premisa deontológica –*ético-política*- del *deber ser del poder*, lo que requiere, en palabras de Binder, tener claro que todo modelo de política criminal «*se construye desde la perspectiva del poder*» (1993: 52) y en no pocos casos en atención a la ideología del orden (2010: 21).

Esto último, se advierte bien desde la perspectiva del modelo constitucional de Estado, como de las amargas experiencias padecidas por la humanidad en orden a la política criminal de la época nazi (Llobet, 2004), del fascismo de Mussolini (Bettioli, 1995) y el ideal socialista del Derecho penal de la zona alemana de ocupación soviética (Jescheck, 1967).

Como destaca Zaffaroni, al introducirnos en la propuesta de la Escuela de Kiel por parte de Dahm y Schaffstein, el ideal del Derecho penal en la época nazi se configuraba a través de tres pilares: 1) el concepto de ciencia penal política, 2) la teoría del delito entendida como lesión del deber y traición, antes que lesión de intereses individuales o bienes jurídicos –*consecuencia de la visión comunitaria que desplazó al individuo como centro a favor del ideal de la comunidad del pueblo alemán*- y, 3) con los aportes de Dahm en su teoría del tipo de autor por disposición interna de delinquir (Zaffaroni: 2011: 35). De allí que valga la pena detenerse en lo dicho por Dahm y

Schaffstein en su «*Liberales oder autoritäres Strafrecht? (¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?)*»:

La crítica del derecho penal actual impone la formulación de propuestas para el futuro. (...) Aún no es tiempo de extraer consecuencias particulares para la ejecución e individualización de la pena, para la ciencia y la praxis. Sin embargo, el ejemplo del fascismo italiano demuestra que es posible desarrollar – sobre la base de una concepción de Estado a la vez nacionalista y total– un sistema transformador del derecho penal decidido y abarcativo de todos los ámbitos político-criminales.

La opinión tradicional considera al derecho penal desde puntos de vista de adecuación a fines únicamente como medios de lucha contra el delito. (...) Por el contrario, una concepción más definida en función de la idea del Estado no puede admitir una existencia especial para el derecho penal ni para un ámbito de la vida pública. No admite la validez de objetivos particulares autónomos, sino que, ante todo y fuera de toda duda, considera al derecho penal simplemente como el medio para conservar y salvaguardar el poder estatal. (...)

La educación en el Estado autoritario será predominante en la comunidad. La tendencia la señalarán las posibilidades *pedagógico-sociales* del derecho penal, sus efectos sobre la comunidad. Esto significa que mediante el efecto sobre el individuo del Estado no sólo busca conseguir de él, sino también de la comunidad, el más alto grado de respeto posible a la autoridad, por lo cual el delito es no sólo la razón de la pena, sino su ocasión. El Estado utiliza la pena para hacer visible su poder ante los ojos de todo el mundo. En la pena se expresa simbólicamente la dignidad del Estado; la pena de muerte pone en fuerte evidencia que el individuo puede quedar a merced del Estado. (...)

Debe dejar de espantarnos la idea de que el derecho penal autoritario eventualmente abandone a los corregibles, lo que se justifica por el interés y la dignidad superior del Estado, cuya función no es la de salvar todas las almas. (...)

El derecho penal del Estado autoritario no podrá renunciar, en especial, a la pena de muerte, que está viva en la conciencia del pueblo, no contradice en verdad las visiones culturales de nuestra

época y parece apropiada para fortalecer la vigencia de la idea de autoridad estatal. Además cabe agregar la idoneidad como medio de inocuidad e intimidación. (...)

En lo que hace a la posición acerca de la cuestión de la división de los poderes debe partirse de que el propio Estado habrá de vigilar el manejo de la administración de justicia penal, sin tolerar influencias externas perjudiciales para el poder estatal, ni el vaciamiento interior de la idea del Estado por los propios órganos de la administración de la justicia penal. (...) deben establecerse las seguridades también para que el juez aplique efectivamente el derecho penal en el sentido de conducción autoritaria del Estado, lo que demanda importantes tareas legislativas. (...)

Al respecto se impone la prudencia en el relajamiento del principio *nulla poena sine lege*, producido inevitablemente después del fracaso de la reforma del derecho penal y que, en cierta medida, es deseable. Este principio, según el cual, el juez no puede sobrepasar la ley, se interpretó hasta aquí sustancialmente en favor del autor, conforme a la justificación de su origen histórico, atribuido correctamente a los principios fundamentales del liberalismo. Sin embargo, la concepción del Estado autoritario también exige una cierta vinculación del juez, puesto que considera al derecho penal como parte esencial del poder estatal y quiere asegurar para el Estado el manejo de este medio de poder (Dahm y Schaffstein, 2011: 92, 93, 96, 101, 103 y 104).

Tal ideal político criminal, como reseña Llobet (2004: 54 y ss.), de igual manera y como no podía ser de otro modo, se concretó en el proceso penal del nacionalsocialismo, el cual se concibió para luchar contra los comunistas, los judíos y, finalmente, para imponer la ley y el orden, en virtud de lo cual atendiendo al consenso sobre el incremento de la criminalidad se creó un clima para disponer de los derechos civiles y las garantías jurídicas a favor de confianza en la policía, que quedó habilitada para detener a personas antes de cometer delitos y, de ser el caso, enviarlos a los campos de concentración, lo que se complementaba con los poderes otorgados a la policía criminal (*Kriminalpolizei*) y la Gestapo:

La Gestapo (Policía Secreta), principalmente a partir de principios de abril de 1937, empezó a corregir las decisiones judiciales, de modo que no era infrecuente que una persona absuelta fuera detenida por la policía en la misma Sala de Audiencias y conducida a un campo de concentración. Lo mismo ocurría cuando se consideraba que la sentencia dictada era muy benigna, por lo que una vez cumplida la pena el sujeto no era liberado, sino conducido a un campo de concentración (2004: 64).⁶⁵

Por lo demás, el concepto político de derecho penal de Dahm y Schaffstein, también se materializó con el Derecho Penal Soviético aplicado en la *Zona Alemana de Ocupación Soviética*, de cuyo principio de “legalidad socialista” dimanaba la facultad legal de los tribunales populares que podían decidir con base en la conciencia revolucionaria y sin atender a leyes, en tanto tal legalidad no se explicaba en orden a la estricta y cierta determinación de los delitos y las penas, ni a los principios del Estado de Derecho, sino por dicha conciencia y por las resoluciones del partido comunista, lo que además de demandar la rigurosa obediencia a la autoridad y al partido, también exigió una actitud partidista en la administración de justicia, como lo indica Jescheck refiriéndose a lo afirmado por profesores de tal Derecho penal:

⁶⁵Como explica Llobet, en el nacionalsocialismo el proceso penal se hallaba determinado por las necesidades políticas, con lo cual la administración de justicia penal se limitaba a legitimar los procedimientos policiales en la persecución del “enemigo” político y la lucha contra la criminalidad, para lo cual la reserva legal y judicial, consecuencia del principio de legalidad, fueron excepcionadas, por lo que el proceso penal no pasaba de constituir un mero trámite (2004: 20). Por lo demás, para una revisión de la política criminal del nacionalsocialismo, del ideal jurídico-penal sustantivo y adjetivo, puede verse en: Muñoz, F. (2001). *El Proyecto Nacionalsocialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad*. En: *Revista CENIPEC N° 20, Año 2001*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela, pp. 151 – 180; Muñoz, F. (2003). *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. (4ª ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia: España; Rütters, B. (2004). *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Traducción y Presentación de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá; Zarka, Y. (2007). *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. Traducción del francés por Tomás Valladolid Bueno. Anthropos Editorial. Barcelona: España; y Müller, I. (2011). *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. (Reimp.). Traducción de Carlos Armando Figueredo Planchart. Editorial ABC Ltda. Bogotá.

Las resoluciones del partido nacen de la comprensión de las necesidades históricas, son su traducción política práctica. Constituyen los fundamentos de nuestra legalidad y de nuestras leyes. (...) Por lo tanto, legalidad socialista significa ante todo negar el derecho de examen judicial y rechazar estrictamente la idea de que puede existir un injusto estatal revestido de formas legales. (...) “La aplicación consecuente de nuestro derecho es una aplicación partidaria, puesto que el mismo derecho es partidario. Por esto, cumplimiento de la legalidad también significa salvaguardia del partidismo”; lo dice una publicación oficial. Consecuentemente, no se admite un “arbitraje judicial neutral”. Partidismo quiere decir tomar partido a favor de las necesidades y de las aspiraciones de la clase dominante, como se presentan de acuerdo con las resoluciones del partido y sus manifestaciones legales (1967: 35 y ss.).

Aunado a lo anterior, también interesa acá lo puntualizado en orden a los compromisos socialistas de la administración de justicia penal y su “democratización”, en cuanto la legalidad socialista se hallaba protegida por la policía política y los jueces camaradas:

En la Unión Soviética, una parte de la administración penal de justicia ya está a cargo en la actualidad de “tribunales camaradas” que se forman en los barrios, en las oficinas y en las fábricas, y que con medidas como el desahucio, traslados a otros lugares de trabajo peor remunerado y penas infamantes, disponen de facultades importantes. Ya hoy en algunas Repúblicas soviéticas se destierra, por un período de dos a cinco años con sentencia social dictada por una asamblea general de ciudadanos, a las personas que conducen una vida antisocial y parasitaria (1967: 40).

En este contexto, la protección de las libertades individuales por parte del Derecho penal de garantías, rechazado por liberal y capitalista, no sólo era contraria a la legalidad socialista, sino que tampoco era necesaria por cuenta de la ubicación del hombre en el todo, razón por la cual se decía: «*La libertad ya no existe, porque ya no hay nadie que desee vivir en otra forma que no sea la colectiva*» (1967: 42).

De allí lo afirmado por Landrove, al definir el Derecho penal y la inconveniencia de recurrir a él por razones “políticas”:

En cualquier caso, el Derecho penal no debe ser utilizado como un instrumento de poder en manos del grupo político dominante, ni servir para la imposición coactiva de determinadas ideas políticas o morales; debe aspirar –simplemente- a conseguir un marco mínimo de convivencia, haciendo posible en una sociedad pluralista el pleno ejercicio de las libertades ciudadanas (1997: 20).

Así las cosas, lo antes expuesto –*deinterés en la pretensión de esta investigación procurar un sistema de justicia acorde con la dogmática de un Derecho penal de garantías-*, sin duda alguna, explica lo señalado por Binder y por Zaffaroni, quien además de reafirmar que la política criminal no es más que política y que las reformas penales comportan decisiones políticas, pone de relieve un asunto de capital interés, en cuanto a que: «*Sólo la decisión político-criminal por la arbitrariedad y la inseguridad jurídicas implica la negación de la dogmática, pues constituye la negación de la finalidad que el método persigue*» (1992: 7), fundamentalmente, en tanto y en cuanto la dogmática, consustanciada con un Derecho penal democrático y liberal, persigue la tutela de bienes jurídicos penales y a la seguridad jurídica con exclusión del voluntarismo judicial.⁶⁶

De suyo entonces, queda clara la utilidad del término *política criminal* en cuanto a la comprensión acerca del porqué la valoración del Derecho, el Derecho penal y el Derecho procesal penal –*encanto versan sobre instrumentos funcionales del poder en el ejercicio del ius puniendi-*, se halla

⁶⁶ A los fines de advertir el estado actual de la discusión político criminal en cuanto a la expansión del Derecho penal, la discusión político criminal en la sociedad del riesgo y la denominada política criminal securitaria véase en Silva, J. (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (2ª ed.). Editorial B de F. Buenos Aires y en Díez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Editorial B de F. Buenos Aires.

determinada por las decisiones político criminales, a la par de los límites que el Derecho penal y su dogmática procuran imponer a la política criminal (1999: 51). Así lo refiere Fernández: «*El concepto de Derecho penal depende de la concepción de la política criminal que se asuma para definirlo*» (2002: 35), cuando pone de presente que el Derecho penal no se define por el hecho cierto de aplicar penas, indicando que si algo es penal pero no Derecho, tampoco es Derecho penal, pues entiende que no hay Derecho penal sin Derecho (*nullum crimen nullapoena sine ius*) (2002: 35).

También ayuda en la comprensión del título de esta investigación y sus objetivos, dado que la relación entre política criminal y Derecho penal, así como la permanente tensión en la que se desenvuelven y de la cual no escapan las categorías dogmáticas, penales o procesales, *-como ocurre con el concepto del delito y de la flagrancia-*, pues como advierte Zaffaroni:

En el mundo nunca hay un estado de derecho perfecto y, por ende, tampoco existe un derecho penal liberal o de garantías perfecto; siempre el estado de derecho está en pugna con un estado de policía que lo quiere arrasar y el derecho penal está en pugna con el poder policial que quiere liberarse de todo límite y control (2011: 52).

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1.- Consideraciones generales

Habiéndonos planteado un problema de investigación, sus objetivos, justificación, alcance, corresponde ocuparse del denominado marco metodológico, pues es en correspondencia con este como habrá de definirse la metodología de investigación en concreto. Esto es, en relación al tipo de investigación concebida. Al decir de Balestrini:

El Marco Metodológico, está referido al momento que alude al conjunto de procedimientos lógicos, técnico-operacionales implícitos en todo proceso de investigación, con el objeto de ponerlos de manifiesto y sistematizarlos; a propósito de permitir descubrir y analizar los supuestos del estudio y de reconstruir los datos, a partir de los conceptos teóricos convencionalmente operacionalizados (2006: 125).

El presente capítulo versa sobre el tipo de investigación y el diseño de la misma, en la idea de poner de relieve cómo se llevará a cabo, tanto en lo atinente al objeto de estudio, la forma de abordarlo y la información necesaria al respecto. Por consiguiente, nos encontramos acá en el momento de precisar cuál o cuáles serán las técnicas de investigación y para abordar tal propósito es necesario tener presente cuál es el tipo de investigación planteada.

En este sentido, la investigación esbozada en el Capítulo I, ineludiblemente demanda la indagación de una serie de documentos y fuentes, dogmáticas, normativas y jurisprudenciales, siendo el escenario consustancial al tópico de estudio el de la flagrancia. Por ello, no cabe duda

alguna, que la técnica y los procedimientos a ejecutar son los de una investigación de tipo documental, en virtud de la cual se procederá a la revisión de textos, su análisis y valoración, tanto para la concepción de un esquema de investigación, como para el bosquejo de su desarrollo.

En el mismo orden de ideas, el marco metodológico, en cuanto comporta el la discriminación del diseño de investigación y el tipo de la misma, nos remite a otro aspecto no menos importante, como lo es la forma en que se obtiene la información, aunado al procedimiento a seguir para estudiarla y valorarla.

Con lo cual, habiendo puesto de relieve el tipo de investigación del presente trabajo, en cuanto documental, corresponde ocuparnos de tal especificidad en la idea de dejar claras las características de las mismas y el procedimiento llevado a cabo, concretamente, en el marco teórico.

www.bdigital.ula.ve

3.2.- Tipo de investigación

Realizada las consideraciones previas y definido el tipo de investigación, como documental, dado que el objeto de estudio en la presente investigación atañe a la praxis judicial de la flagrancia, puede señalarse que además de tratarse de una investigación documental, a tenerse como un estudio de desarrollo teórico y de revisión crítica, tal y como se define en el Manual de Trabajos de Grado de la UPEL (2010: 20). Ello, a tenor de lo que se entiende por investigación documental:

Se entiende por Investigación Documental, el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo, principalmente, en trabajos previos, información y datos divulgados por medios impresos, audiovisuales o electrónicos (2010: 10).

Parafraseando a Bernal (2006: 110), la investigación documental se explica debido a su naturaleza en razón de que la misma trata del estudio y análisis de lo escrito sobre un tema determinado, bien para afirmar relaciones, advertir diferencias, tener en cuenta el estado de la cuestión o para tomar posición al respecto. En este último aspecto estaríamos ante una prescripción valorativa, mientras que en lo primero se trataría de la descripción del objeto de estudio. De allí, el que hayan investigaciones documentales meramente descriptivas y otras descriptivas-valorativas. Dicho de otro modo, investigaciones sobre el ser y otras sobre el ser y el deber ser.

Conforme a lo anterior, en lo atinente al campo específico de investigación y la metodología propia de la ciencia que nos ocupa, vale decir, la jurídica, resulta oportuno hacer mención a lo señalado por Jáñez al explicar las modalidades metodológicas de investigación, definiendo la de tipo documental como una modalidad caracterizada por el análisis de una situación específica con el apoyo de documentos confiables y originales, la cual, al decir del autor, requiere de una amplia revisión bibliográfica, la cual dependerá de lo que denomina como el ciclo metodológico comprensivo del momento de la formación del Derecho por parte del legislador, pasando por su aplicación por parte del juez, su estudio, comprensión y valoración por parte del jurista científico, hasta llegar al ámbito de su enseñanza (2005: 125 - 127).

Por lo demás, teniendo en cuenta que la flagrancia es una figura o categoría propia de la dogmática del Derecho procesal penal, a lo que hemos de sumar que es a través de este donde se materializa el Derecho penal material o sustantivo –*como ocurre con el proceso en general como instrumento de concreción de todo el derecho sustantivo*-, es por lo que coincidimos con el autor patrio al tratar de la metodología en el Derecho procesal, teniendo en cuenta el proceso como un conjunto de principios

jurídicos (2005: 131) y, en términos constitucionales, como se ha puesto de relieve en el anterior Capítulo, en tanto garantía instrumental de justicia material condicionada por la noción de debido proceso.

Lo antedicho, no cabe duda, da cuenta en el entendido de que estamos ante una investigación de tipo documental, como se esbozó y desarrolló en el Capítulo II, relativo al Marco Teórico, descriptiva y, como se concretará del Capítulo IV, valorativa, en cuanto hemos considerado ir más allá de la descripción habida cuenta de la importancia de la problemática abordada.

Por lo demás, también se está ante una investigación analítico-normativa en el marco de la cual se estudia las nociones que dan contenido, alcance y límites a la flagrancia de acuerdo con la normas constitucionales y legales, las construcciones teóricas de la dogmática del Derecho procesal penal y el Derecho penal, al tiempo que también se ocupa, en primer lugar, de la jurisprudencia de algunos tribunales venezolanos, incluso extranjeros, como el Tribunal Supremo español, a los fines de operacionalizar la praxis judicial – *comprensiva de la policial*- o la realidad, para hacerla entrar en el marco científico y político de un Derecho penal de garantías en tanto expresión del Estado Constitucional de Derechos y, por ende, del núcleo mínimo de un Derecho penal demoliberal.

Así las cosas, el definido y delineado tipo de investigación conviene precisar cuál es el diseño de la misma y la técnica empleada y a utilizar en su desarrollo.

3.3.- Diseño de la investigación

Para Balestrini, un diseño de investigación alude al plan trazado por el investigador de suma importancia en el estudio planteado, la técnica de

recolección de los datos y la información disponible, al igual que en lo relacionado con el análisis de lo estudiado, el cual se define en armonía con los objetivos de la investigación (2006: 131).

En este orden, Sabino (2002: 63), nos advierte sobre la pertinencia y necesidad del diseño de investigación en tanto el conocimiento constituye un proceso teórico-práctico *–en el contexto de la presente investigación, dogmático y político-criminal entre la teoría y la praxis de la flagrancia–*, el cual, ineludiblemente requiere de un diseño de investigación, cuyo objeto no es otro que el de *«proporcionar un modelo de verificación que permita contrastar hechos con teorías»*, a través de una estrategia que determina y condiciona el plan de investigación habida cuenta de su tipo.

Todo lo cual explica lo expresado por el autor en cuanto el diseño de investigación, previo a la explicación de los diseños de investigación bibliográfica y de campo, en cuanto sostiene que un diseño de investigación comporta *«una estrategia general de trabajo que el investigador determina una vez que ya ha alcanzado suficiente claridad respecto a su problema y que orienta y esclarece las etapas que habrán de acometerse posteriormente»* (2002: 63).

En la presente investigación, es evidente su carácter documental y bibliográfico por cuanto la misma, allende la descripción y la valoración entre el ser *–derecho positivo y las decisiones judiciales–* y el deber ser *–su correspondencia con la dogmática jurídico penal–*, tiene como punto de partida lo delineado por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito de la flagrancia.

Al decir de Sampieri y otros (2006: 117), la presente investigación en tanto documental y descriptiva procura recolectar datos sobre componentes y

aspectos significativos del objeto de estudio, siendo que en el caso nuestro tales datos o información se halla en textos jurídicos y decisiones de tribunales, connotados por conocimientos previos y contruidos por la ciencia del Derecho penal, en el marco de la cual, cabe destacar, pretende concretarse no sólo la descripción, sino también la valoración o prescripción.

La descripción en orden a las nociones de la flagrancia y su conceptualización, su expresión en la praxis judicial y, la prescripción, en lo que respecta al cómo debe ser dicha praxis, lo que habrá de realizarse en atención a las fuentes de información, la recopilación de la misma y los pasos de investigación o acciones a seguir para ello.

3.4. Acceso a las fuentes, recopilación de la información y acciones de investigación

Teniendo presente que la presente investigación se ajusta al marco científico de una documental o bibliográfica, es indudable que ha de precisarse también el cómo se obtendrá la información y las acciones o pasos de investigación que se llevarán adelante, lo que posteriormente determinará las técnicas y los instrumentos a tales fines.

De acuerdo con Balestrini (2006: 145), habiendo precisado el tipo de investigación y su diseño, el objeto de estudio y lo que el mismo comprende, llega el momento en el cual el investigador ha de trazarse la metodología a seguir y los medios para ello. Esto es, ha de escoger la técnica y los instrumentos para recopilar la información y los datos que le serán de utilidad en la investigación, además de procurar una forma amable con la tarea a realizar.

Se trata, como enseña la autora, de buscar y observar los hechos o datos relevantes que permitirán construir los conceptos teóricos a operacionalizar, entre cuyos métodos o técnica se encuentran: la valoración y análisis de las fuentes documentales existentes; la observación directa o indirecta de la persona del investigador (*por ejemplo, cuando estamos ante una investigación etnológica o antropológica*); y la indagación personal de la realidad que demandan respuestas de los sujetos de investigación (2006: 146).

Siguiendo con el orden precedente, como expresa Bernal (2006: 174), en todo trabajo de investigación, además de la importancia y necesidad que conlleva la recopilación de la información, bien para el desarrollo del marco teórico, como para el posterior análisis de los resultados de investigación, también es de suma relevancia detenerse en la información y los datos a consultar, en tanto que los mismos han de ser confiables desde la perspectiva de la validez de la investigación.

En este sentido, vale acotar que si bien el autor se refiere a la investigación de campo, también es dable tener en cuenta lo señalado en cuanto a la validez de la investigación, pues lo mismo es exigible en torno a la investigación de tipo documental, para lo cual habrá de consultarse los textos y la bibliografía que describan el objeto de investigación, que en esta investigación, fundamentalmente, están constituidos por textos normativos, teóricos y jurisprudenciales.

Conforme a lo anterior y al decir de Corbetta (2007: 394), en el contexto de la investigación de tipo documental, además del estudio, análisis y valoración de textos jurídicos y normativos, también puede recurrirse a otros tipos de documentos como lo son aquellos que se vinculan al material judicial, el cual, en la investigación que nos ocupa se refieren a sentencias

judiciales del Tribunal Supremo de Justicia y de algunos Tribunales de Instancia, en tanto fuentes de investigación a los fines de precisar la praxis jurisdiccional de la flagrancia.

Al respecto y siguiendo a Eco, en lo que toca a la presente investigación, de tipo documental-bibliográfica, lo primero a tener en cuenta es la selección de la fuente y el acceso a las mismas, pues como se pone de relieve «*es muy importante definir cuanto antes el verdadero objeto de la tesis a fin de poder plantear desde el principio el problema de accesibilidad a las fuentes*» (2005: 63). Una vez definido el objeto de estudio científico y, se añade, el tipo de investigación, es que podemos pensar en las fuentes de información y su acceso.

De seguidas, tendremos que precisar las fuentes primarias de las secundarias, siendo que en el ámbito de esta investigación ello habría de procurarse en los textos normativos que definen legalmente la flagrancia, las decisiones de los tribunales sobre la flagrancia y, finalmente, en los básicos y nucleares del Derecho penal, adjetivo y sustantivo, lo cual puede variar desde Tratados y Manuales hasta pequeños artículos de investigación, es decir, textos especializados en el tema. Para lo cual, como recomienda Eco, el investigador habrá de saber afrontar la revisión de los textos en la biblioteca y determinar qué le interesa y cómo registrará la información de interés (2005: 69 y ss.).

En esto consiste el acceso a las fuentes de investigación, lo cual, conlleva a la recopilación de la información y las acciones o pasos de investigación, debiendo acotar que en el contexto de una investigación documental-bibliográfica se accede a fuentes contentivas de conocimientos previos, lo que también habrá de cuidarse en la idea de ganar unos mínimos de validez

científica, razón por la cual el investigador tendrá que concretar una óptima selección de las fuentes a consultar (Sabino, 2002: 65).

Para tal propósito, en el marco de la presente investigación, resulta imprescindible elaborar un esquema de acción, el cual, entendido como los pasos de la investigación, demanda:

En primer lugar, tener presente las fuentes de investigación y la documentación a revisar y consultar, relacionadas con el tópico de la flagrancia y la ciencia del Derecho penal, bien que se trate de Tratados, Manuales, Lecciones, Monografías, Artículos, Códigos, Leyes y/o decisiones de los tribunales. Lo que conlleva la necesidad de acudir a bibliotecas y centros de documentación, tal y como ha tenido lugar en la investigación que nos ocupa;

En segundo lugar, discriminar y seleccionar los textos y la documentación a revisar para ficharlos, además de ordenarlos en orden a la lectura de los mismos desde los Manuales de Derecho procesal penal y Derecho penal, hasta las Monografías o Artículos Científicos, así como las decisiones de interés y relevancia, dada la imposibilidad e inconveniencia de revisarlas todas en cuanto a las limitaciones de tiempo y recursos, a pesar del internet;

En tercer lugar, concretar la labor de lectura y análisis de los textos que se han dispuesto al efecto;

En cuarto lugar, realizar la recolección de la información en fichas manuales o en la computadora, procediendo luego a ordenar dicha información; y

En quinto lugar, materializar el aporte de investigación en la configuración, presentación y desarrollo de lo relativo al análisis de lo estudiado hasta arribar al Capítulo de las conclusiones y recomendaciones, de ser el caso.

Todo lo cual, metodológicamente hablando, va a depender de la técnica y la instrumentación empleada en la recolección de los datos y la información de la investigación. Es decir, de la técnica empleada en relación al conocimiento previo en el marco del cual se sustentan las investigaciones documentales de tipo bibliográfico, tal y como se expone a continuación.

Al respecto, es de señalar que en este particular se ha seguido la metodología indicada, tanto en el abordaje de las fuentes normativas y dogmáticas, como en lo atinente a la jurisprudencia consultada en orden a la flagrancia, recurriendo en la mayoría de las veces a textos y en no pocas oportunidades a referencias de internet, sobre manera en la consulta de las decisiones en el portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia, al igual que a la herramienta de Google Académico y otros buscadores electrónicos como Dialnet y Redalyc.

No obstante, en este aspecto no todo es acceder a las fuentes, sino que también se requiere de disponer de una técnica en la búsqueda y recopilación de las fuentes de investigación y la información que de ellas dimana en cuanto a nuestro interés.

3.5.- Técnica e instrumentos de recolección de información

Después de trazar el plan de investigación en relación a su tipo y diseño, corresponde ocuparse de la recolección de los datos o la información, para lo que han de llevarse a cabo tres actividades en particular: 1º) Seleccionar el instrumento o método para recopilar los datos o la información; 2º) Aplicar

dicho instrumento o método y 3º) Organizar los registros y valoraciones para el posterior y correcto análisis (Sampieri y otros, 2002: 344).

Visto así y definido el diseño y el tipo de la investigación acá desarrollada, es por lo que resulta de interés hacer mención a la técnica de recolección de la información en la investigación documental-bibliográfica, la cual, por antonomasia, es la del fichaje de la información recopilada previamente, en tanto que las fichas funcionan mucho mejor que la memoria tal y como enseña Sabino (2002: 115).

Técnica ésta, la del fichaje, la cual nos acerca a la noción de instrumento de recolección de datos, entendido como *«cualquier recurso, dispositivo o formato (en papel o digital), que se utiliza para obtener, registrar o almacenar información»* (Arias, 2006: 69).

Sin embargo, antes de plantearse lo relacionado con el fichaje de la información contenida en los textos y documentos, se debe realizar un bosquejo de investigación con el título de la misma, la introducción y el eventual índice de contenido (Eco, 2005: 121). Plan de trabajo este, el cual, también precede al acceso a las fuentes primarias y secundarias en el abordaje en concreto del objeto de estudio e investigación.

Por tanto, una vez asegurado este paso de investigación y recopilada la bibliografía se ha de comenzar a leer el material disponible, para de seguidas proceder a la preservación del contenido de las lecturas lo que se realiza, en el marco de la investigación documental, a través de la ficha, entendida esta como unidad de registro, que pueden ser de bibliográficas, textuales, de contenido y mixtas (Sabino, 2002: 115).

Las bibliográficas, las cuales son de utilidad a los efectos de registrar los libros o documentos de interés del investigador; las textuales, comprensivas de párrafos del texto consultado y las de contenido, las cuales son de mayor espacio en cuanto al alcance de lo fichado en comparación con las textuales.

Aunado a lo anterior, la técnica del fichaje también abarca la densa información que disponemos en la red o en el recurso de *internet*.

En este orden de ideas, es de advertir que tal técnica de recolección de la información, se ha puesto en práctica en el trabajo que nos ocupa, pues dada la cantidad de información y la necesidad planteada en cuanto a su discriminación, es por lo que hubo de recurrir a la técnica del fichaje, bien para el caso de los textos, como para lo correspondiente al acceso en internet.

De esta manera, se realizó la búsqueda y compilación de los textos de interés, procediendo a colocarlos en el listado de las referencias bibliográficas con la subsiguiente identificación y lectura, debiendo destacar que en la presente investigación el fichado se materializó en mayor parte en la computadora, precedido del subrayado en los textos en cuanto a lo que Eco denomina como lectura discriminatoria (2005: 129).

Fichaje, el cual se ha puesto de presente en la realización del Marco Teórico, de acuerdo con la debida técnica de procesamiento a valoración de lo leído y acotado en las fichas.

3.6.- Técnica de procesamiento y valoración de la información

No cabe duda alguna, que los pasos de investigación precedentemente esbozados terminan en el procesamiento y el análisis de la información, en cuanto aspecto relevante de toda investigación cual es el de presentar una

argumentación en lo atinente a la solución del problema planteado en el Capítulo I. Así lo demuestra Sabino al expresar:

Finalizadas las tareas de recolección el investigador quedará en posesión de un cierto número de datos, a partir de los cuales será posible sacar las conclusiones generales que apunten a esclarecer el problema formulado en los inicios del trabajo (2002: 121).

Actividad ésta, la cual sólo podrá adquirir forma a través del procesamiento, tenido como antecedente del análisis y/o la valoración de la información y de los resultados de la investigación.

Del mismo criterio se muestra Bernal, cuando al ocuparse del procesamiento de la información y su finalidad, señala que este paso de investigación consiste en ordenar la información con la finalidad de evaluarla para generar resultados, a tenor de lo cual se procederá a realizar el análisis respectivo en el marco de los objetivos y las preguntas de la investigación (2006: 181).

Así las cosas, en la presente investigación nos planteamos realizar un análisis de los textos desde la descripción del problema objeto de estudio cual es la divergencia entre la praxis de la flagrancia y la normatividad de la misma.

En este particular, ello se concretó en el marco de una perspectiva dogmático-conceptual desde las nociones legales y doctrinales de la flagrancia a los fines de precisar si la praxis judicial se ajustaba a dichas nociones, acudiéndose a la aplicación lógica deductiva que se deriva del tipo legal de la flagrancia, tal y como aparece definido en el Código Orgánico

Procesal Penal y otras normas penales. Todo lo cual, cabe advertir, no sólo se realizó pensando en el título del trabajo, la formulación del problema y los objetivos, sino en lo atinente a la respuesta de las preguntas de investigación.

Para concluir, es necesario señalar que también se ha tenido en cuenta el modo de presentar la información, en la idea de hacer que el trabajo tenga una coherencia argumentativa y en la medida de lo posible resulte amable al momento de su lectura.

www.bdigital.ula.ve

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS

4.1.- El ideal político criminal en relación a la flagrancia y la praxis judicial

Si se atiende al epílogo del presente trabajo, conforme al cual se refiere lo afirmado por Montesquieu, con relación a que el delincuente condenado a la pena de muerte en un proceso conforme a las reglas preestablecidas del Estado de Derecho será más libre *–a pesar de que a la mañana siguiente haya de ser colgado–*, en comparación de la persona del condenado al margen de tales reglas, da cuenta que el proceso penal, en cuanto Derecho de realización del Derecho penal sustantivo, debiera partir de los principios de este último. Parfraseando a Nino, optando por la consideración de valores morales y ético políticos que se hallan en dichos principios, sin los cuales cualquier decisión legislativa, policial y judicial carecería de justificación (2013: 152).

Y es que lo contrariollearía a negar la función del Derecho penal en tanto límite y la contención del Poder Punitivo del Estado y, con ello, del Estado Policial, además de legitimar un ideal político-criminal que abjura de tal función de límite y de dichos principios. Con lo cual, el Derecho penal material sólo serviría de fundamentación del ejercicio del *iuspuniendi* y el Derecho procesal penal apenas se lo utilizaría para la tramitación *–a través del proceso–* del logro de designios político-criminales en el contexto de lo que Farrell denomina como consecuencialismo, en atención a lo cual lo bueno se antepone a lo correcto (2003: 150). Es decir, donde los fines *–al ser buenos–* han de alcanzarse a través de los medios de que se disponga y con

abstracción de los valores que puedan representar y, por consiguiente, sin restricciones a la hora de conseguir lo bueno (2003: 150).

Sin embargo, al configurarse el Derecho penal como límite del Poder Punitivo del Estado y del Poder Policial que subyace en todo Estado de Derecho (Zaffaroni, 2005: 21), antes que ajustarse al consecuencialismo donde los fines justifican los medios, por contra, se aviene con el deontologismo descrito por Farrell en cuanto teoría ética en la cual prevalece lo correcto sobre lo bueno (2003: 151); esto es, la legitimidad de los fines a través de los medios utilizados, donde éstos son más importantes que aquéllos.

De allí que al autor recurra al argumento de Platón contenido en el *Eutifrón*, en cuanto a que «*ciertas cosas no son buenas porque las quieren los dioses, sino que los dioses las quieren justamente porque son buenas*» (2003: 150), siendo que lo bueno no vendría determinado por la felicidad sino por lo correcto en cuanto se alcanza conforme a ciertos valores que se hallan presente no sólo en la noción del Derecho penal material en cuanto límite del Poder Punitivo y del Derecho procesal penal en tanto que Derecho de realización de aquél y del plexo de valores garantistas inherentes a un modelo constitucional de Estado lo que le ha merecido la denominación de *sismógrafo* de la Constitución (Roxin, 2000: 10).

De suyo entonces, las precedentes líneas nos convidan a concebir el Proceso Penal y sus instituciones, como la flagrancia, en atención a un prisma político-criminal en clave garantista de tutela y ampliación de las libertades, con lo cual el Derecho penal –*sustantivo y procesal*– se configuraría al decir de von Liszt «*como la infranqueable barrera de la Política Criminal*», a fin de evitar, como lo advierte Maier citado por Rusconi, en relación a sumo interés (*¿Es posible todavía la realización del proceso*

penal en el marco del Estado de Derecho?), que en la tensión entre derechos individuales y persecución penal sean los primeros los que prevalezcan, allende el reconocimiento de lo segundo, por lo que reclama un deber propio de los juristas en cuanto a la conservación y realización de los derechos individuales durante el proceso, salvo que quieran fundar es Estado Policial (2005b: 438).

Y es que tal y como advierte Rusconi, de nada sirven los principios de *ultima ratio, in dubio pro reo*, insignificancia, adecuación social, riesgo permitido –y en el tópico que nos interesa- de la interpretación restrictiva de las normas que restringen las libertades, como las relativas con la noción de la flagrancia, si luego el proceso penal se configura como un ritual cobijado por una hermenéutica legitimante de la expansión ilimitada del sistema penal y, por ende, contraria al ideal garantista, en virtud de lo cual afirma que «*el sistema de garantías no debe comprometerse de ningún modo con la necesidad de eficiencia en la persecución criminal*» (2005b: 441).

Así las cosas, el deontologismo propuesto también por Rusconi, en cuanto se decanta por el garantismo en lugar del eficientismo, es lo que le lleva a reclamar una relación garantista entre política criminal y derecho procesal penal necesaria en orden a la salvaguarda de las garantías constitucionales en el marco del sistema de enjuiciamiento, señalando:

De este modo, las normas del sistema procesal en materia penal deben manifestar la organización operativa de los derechos fundamentales y garantías constitucionales que, a su vez, forman parte del centro neurálgico de la política criminal del Estado. La orientación del proceso penal hacia la política criminal no es otra cosa que el camino conceptual destinado a favorecer esa manifestación constitucional. La política criminal del estado es el conjunto de principios, garantías y decisiones que influyen de manera directa en el sistema penal (2005b: 433).

Se sigue de lo antedicho, que la política criminal no puede configurarse al margen de los principios del Derecho penal y los valores del Estado de Derecho, por lo que pudiera decirse de entrada que cuando ello no sea así en modo alguno podrá hablarse de la existencia de una política criminal o de un programa político-criminal.

No obstante, así como puede afirmarse que la existencia de un Estado de Legalidad es insuficiente en cuanto al Estado de Derecho y que la mera legalidad puede justificar cualquier Estado de Derecho (Ferrajoli, 1999: 65), también vale lo propio en cuanto a la Política Criminal en tanto decisión política que funcionalmente atiende a los designios de quien detenta el poder político (Binder, 1997: 25).

Para el profesor Binder, duramente criticado e imputado por el ex Magistrado Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Alejandro Angulo Fontiveros, como el artífice de haber inculcado entre el foro de abogados y jueces venezolanos el garantismo, calificado como un “*esperpento idiomático*”, favorecedor de los malvados criminales en el contexto del “*peripatético*” COPP,⁶⁷ la política criminal como expresión del

⁶⁷ «... en 1998 se aprobó el peripatético COPP, cuya elaboración confiaron a un distinguido y talentoso jingeniero! que así se convirtió en el primer "escabino": el COPP, entre otras extravagancias, entronizó el escabinado y cuando hubo de ser eliminado, muchos hicieron dengues... Reitero mi repulsa por el oscurantismo.(...) La escandalosa impunidad que disparó el COPP (y a las víctimas ni las nombraba) eclipsó sus muy importantes aciertos. En 1998 su Art. 493 era muy permisivo porque a la mitad de la pena podían salir asesinos, violadores, secuestradores y asaltantes.(...) En 2001 se le hizo una reforma muy buena porque se anuló el despiritado Art. 493 y otras debilidades. Se les dio derechos a las víctimas (pero en 2012 les quitaron el derecho a ser oídas antes del sobreseimiento) y se acabó con el libertinaje de las nulidades por defectos no esenciales. Empero, después el ideal volvió a ser el dar libertad a los "privados"... El COPP deroga en la práctica el Código Penal pues superponiendo beneficios burla las penas allí dispuestas.(...) ¿Por qué tanto absurdo? Conviene saber su etiología. Los más conspicuos artífices del COPP fueron harto influidos e "inspirados" por el esforzado estudioso argentino Binder, quien en el prefacio de su obra "Introducción al Derecho procesal penal" plantea el abolicionismo o la desaparición del Derecho penal, cuyos límites, asegura, son "anticipo de su desaparición". Insiste en la "perspectiva garantista" (esperpento idiomático que incrustó con firmeza en una legión de abogados criollos) y para concluir suelta esta perla: "Teniendo claro que el objetivo final no

poder político del Estado y en concreto del Poder Penal se articula funcionalmente a través de un sistema integral que involucra al Derecho penal, al Derecho procesal penal y a la Criminología, en cuanto subsistemas, demanda de estos una coherencia funcional, por ello además de distinguir entre una política criminal democrática y una de corte autoritario, pone de manifiesto lo siguiente:

Si todo el sistema penal tiene como telón de fondo una determinada política criminal, es decir, está referenciado a una política criminal dada, cada uno de los subsistemas que lo integran debe ser coherente con los demás. A su vez, el conjunto de esos subsistemas que lo integran debe ser coherente con relación a la política criminal. Dicho en palabra más sencilla: no se puede tener un Código Penal que responda a una orientación, un Código Procesal Penal que responda a otra y una Ley Penitenciaria que responda a una tercera. La política criminal es la que va a plantear los grandes objetivos de todo el sistema y cada uno de los subsistemas debe ser coherente con la preservación de esos objetivos(1997: 27).

De este modo, a Binderno sólo le asiste la razón cuando advierte la coherencia funcional del sistema penal en cuanto el mismo sólo puede comprenderse desde el prisma de la política criminal que lo anime, sino cuando define los programas político criminales autoritarios con formas aparentemente democráticas bajo el “ropaje” de la seguridad ciudadana, al señalar que estos, a diferencia de la política criminal garantista aludida por Rusconi, son ilimitados en cuanto a ciertos principios básicos:

Su característica fundamental consiste en que subordinan los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad; por tanto, el alcance de la política criminal, prácticamente, no tiene límites (1997: 35).

es limitar la ley penal sino hacerlo desaparecer, aunque por ahora lo más urgente sea limitarlo, reducirlo, acorralarlo". ¡Fin de mundo! Semejantes desvaríos, con fuerza legal, hacen frustránea la intensa iniciativa desplegada por el Ejecutivo para salvar a la ciudadanía, sobre todo a los más pobres, de los criminales...» (Angulo, 2005).

Vale decir, lo político-criminal subordina a lo normativo y lo dogmático, en tanto que estos últimos comportan límites y contenciones irresolubles para un programa de combate o lucha contra la criminalidad que acude a todos los medios posibles, aun de los que están fuera de las fronteras normativas y constitucionales, en atención a las demandas sociales y las evidentes necesidades políticas de izquierdas y derechas; lo que trae como resultado el abandono de la doctrina y las nociones dogmáticas, lo que resalta Ragués al expresar:

Dado que en la práctica los órganos judiciales no suelen desatender las necesidades sociales, este apriorismo puede tener a menudo como consecuencia un alejamiento entre la doctrina y la práctica judicial, en la medida en que los conceptos creados por la doctrina resulten inútiles a la praxis (2002: 93).

Abandono, el cual, además de desatender el concepto de delito en el ámbito de la praxis judicial, como ocurre con los criterios dogmáticos en torno a la flagrancia, olvida que la eficacia del Derecho penal ha de estar subordinada a los límites externos que provienen de los derechos individuales, tal y como lo manifiesta Ragués al exigir que la práctica judicial se ha de acudir a los elementos del concepto de delito aunque ello no sea lo que comúnmente ocurra (2006: 97). Un aspecto que de igual manera destaca Tocora, en relación al desconocimiento del principio de legalidad que comporta un actuar legitimante de políticas criminales autoritarias y eficientistas (1990: 21)

Con ello, en palabras de Binder, el proceso penal apenas se fundamentaría en lo que llama la ideología del trámite que *«no detiene ni limita ni disminuye la política criminal»*, por virtud de lo cual *«los operadores están convencidos –en una suerte de intoxicación ideológica- que ellos solamente realizan los trámites prescritos por la ley y de ese modo se desatienden de los efectos de sus decisiones»* (2011: 56).

Pues bien, la introducción que precede, escrita en relación a otras legislaciones y praxis judiciales, pareciera dar cuenta de la situación descrita en este trabajo en lo atinente a la legislación venezolana y el desenvolvimiento de la jurisprudencia de la flagrancia, referenciada a partir de algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. Es decir, que la ideología del trámite coadyuvaría en la concreción, coherente y funcional, de un ideal político criminal de “lucha” y “combate” de la criminalidad, el cual encontraría en los jueces los más firmes aliados y en la flagrancia la institución más útil. Veamos:

En lo que respecta a lo normativo, si bien hallamos un límite constitucional al Poder Punitivo en relación con la flagrancia como institución procesal que posibilita la restricción de derechos sin orden judicial, no obstante se han configurado normas que de algún modo posibilitan su flexibilización.

Esto es, que a pesar de la existencia de normas constitucionales a tenor de las cuales toda intervención en las libertades de las personas por principio sólo puede ser acordada por los jueces *–reserva jurisdiccional–* y de lo que también dimana de la definición de flagrancia contenida en la norma procesal macro del Código Orgánico Procesal Penal y la norma que obliga a su interpretación restrictiva, tanto en relación a esta normativa macro, como a las contenidas en leyes especiales que remiten a ésta, se advierte de algunas normas la posibilidad de ampliar la noción de flagrancia, como acontece con la contenida en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y de la Ley Orgánica de Drogas, siendo que en ésta se da por sentado la existencia de la flagrancia en los delitos en los cuales las personas son detenidas con dediles o u otro tipo de envase intra-corpóreo.

En otro orden, en lo atinente a lo judicial, si bien se advierte que en la mayoría de las decisiones comentadas siempre se parte del principio según el cual los derechos sólo pueden ser intervenidos por orden judicial, salvo en los supuestos de flagrancia, la flexibilización se concreta precisamente cuando se trata de la consideración acerca de la existencia de un supuesto flagrante, con lo cual el principio de la exigencia de orden judicial deja de ser principio y pasa a constituirse en excepción.

En tal sentido, el que se reconozca la necesidad de orden judicial para proceder a la intervención de libertades básicas como la libertad personal, la intimidad y privacidad del domicilio y todo recinto privado, así como la que se corresponde con el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, no pasa de ser un mero enunciado o apenas una simple fachada utilizada, paradójicamente, para luego proceder a ampliar y desnaturalizar la noción de flagrancia, sin duda alguna, para participar político-criminalmente en el “combate” o la “lucha” contra el delito, sin lo cual, se llega a afirmar incluso, muchos delitos quedarían impunes. Dicho de otro modo, de lo que se trata es de construir una apariencia de respeto de las garantías constitucionales y legales para luego proceder en la “cruzada judicial” contra el delito.

Así las cosas, se amplía la noción legal de flagrancia contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, tal y como ocurrió en la sentencia de la Sala Constitucional 2580 del 11 de diciembre de 2001, en el marco de la cual se indicó que la sospecha, la experiencia y la intuición policial podrían dar lugar a la existencia de la flagrancia en delitos como el ocultamiento y el transporte de drogas ilícitas, en atención a lo subrepticio de la comisión de tales delitos. Razón por la que, teniendo la sospecha de que los mismos se «*estaban cometiendo*», se legitimaba la injerencia o intervención del derecho sin orden judicial con el subsiguiente hallazgo de lo que se tenía sospecha o

intuición. Todo lo cual, se estima fue lo que dio lugar a la previsión normativa desarrollada en la parte *in fine* del artículo 190 de la Ley Orgánica de Drogas (*una repetición del artículo 116 de la derogada Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*), el cual dispone:

En los casos de detención flagrante de un individuo con dediles u otro tipo de envase en el interior de su organismo, bastará para fines de identificación con la radiografía u otro medio técnico o científico que se le practique, o el informe de los médicos de emergencia que lo hubiesen atendido, hasta tanto se haga la experticia toxicológica de las sustancias (*Subrayado en cursivas fuera del texto*).

Por tanto, al igual que en la referida decisión de la Sala Constitucional, acogida y utilizada de modo acrítico por los Tribunales de Instancia, la flagrancia queda desvirtuada en su primer elemento de la percepción sensorial y, con ello, de su noción etimológica, lingüística y fáctica en cuanto excluye la indagación previa a partir de la sospecha, la intuición y la experiencia policial de lo que se presume está ocurriendo pero que no se percibe como aquello que *flagra* o *arde*, o de aquello que se percibe *in fragancia* en el momento en que se adquiere por el sentido del olfato.

Lo mismo resulta de la antedicha norma, en cuanto se da por recibido la flagrancia pero luego que se realiza la intervención corporal, con lo cual se invierte la noción constitucional de que ningún derecho ha de ser intervenido sin orden judicial, salvo en los supuestos de flagrancia, en tanto que esta se considera por vía de sospecha que luego se confirma con la intervención corporal sin orden judicial, configurando un estado de flagrancia legal en delitos de drogas al margen de su noción, cuando se afirma que en los casos de *detención flagrante de un individuo con dediles u otro tipo de envase en el interior de su organismo*, será suficiente con la intervención corporal a los

fines de la identificación de la sustancia ilícita, bien mediante las radiografías u otros medios científicos como el escáner corporal. Siendo que precisamente, es luego de dicha intervención, cuando se sabe de la existencia de drogas en el organismo, lo que de manera alguna se corresponde con la noción o el concepto de flagrancia.

De allí, que en el marco de dicha norma y de la citada sentencia de la Sala Constitucional pudiera hablarse de la configuración de un principio inverso al de la previsión constitucional del artículo 44, en cuanto a que primero se detiene “flagrantemente” y después de averiguar y confirma si hay flagrancia o no, afirmándose en la mencionada decisión que de resultar un error en orden a la actuación policial queda a la persona intervenida en sus derechos sin orden judicial y sin la existencia de un delito flagrante la vía de acudir a demandar al Estado.

De cierto modo, la citada sentencia 2580 de la Sala Constitucional y la aludida norma de la Ley Orgánica de Drogas, no sólo se emparentan con otras de las decisiones comentadas en cuanto a la flexibilización de la flagrancia, sino que también abonan al criterio que se sostiene en los delitos que presuponen la tenencia, posesión o porte de sustancias y objetos ilícitos, indicando que los mismos –se dice-, siempre se «están cometiendo», hasta tanto se descubren, de modo que cuando ello ocurre siempre hay flagrancia, bien para restringir la libertad personal, o bien para intervenir el domicilio o recinto privado sin orden judicial en relación a la permanencia del estado antijurídico de los delitos de tenencia o posesión.

Siendo que dogmáticamente tales delitos se catalogan como de consumación instantánea y efectos permanentes, en los que el comportamiento punible previsto en el verbo o núcleo rector se agotan con la realización del verbo o los verbos (*portar, poseer, tener*), de suerte que al

momento del hallazgo de los objetos o las sustancias ilícitas lo que mantiene es el efecto permanente del comportamiento, mientras que éste ya se ha configurado.

A ello se suma que el hallazgo de tales objetos o sustancias y, por ende, el descubrimiento del delito se produce a través de actos de investigación previos (*inspecciones personales, inspecciones de vehículos, inspecciones corporales u allanamientos de morada o recintos privados*), excluyentes de la percepción sensorial del delito que se está cometiendo y en la mayoría de los casos de la necesidad y urgencia de intervención que justificaría la intervención de los derechos sin orden judicial. Lo que, como es evidente, no se aviene con el concepto de flagrancia y la tutela que subyace de su interpretación restrictiva.

En este contexto, se pone de presente el conveniente uso de las expresiones normativas contenidas en la definición legal de flagrancia en cuanto al delito que «*se está cometiendo o acaba de cometerse*», constitutivas de la denominada *flagrancia real*, acomodando los verbos rectores de tales tipos penales a la situación de permanencia por medio de la conjugación en gerundio, esto es, se está *portando, poseyendo, detentando, ocultando, traficando, transportando, matando, secuestrando*, por consiguiente, se está delinquiendo o se está cometiendo el delito o, incluso, se acaba de cometer una vez que se produce el hallazgo de lo buscado en la diligencia de investigación, confundiendo la noción de permanencia con evidencia (Martín, 1998: 379), ésta última en cuanto al elemento definitorio de la flagrancia como lo es la percepción sensorial.

Conjugación que también alcanza los supuestos de hallazgos casuales, para los cuales un sector minoritario de la doctrina extranjera considera comprendidos en la noción de la flagrancia (Díaz y Martín, 2001: 184), en

casos en los cuales se ha realizado la entrada y registro a un domicilio o recinto privado, lo que presenta serios inconvenientes con relación a la estructura típicas de algunos delitos (*verbigracia, los de consumación instantánea como el homicidio o los de consumación instantánea y efectos permanentes, como el porte u ocultamiento de sustancias ilícitas*), al igual que con el principio de especialidad consagrado en los ordinales 2º y 4º del artículo 197 del Código Orgánico Procesal Penal, a tenor del cual la orden de allanamiento que autoriza la entrada y registro en el domicilio o recinto privado ha de especificar los lugares a registrar y los objetos o personas a buscar.

En idéntico sentido se recurre a la citada manipulación de los verbos rectores en lo atinente a los delitos permanentes como el secuestro y la desaparición forzada de personas, caracterizados por la permanencia en cuanto a la realización del comportamiento punible, teniéndose como emblemáticas las sentencias 603 del 05 de noviembre de 2007 y 205 del 14 de mayo de 2009, en atención a las cuales se legitima la aprehensión de personas sin orden judicial y la entrada en recintos privados sin orden judicial, bajo la argumentación de estarse cometiendo un delito permanente, como el de secuestro, lo que se descubre, precisamente, después de la inconstitucional e ilegal entrada y registro, señalando que se estaba cometiendo un delito, del cual, como se advierte, no había percepción sensorial ni necesidad de urgencia e intervención inmediata, con lo cual los funcionarios intervinientes habían podido pedir una orden judicial a tales efectos.

Razón por la cual, en dichas sentencias, se asimila la permanencia a la percepción sensorial, lo que pudiera explicar la modificación del ordinal 1º del artículo 210 del Código Orgánico Procesal Penal (*ahora 196*), en cuanto que de la redacción «*para impedir la perpetración de un delito*» -consustanciada

con la noción de la flagrancia real en cuanto al delito que se percibe estarse cometiendo o acabando de cometerse-, se ha pasado a una redacción según la cual puede exceptuarse de las formalidades sustanciales de la orden judicial de allanamiento en los supuestos de «*impedir la perpetración o continuidadde un delito*».

De modo que la expresión continuidad, en cuanto ampliación indirecta de la noción legal de flagrancia, pudiera entenderse en el sentido del delito que se está cometiendo y del cual no se tiene percepción sensorial, con lo que, del mismo modo que la permanencia, la continuidad *–propia del delito continuado antes que del delito permanente-*, posibilitaría la restricción de derechos sin orden judicial y sin flagrancia, pues ni del delito permanente ni del delito continuado pueden afirmarse la flagrancia. Así como tampoco podía valorarse en cuanto al derogado artículo 225 del Código Orgánico Procesal Penal, en cuanto posibilitaba considerar la entrada y /o registro en una morada o recinto privado cuando se tuviera sospecha de que se procedería a la comisión de un delito.

De otra parte, pero en el mismo ideal político criminal desarrollado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la noción de flagrancia se ha flexibilizado y ampliado con apoyo de la referida sentencia 2580 y el criterio acogido en la sentencia de los créditos indexados en orden a la prevalencia de los derechos colectivos sobre los individuales, bien a partir de los votos salvados de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán en relación a las sentencias 972 del 09 de mayo de 2006 y 1597 del 10 de agosto de 2006, como de lo decidido por la Sala con ponencia de dicha Magistrada en la sentencia 272 del 15 de febrero de 2007.

Acá también se planteó una flexibilización de la flagrancia en virtud de la necesidad de proteger a las mujeres de los delitos de los cuales son objeto,

acudiendo, por cierto, a un autor que de ninguna manera justifica la ampliación del Poder Punitivo del Estado, como lo es el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, para plantear una extensión de la flagrancia por vía de principios del Estado social y dar a esta «*un nuevo sentido*», a partir del artículo 44 de la Constitución de la República.

En este particular, se llega a afirmar que si bien no se presume la flagrancia si puede presumirse la autoría del delito flagrante, lo que se complementó con la afirmación contenida en la sentencia 272 del 15 de febrero de 2007, en cuanto a que el concepto tradicional de la flagrancia debe actualizarse para proteger a las mujeres a través de la detención de los infractores, dada la particularidad de los delitos de género y de la violencia doméstica, difíciles de encuadrar en la noción de la flagrancia en lo atinente a la percepción sensorial, proponiendo cómo ha de ser la interpretación del aludido artículo 44 de la Constitución de la República:

Al ser ello así, la razón de esta interpretación tiene que partir de la particular naturaleza de los delitos de género, pues su configuración, y en especial el de la violencia doméstica, son tan especiales que con dificultad podrían encuadrarse en una concepción tradicional de la flagrancia, por lo que podría dejarse desprovistas a las mujeres-víctimas de medidas positivas de protección con fines preventivos. Por ello, vista la particular naturaleza de los delitos de género, y vista la flagrancia como un estado probatorio, la prueba de la flagrancia de los delitos de género debe ser exigida en la forma y en el grado que al delito corresponde; ya que, si se requiriera siempre de pruebas directas para el arresto preventivo de los ilícitos penales, los delitos y en especial los delitos de género (por realizarse por lo usual en la intimidad) correrían el riesgo de quedar impunes, pues los delincuentes escaparían siempre de la ley. Por tanto, la exigencia de la *prueba evidente* en los delitos de género no se puede exigir más de lo que la propia prueba puede evidenciar. No en balde, se ha señalado:

“En un Estado social de derecho y de Justicia, donde los derechos de la colectividad están por encima de los individuales, donde para

mantener el tejido social hay que hacer justicia, la institución constitucional de la flagrancia tiene que estar por encima de algunos derechos humanos individuales, ya que la lucha contra el delito en general, es una defensa social que en un estado de justicia se complementa con el proceso.

Ante la relevancia y la enfermedad social que causan ciertos delitos, su persecución, respetando los derechos humanos absolutos, se coloca por encima de algunos de derechos humanos individuales. (...)

Es la reprobación de lo que se califica como “mal social”, entre otras circunstancias, lo que debe condicionar la interpretación de las instituciones que inspiran las normas, entre ellas, la flagrancia. Por ello, lo que se trata aquí es de reconceptualizar viejos conceptos, de precisar cómo esta institución que nació en el derecho procesal penal adquiere sus características propias dentro del ámbito de los Derechos Humanos, volviéndose un concepto novedoso que estatuye las leyes especiales de discriminación positiva; y de cómo, sin irrespetar el *test* de la razonabilidad y el de la proporcionalidad, se puede garantizar el derecho de las mujeres a tener una vida libre de violencia, más aun cuando es obligación de la jurisdicción constitucional construir una jurisprudencia progresiva más próxima con la realidad y con las necesidades sociales; es decir, más representativa de la complejidad y de la pluralidad de la idea de justicia tal como está siendo reclamada socialmente.

Es así, como tal *re-conceptualización* de la flagrancia, asumida a partir de la sentencia 2580 y la relacionada créditos indexados (*Nº 85 del 24 de enero de 2002*), da lugar a la concreción legislativa del artículo 96 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia:

Artículo 96.- Se tendrá como flagrante todo delito previsto en esta Ley que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como flagrante aquél por el cual el agresor sea perseguido por la autoridad policial, por la mujer agredida, por un particular o por el clamor público, o cuando se produzcan solicitudes de ayuda a servicios especializados de atención a la violencia contra las mujeres, realizadas a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o fax, que permitan establecer su comisión de manera inequívoca, o en el que se sorprenda a poco

de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. (...)

En estos casos, toda autoridad deberá y cualquier particular podrá, aprehender al agresor. Cuando la aprehensión la realice un particular, deberá entregarlo inmediatamente a la autoridad más cercana, quien en todo caso lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión.

Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley. En este supuesto, conocida la comisión del hecho punible el órgano receptor o la autoridad que tenga conocimiento, deberá dirigirse en un lapso que no debe exceder de las doce horas, hasta el lugar donde ocurrieron los hechos, recabar los elementos que acreditan su comisión y verificados los supuestos a que se refiere el presente artículo, procederá a la aprehensión del presunto agresor, quien será puesto a la disposición del Ministerio Público, según el párrafo anterior. (...) (*Subrayado fuera del texto*).

Por lo demás, como en muchas de las decisiones comentadas, en atención a los delitos de violencia de género, al decir de Casal (2010: 24), se acude a la ponderación de principios, dando por sentado de entrada que los derechos colectivos están por encima de los individuales, tanto en la citada ley especial, como en lo relacionado con el ejercicio del *ius puniendi*.

Así, lo antedicho es indicativo de la praxis judicial y del ideal político criminal que subyace en tales decisiones y en las normas que se han venido promulgando y reformando, claro está, en la idea de ampliar la noción de flagrancia en cuanto a la persecución del delito. Razón por lo cual conviene, aunque sea de modo breve, hacer algunas precisiones acerca de la flagrancia, constitucional y legalmente hablando, teniendo en cuenta su

naturaleza jurídica y sus elementos. Pues sólo así podrá precisarse su fundamento, su alcance y, por ende, sus límites.

4.2.- La noción normativa y dogmática de la flagrancia

Atendiendo a lo antedicho y a lo indicado por el profesor Mauricio Rodríguez Ferrara –*tal y como lo ha resaltado en una conversación sostenida a propósito del presente trabajo*–, acogiendo la teoría en virtud de lo cual las normas se dividen en prohibiciones y permisos, toda norma permisiva comporta una excepción como ocurre con las situaciones de emergencia en las que se permite que una ambulancia circule a pesar del rojo del semáforo.⁶⁸ Se habla acá de norma permisiva, mejor dicho, de reconocimiento en cuanto causa de justificación. Debido a esto, cabe decir de entrada que la flagrancia atiende al reconocimiento de una situación en atención a la cual se habilita o justifica la restricción de derechos fundamentales sin orden judicial.

En este particular, conviene poner de relieve lo afirmado por Mendoçaal ocuparse de permisos y derechos individuales (2000: 103 y ss.). En este orden, destaca lo señalado en cuanto a las restricciones que se imponen a la autoridad, en vista de lo cual se indica que las normas reguladoras de la conducta de la autoridad y las competencias establecidas a su ámbito de actuación dan lugar a los límites bajo los cuales se tendrán por válidos los actos de la autoridad, ante lo cual afirma:

Es necesario considerar, por otro lado, que toda competencia deriva de normas que, al otorgar atribuciones a una autoridad

⁶⁸ Al respecto, en rechazo de la Teoría de las Normas en atención a la cual se entiende el ordenamiento jurídico en cuanto conformado por prohibiciones y normas permisivas, puede verse en Bustos y Hormazábal (2004: 41), quienes hacen referencia a las normas que prohíben o mandan como normas de instrucción y las denominadas permisivas como normas de reconocimiento o merecimiento.

para ejecutar ciertos actos, excluyen, al mismo tiempo, todos aquellos otros para los cuales no concede competencia (2000: 105).

Siguiendo el mismo orden de ideas, Mendonça explica las normas de competencia aplicadas a la noción de autoridad legitimada para actuar en determinados contextos, así como en lo relativo a la noción de juez y de la actividad de juzgar, concebida esta última como una acción de tipo institucional que ha de concretarse en base a normas preestablecidas, tanto en lo sustantivo como en lo procesal (2000: 129). Por ello, al explicar las normas de competencia como aquellas que autorizan, habilitan o confieren poder para actuar, a la vez que posibilitan dicho actuar por parte de autoridad, despliegan los límites en cuanto a las prohibiciones o las incompetencias, lo que lleva a concluir:

Por consiguiente, la validez de los actos de autoridad depende de la sujeción por su parte a los límites personales, procesales y materiales fijados por tales normas y cualquier extralimitación en alguno der esos aspectos acarrea la nulidad de los actos en cuestión (2000: 134).

Así, la flagrancia ha de valorarse, al igual que como ocurre con las causas de justificación como la legítima defensa por parte de los particulares o en el uso proporcional de la fuerza por parte de la autoridad policial, en tanto normas permisivas y excepcionales que habilitan para la afectación de bienes jurídicos de un tercero y requieren la observancia del tipo objetivo de legítima defensa (*Artículo 65, literales a, b y c del CP*) o uso proporcional de la fuerza (*Artículo 119, ordinal 1º del COPP*); por lo cual, también ha de cumplirse con el tipo constitucional y legal de la flagrancia, bien teniendo presente su noción constitucional y el concepto que la sustenta, así como la definición legal desarrollada en el Código Orgánico Procesal Penal.

En palabras de Ramírez y Hormazábal, las causas de justificación o normas justificantes al *reconocer* el derecho de defensa a una persona en situación de riesgo, ineludiblemente, obligan a una valoración sobre la situación en concreto para establecer el *merecimiento* del ejercicio de tal reconocimiento, habida cuenta de que el mismo comporta una situación extrema en la que se habilita la afectación de un bien jurídico (2004: 46).

Salvando las distancias entre la legítima defensa y la flagrancia, las une un punto en común como lo relativo a la habilitación para la restricción de un bien jurídico –*derecho protegido por una garantía de inviolabilidad*–, cuando no se puede acudir a la autoridad legitimada por vía reserva constitucional, legal y jurisdiccional para la restricción de tal bien jurídico.

Debido a lo señalado, bien que se tenga a las normas que regulan la noción constitucional y la definición legal de la flagrancia, en tanto normas permisivas o de reconocimiento, habrá de tenérselas como disposiciones que determinan competencias y, como se ha dicho, fijan límites a la autoridad policial y judicial, sobre manera si se advierte que la flagrancia en cuanto excepción ha de operar como la *extrema ratio* en tanto que por principio la restricción de los derechos sólo ha de corresponder a los jueces.

Por ello, puede afirmarse que la flagrancia, en cuanto institución procesal, al igual que las normas que la regulan –*las cuales han de interpretarse restrictivamente como toda norma que implique una afectación de los espacios de libertad*–, han de tenerse como excepciones al principio general. Todo lo cual implica que se la valore de modo similar a como acontece con la legítima defensa, fundamentalmente, en la reacción a la agresión que ha comenzado a realizarse no así a la inminente, que en el supuesto de la flagrancia daría lugar a la denominada *flagrancia a priori*, lo que no se halla regulado en la definición legal desarrollada en la norma procesal macro.

Como se desprende de las bases legales, sus antecedentes históricos y las que rigen actualmente, la flagrancia versa sobre la excepción a otra excepción, en cuanto las libertades y los derechos, salvo el derecho a la vida –*que pudiera verse limitado en el contexto de una causa de justificación*–, sólo pueden restringirse a través de una orden judicial.

Esto se advierte de la redacción constitucional en tanto que las garantías de los derechos de libertad personal e intimidad, privacidad y secreto de lo que transcurre en el domicilio y el recinto privado, así como en el ámbito de las comunicaciones privadas, sólo pueden ser limitadas por orden judicial lo cual atiende a lo que la doctrina denomina como el principio de reserva jurisdiccional (Noya 159: 2000; Suárez, 2001: 109; Etxeberría, 2003: 256; Bernal y Montealegre, 2004: 154).

Por ello, no podría hablarse de una excepción pura y simple, sino antes bien de una excepción calificada, la cual conllevaría a una mayor exigencia dado que la afectación de las libertades y derechos quedaría en manos del Estado Policial sin la mediación del órgano jurisdiccional al momento de tal afectación y, por ende, sin la debida ponderación judicial. De esta manera, el principio de reserva jurisdiccional funciona como una cláusula de cierre del principio de legalidad y de la reserva legal, en el entendido de que siendo precisamente los jueces quienes tienen la misión fundamental de salvaguardar las libertades ciudadanas, sea a ellos, por consecuencia y sistemáticamente hablando, a quienes se les asigne el control en cuanto a la excepcional restricción de dichas libertades.

En este sentido, Noya al tratar de la intervención de las comunicaciones orales y los jueces como últimos garantes de los derechos, en cuanto al principio de reserva judicial, refiere:

Si los órganos jurisdiccionales tienen encomendada la misión de garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, en buena lógica las limitaciones impuestas a su ejercicio previstas en la ley deben ser adoptadas también por ellos, quedando a su juicio la proporcionalidad de tales medidas en relación al caso concreto (2000: 159).

En palabras de Etxeberría, sólo la intervención de un órgano jurisdiccional y la garantía de una decisión motivada en el ejercicio del control material por parte de los jueces es lo que posibilitará tan delicada interferencia en el ámbito de libertad de las personas, sacrificando dicho espacio individual (2003: 256). Aun más, como expresa Noya, la reserva judicial no sólo se traduce en el ejercicio de un control previo a la restricción del derecho, sino que aunado a ello garantiza la independencia, imparcialidad y objetividad del ente judicial que en no pocas veces se hallaría ausente en el ente administrativo policial ante las necesidades de intervenir (2000: 161). Añade, ante la necesidad de combatir el delito.

www.bdigital.ula.ve

De lo antedicho, ha de señalarse que la noción constitucional y normativa de la flagrancia tiene como punto de partida el que las libertades y los derechos, en cuanto se hallan protegidos a través de garantías de inviolabilidad, sin duda alguna, suponen que los mismos son intangibles.

Sin embargo, como también se desprende de las normas constitucionales, no ha de olvidarse que tales garantías de inviolabilidad de los derechos, en el marco de la Carta Magna venezolana, salvo en lo atinente al derecho a la vida, admiten restricciones por razones de estricta necesidad en cuanto alguno de los coasociados exceda el marco de sus ámbitos de libertad y afecte a un tercero, atendiendo a la previsión constitucional del artículo 20, contentiva del principio del libre desarrollo de la personalidad.

Como se puede advertir de los artículos 44, 47 y 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el principio consiste en que los derechos tutelados en dichas normas están cubiertos por una garantía constitucional de inviolabilidad. Siendo que a renglón seguido también se regula que tales garantías pueden ser objeto de restricciones excepcionales. En primer término, mediante orden judicial y, en segundo término, sin orden judicial, pero en los supuestos de flagrancia. Con lo cual, queda claro que la flagrancia versa sobre una excepción de la excepción.

Por ello, lo primero a dejar claro en lo atinente a la flagrancia, además de advertir su alcance en cuanto a que permite restringir derechos in orden judicial, es que se trata de una excepción de la excepción. Es decir, que configura una situación en extremo excepcional pues los derechos sólo pueden ser restringidos, por principio, mediante la respectiva orden judicial, siendo que la restricción que se concreta en supuestos de flagrancia habilita al Estado Policial a actuar sin control jurisdiccional previo.

Todo lo cual permite explicar el último de los elementos que integran la noción de flagrancia (*necesidad y urgencia de intervención*), así como también posibilita la comprensión de la norma que obliga a interpretar la flagrancia de modo restrictivo, como se exige en toda norma que posibilite la restricción, afectación o limitación del ejercicio de los ámbitos de libertad que asisten a las personas.

De suyo entonces, la flagrancia tiene un carácter excepcional y subsidiario puesto que la restricción de ellas debe hacerse mediante la correspondiente orden judicial, lo que reclama del intérprete una valoración que tenga presente su referencia a la comisión de un delito que ha comenzado a ejecutarse o perpetrarse, está por consumarse o acaba de ser consumado, atendiendo, claro está, a los elementos que la integran. A saber: **a)** La

percepción directa y efectiva de la situación flagrante, que requiere de la objetividad de quien percibe, puesto que no se trata de un conocimiento o de una percepción presuntiva; **b)** La inmediatez: temporal en atención a la flagrancia, y personal en relación a la cuasi-flagrancia, y **c)** La necesidad y urgencia de intervención, entendida como premura de acción por parte de quien percibe la situación flagrante (Rives, 1999: 405).

Con razón, ha de tenerse presente que en la flagrancia propia o real se precisa del elemento de la inmediatez temporal, en cuanto el hecho se esté cometiendo o acabe de cometerse conjuntamente con la percepción sensorial y la necesidad de urgencia e intervención, debiendo advertirse que el requisito de la percepción sensorial, al que no se llega por vía de registros o investigación previa, excluye cualquier percepción presuntiva, inductiva, de intuición o de conocimiento, o en fin de aquella “percepción psicológica” de que se está frente a una situación flagrante, pues las sospechas, conjeturas o presunciones, dada la nota de subjetividad de éstas, resultan incompatibles con la naturaleza objetiva de la flagrancia (Martín, 1998: 379).

Debiendo advertirse, que es el elemento o requisito de la necesidad y urgencia de intervención, el que se configura con el más significativo y relevante en atención a la definición legal contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, dado que políticamente es el que posibilita o habilita la restricción de derechos sin orden judicial, pues como es evidente, no resulta ideal exigir la orden judicial de intervención del derecho cuando se tiene la percepción e inmediatez temporal del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse; o la inmediatez personal del que se tiene conocimiento por quienes lo han percibido de que acaba de cometerse y se sorprende a personas con rastros de haber realizado o haber participado en el delito que acaba de ocurrir.

Ello, se justifica político-criminalmente ante la necesidad de evitar la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del que se acaba de cometer, o la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente, con lo cual, dicho requisito de necesidad y urgencia de intervención conjuntamente con los otros (percepción sensorial e inmediatez), el que da contenido a la justificación de la injerencia o restricción de las libertades sin orden judicial, vale insistir, como una excepción de la excepción a la garantías de inviolabilidad de tales libertades y derechos.

Por tanto, ante situaciones en las que falte alguno de dichos elementos o en las que aparentemente (*subjetivamente*) se estime o presuma que se está realizando o acaba de realizarse un hecho punible o, en todo caso, cuando no se precise de la necesaria y urgente intervención policial o del particular (*en tanto que las situaciones permitan acudir ante el órgano jurisdiccional para adquirir la respectiva orden o autorización judicial*), no podrá utilizarse la flagrancia para la restricción de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En consecuencia, actuar al margen de la naturaleza jurídica de la flagrancia, en cuanto excepción de la excepción, comportaría sin duda alguna, una evidente *-flagrante-* lesión del principio de legalidad haciendo nugatorias las garantías que se persiguen proteger por vía de su concreción mediante la reserva legal y su cláusula de cierre, a saber, la de reserva jurisdiccional, en detrimento no sólo de las libertades ciudadanas sino también del Estado Constitucional de Derecho en “garantía” del Estado Policial, muy a pesar de que la legalidad constitucional y penal, antes que fundamento del poder constituyen sus límites.

Dichos límites explican el cuidado del legislador penal en incluir una exigencia expresa de interpretación restrictiva en cuanto a las normas que definen y regulan la flagrancia, así como de las que limitan las libertades y facultades de los imputados, entendiendo tal interpretación como la que ha de realizarse *«ceñida a los supuestos únicamente previstos por el legislador al momento coetáneo a la sanción de la Ley»* (Bertolino, 1985: 129), a diferencia de la extensiva, la cual se concretaría cuando en el *«campo de la norma se comprenden otras categorías de casos que, aunque inicialmente no comprendidas en la voluntad del legislador, encuentran en el propósito final de la sanción elementos afines que permiten la extensión de la norma a otros supuestos»* (1985: 129).⁶⁹

Al decir de Villar, en alusión a la prohibición de exportación de trigo en Europa, la interpretación restrictiva vendría a proteger el mínimo del ideal previsto en la norma, siendo que en casos de abundancia podía exportarse el trigo y sus derivados como la harina, mientras que en épocas de escasez se interpretaba restrictivamente, en cuanto a que sólo quedaba prohibido exportar el trigo, mas no así la harina y el pan (1975: 18).

⁶⁹ Demostrativo de supuestos de interpretación extensiva lo constituyen las previsiones normativas del Código Penal contenidas en los tipos penales de hurto simple (art. 451) *«perteneciente a otro»* y omisión de auxilio debido (art. 438 único aparte) *«haya omitido la prestación de su ayuda a dicha persona, cuando ello no lo expone a daño o peligro personal, o dar el aviso inmediato del caso a la autoridad o a sus agentes»*. En relación al tipo de hurto simple, la ajenidad de lo *«perteneciente a otro»* abarcaría la acción de desapoderar la cosa mueble de la persona del propietario y de quien la detente sin tal condición, sin olvidar que en el ámbito del Derecho Civil la posesión de las cosas muebles a una presunción de propiedad; mientras que en el caso del tipo de omisión de auxilio debido el ideal legislativo no se trata de opciones alternativas de auxilio, sino de privilegiar el auxilio cuando ello no expone al peligro a la persona llamada a cumplir con el deber jurídico de la norma preceptiva. En el mismo orden, corresponde interpretar la definición legal de flagrancia contenida en el Código Orgánico Procesal Penal en lo que respecta a la cuasi-flagrancia o flagrancia impropia cuando el legislador utiliza la expresión *«hagan presumir que es el autor»*, lo que de interpretarse en sentido estrictamente literal gramatical excluiría la situación de cualquier partícipe, salvo el caso del instigador o denominado “autor intelectual”, debiendo advertir que la flagrancia propia o impropia difícilmente podría valorarse en cuanto a esta forma de participación.

Aunado a lo indicado, tanto en el ámbito de la prohibición de analogía en el Derecho penal, como en lo relacionado con la exigencia de interpretación restrictiva, de lo que se trata es de procurar una interpretación en torno al sentido de las expresiones y palabras utilizadas por el legislador, vale decir, de una interpretación que no acabe por borrar los límites que se han fijado en la norma, en lo relacionado con el sentido y significado de los vocablos y expresiones utilizados por el legislador, lo que si bien tiene como punto de partida el tenor literal-gramatical, atiende a un significado estrictamente lingüístico-semántico-normativo en cuanto a un concepto que trasciende la literalidad del lenguaje vulgar.

Es precisamente en este sentido, atendiendo a lo que Zagreblesky entiende por interpretación en cuanto procura del significado a partir del significante (2009: 131 y ss.), o de lo referido por Guastini en cuanto a la interpretación como actividad en tanto determinación del significado de los vocablos, sintagmas o enunciados en la identificación de la norma que subyace en la disposición (1999: 202), como ha de valorarse la flagrancia a partir de la exigencia de la interpretación restrictiva, la cual, tenida por Guastini como una interpretación correctora se define como la que *«restringe, circunscribe, el significado **prima facie** de una disposición, de forma que excluye de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, se incluirían en él»* (1999: 223).

Todo lo cual explica el autor a través del argumento de la disociación, el cual persigue reducir el campo de aplicación de la disposición a los supuestos de hecho taxativamente previstos según la interpretación literal (1999: 227); lo que también podría denominarse como una interpretación de estricta legalidad penal (Ferrajoli, 1997: 381).

Por razón de tal exigencia normativa de interpretación restrictiva de la flagrancia, en tanto excepción de la excepción, es por lo que el legislador adoptó por prever una definición legal de flagrancia, comprensiva por vía de ficción legal, de la cuasiflagrancia. Definiendo, en primer lugar, lo que se conoce como flagrancia real, la cual se aviene lingüística y semánticamente con la evidencia y la volatilidad de lo que se percibe sensorial en el momento de estarse concretando o acabarse de realizar y, en segundo lugar, con la ficción legal de equiparar situaciones sin percepción sensorial inmediata de lo evidente y volátil que resulta la situación de lo que arde o flamea –*flagrans*- o lo que invade el sentido del olfato –*fragantis*.

De manera que la interpretación restrictiva de la flagrancia obliga, de primera mano, con mayor énfasis a la interpretación literal-gramatical en relación al sentido de la norma y el objeto de tutela de los derechos que pueden verse afectados por la consideración de la flagrancia en cuanto al delito que se esté *cometiendo* o *acaba de cometerse* –*flagrancia real*-, pues esta definición legal se ha previsto en razón del concepto y los elementos de la flagrancia, a lo que se suma que ha de interpretarse en cuanto a los elementos del concepto de delito y la estructura de los tipos penales, dado que nadie puede ser perseguido penalmente sino conforme a lo previamente definido en la ley como delito.

Lo que se esté *cometiendo* o *acaba de cometerse*, vendría determinado por los elementos de la flagrancia, comenzando con la percepción sensorial (1) y la inmediatez temporal (2), lo que justificaría el elemento consistente en la necesidad y urgencia de intervención (3), en armonía con el verbo o núcleo rector del tipo penal que define el comportamiento punible, para circunscribir la noción de flagrancia en atención al comportamiento punible y, por tanto, en atención a las garantías del principio de legalidad.

Elementos estos, los cuales configuran el *tipo procesal* de flagrancia tendiendo como premisas la noción constitucional y su definición legal, la primera determinada por la etimología de la expresión *flagrans* y la segunda derivada de tal noción constitucional explicativa de la definición contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, por virtud de lo cual la “*re-conceptualización*” de la flagrancia promovida por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 272 del 15 de febrero de 2007 y acogida por el legislador en el artículo 96 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia, comporta una desmejora regresiva de las libertades, amén de su desnaturalización.

Si como señala Mendonça, la función principal de las definiciones legales es poner de manifiesto los caracteres principales o la estructura de un concepto (2000: 114), no cabe duda que el enunciado normativo de la flagrancia, desarrollado en el artículo 234 de la antedicha norma procesal, en cuanto al delito «*que se esté cometiendo o acabe de cometerse*», se aviene con el referente etimológico, lingüístico y semántico de tal definición legal, al mismo tiempo que en relación a los elementos que la integran.

De la mano del autor en comentario (Mendonça, 2000: 112 y ss.), puede afirmarse que la definición legal de flagrancia contenida en la aludida norma procesal macro, ha de considerarse en cuanto ***definición como norma prescriptiva*** (que obliga a quienes usan y aplican la definición en atención a las expresiones de sentido utilizadas por el legislador); ***definición como norma técnica*** (dado que la definición posibilita la determinación del sentido y alcance de sus enunciados en el ideal de la aplicación correcta de las normas dictadas por el legislador); ***definición como norma constitutiva*** (en cuanto las expresiones definidas legalmente tratan de términos institucionales-categoriales, propios del vocabulario jurídico y de las instituciones del Derecho) y ***definición como norma conceptual***(en cuanto

definiciones normativas de términos o conceptos); todo lo cual resume en referencia a esta última del modo siguiente:

Siendo así, las definiciones legales serían normas conceptuales destinadas a funcionar como reglas semánticas y, en particular, a responder a los siguientes propósitos (no excluyentes): dar mayor precisión a un término dado, restringiendo su alcance; ampliar el alcance de un término para incluir en él situaciones que no se hallan (o no se hallan claramente) cubiertas por su sentido; introducir un nuevo término, inexistente en el uso común, tomado por lo general del vocabulario jurídico elaborado por la doctrina (2000: 114).

Parafraseando a Hassemer, se sigue de lo anterior que la noción constitucional y la definición legal de la flagrancia, a la par del sentido etimológico, lingüístico y semántico de las expresiones *flagrancia* o *fragancia*, se encuentran determinadas por las construcciones de la dogmática penal, la cual, como destaca el profesor alemán «*ha desarrollado sus propias precauciones para la elaboración de un derecho correcto con un lenguaje correcto*» (1998: 26). La consecuencia de todo esto, es lo que le lleva a la afirmación de que la interpretación judicial de la ley penal versa sobre una comprensión del significado del texto normativo, resaltando que los juristas penales no se expresan con el lenguaje coloquial, sino con el de su oficio, el cual, si bien es cercano al coloquial, no se identifica con éste (1998: 34).

La operacionalización del lenguaje técnico-dogmático, es lo que explicaría el alcance normativo de la expresión “*flagrancia*” con respecto a su consideración coloquial y vulgar constitutiva de la sorpresa de alguien “*con las manos en la masa*”. Con esta expresión coloquial, el común de los ciudadanos habla de flagrancia en supuestos como el de los hallazgos ilegales que tienen lugar cuando se ingresa a un recinto privado sin orden judicial y, sin percepción sensorial, “sorprendiéndose” a personas que están elaborando envoltorios contentivos de sustancias ilícitas.

A este respecto, no ha de olvidarse a Larenz, quien al dar cuenta de lo que ha de entenderse por interpretación de la ley, que bien es cierto el legislador recurre al lenguaje general para configurar las normas, pues el Derecho se dirige en primer lugar a todos los ciudadanos, no es menos cierto que el lenguaje especial prevalece sobre el común –*coloquial*-, en cuanto se integra por expresiones de sentido dogmático y jurídico las cuales encuentran su razón de ser en atención a valores y fines (2001: 308 y ss.). Valores, dicho sea de paso, que condicionan la interpretación conforme a la Constitución, según la cual no se han de traspasar los límites del posible tenor literal ni su significado con relación a la ley (2001: 338).

Tal y como lo resalta Gimbernat al tratar la interpretación literal-gramatical, en cuanto método de la dogmática penal:

En Derecho penal, y cuando el tenor literal es claro, el intérprete sólo tiene dos alternativas: o acoger el significado de las palabras legales en toda su extensión o limitarlo (más o menos). Sólo cuando una interpretación, fundamentada materialmente, favorezca al reo, es lícito prescindir del «significado posible» de la ley penal (1999: 49).

Así pues, sin olvidar el ideal de interpretación restrictiva, la flagrancia real en cuanto a lo que se *esté cometiendo* o *acaba de cometerse* demanda una valoración lingüístico-semántica de lo literal-gramatical como expresión de sentido conceptual, en virtud de lo cual la flagrancia delictiva exigiría además la consideración del verbo o núcleo rector del tipo penal, al definir el comportamiento punible, determinando no sólo el concepto normativo de la flagrancia, sino sus elementos, a saber, la percepción sensorial y la inmediatez que autorizaría la necesidad y urgencia de intervención de quien ha de impedir la perpetración o consumación del delito que se está cometiendo o la impunidad del que acaba de cometerse o consumarse.

Con ello, la percepción del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, consustanciada por la tipicidad del comportamiento delictivo – *consideradaa partir del verbo o núcleo rector del tipo penal respectivo*-, se configuraría a través de la evidencia del comienzo de ejecución del delito, su perpetración y/o consumación sin necesidad de indagaciones o procedimientos previos, pues lo que se está cometiendo o acaba de cometerse conllevaría a la inmediatez de lo percibido, sin lo cual ni habría flagrancia ni mucho menos quedaría autorizada la intervención en el derecho sin orden judicial. Y en este sentido, la interpretación restrictiva del tenor literal-gramatical conlleva a una sistemática-teleológica por razón del aspecto o dimensión constitucional de la flagrancia.

Es precisamente el carácter excepcional de la flagrancia, en cuanto posibilita la restricción de derechos sin orden judicial, lo que explica el elemento de la *necesidad y urgencia de intervención* en su justificación político-criminal de intervenir sin tener que esperar a la orden judicial dado que exigir el que se acuda al órgano jurisdiccional al instante en que se percibe el delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, sería como pedirle a quien está en una situación de riesgo o peligro derivado de una agresión ilegítima –*habilitante para la legítima defensa*-, que espere a que aparezca algún funcionario estatal en su auxilio o pedirle que en ese momento de estar siendo agredido de aviso a la autoridad.

Se concluye de lo antedicho, que en modo alguno podría valorarse la percepción sensorial dejando a un lado la evidencia inmediata del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse, para sustituirla por la intuición, la sospecha y la experiencia policial, que luego se confirma con los hallazgos y los procedimientos previos de investigación, inclusive, recurriendo a la noción de permanencia en torno al delito que “*se está cometiendo*”, pero del cual no se tiene la percepción sino hasta la constatación de lo que se presume está

cometiéndose. Equiparando por consiguiente la noción de evidencia de la percepción sensorial con la de permanencia, la cual, ha de señalarse, sólo podría predicarse de los delitos permanentes, pero que sin embargo se halla fuera de la frontera normativa establecida en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, a diferencia del Código de Procedimiento Penal italiano comentado por Espitia (1991: 148), no tiene una norma expresa en relación a la permanencia propia de los delitos permanentes.⁷⁰

Al igual que en la causa de justificación de legítima defensa, en cuanto norma permisiva y, por ende, excepcional, la habilitación que posibilita la flagrancia de intervenir derechos sin orden judicial es de *ultima ratio*, en cuanto se reconoce, parafraseando a Bustos y Hormazábal (2004: 46), afectar un espacio de libertad o un bien jurídicopenal ante una situación de crisis que ha de ser solucionada acudiendo a dicha afectación.

Se trata pues de una situación excepcional en cuanto al reconocimiento de la libertad de las personas y sus garantías, las cuales, como de igual manera se exige en relación al ejercicio del *iuspuniendi* la prevención del delito, sólo pueden restringirse por vía excepcional, primero, a través de orden judicial y, segundo, sin orden judicial ante la urgencia de la situación, todo lo cual da cuenta de que lo preeminente no es la restricción de los derechos sino su garantía y, por consiguiente, que la flagrancia ni es, ni puede ser entendida como la regla.

Por tanto, cabría referirse a la flagrancia como un supuesto de “*estricta legítima defensa*”, determinada por una razón político-criminal de defensa de los derechos individuales y del Derecho ante el injusto que representa el delito, la cual, sin embargo, por virtud de lo permisiva y excepcional, requiere

⁷⁰Así se dispone en el ordinal 2º del artículo 382 de dicho Código de Procedimiento Penal italiano: «En el reato permanente el estado de flagrancia durará hasta cuando cese la permanencia» (Espitia, 1991: 148).

ser interpretada restrictivamente en salvaguarda de los derechos y garantías que pudieran verse afectados sin orden judicial, para lo cual habrían de concurrir los elementos antes mencionados en la idea de cumplir con la legalidad de lo que podría denominarse como el tipo legal de flagrancia.

Lo contrario, no sólo desnaturalizaría el sentido y significado de la norma que la define en lo atinente a la *flagrancia real*, sino que acabaría por desvirtuar la sistemática en relación a los tipos penales previstos en el Código Penal de privación ilegítima de libertad (*Art. 176*), violación de domicilio (*Art. 184*) y prohibición de hacerse justicia por propia mano (*Art. 270*), bien por la inobservancia de las formalidades legales –y *constitucionales*–, ora por la prohibición legal y constitucional de no acudir a la autoridad a defender el derecho o los bienes jurídicos penales cuando se podía acudir a ello. A lo que se sumaría la ampliación del Poder Punitivo y el Estado Policial con las consecuencias que de ello se derivan.

De otra parte, en relación a la definición legal de la cuasi-flagrancia o flagrancia impropia (excepto el supuesto en el cual «*el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público*», el cual se ajusta mucho más a la definición de flagrancia real), se está ante una flagrancia de ficción legal, que al no contar con la percepción sensorial y la inmediatez temporal del delito que se está cometiendo acaba de cometerse, sino con una relación de inmediatez en lo que respecta a la persona (*inmediatez personal*) que se le sorprende «*a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que es el autor*», demanda unarigurosa y prudente interpretación y aplicación.

Al consistir en una ficción legal –*equiparadaa la flagrancia real*–, la valoración de la cuasiflagrancia obliga a situarnos en el alcance normativo de la expresión «*También se tendrá como delito flagrante*», en cuanto nos lleva a considerar que tal supuesto ha puede tratarse de la misma manera pues allí no se sorprende a personas cometiendo un delito o acabando de cometerlo. Por contra, se hace mención a una situación en la que habiéndose cometido un delito, sin percepción inmediata en relación a la de la persona o personas que lo han cometido, no obstante, se sorprende a personas en el mismo lugar donde se cometió o cerca de él, con instrumentos u objetos que *fundadamente* hagan presumir que han intervenido en su realización.

El que se exija una presunción fundada, como también se ha previsto en el artículo 236 del Código Procesal Penal de Costa Rica el cual demanda que sea *vehemente* (Llobet, 2006: 330), en cuanto a la persona que se vincula al delito por virtud de su ubicación en el lugar donde se cometió o cerca del mismo, es demostrativo de la inexistencia de percepción sensorial en la ejecución inmediata del delito, explicándose con ello el que la doctrina acuda a la noción de *inmediatez personal* en lo que respecta a la cuasiflagrancia o flagrancia impropia. Debiendo acotarse que en lo relativo al elemento de la necesidad y urgencia de intervención, el mismo sólo operaría en atención a la aprehensión de la persona vinculada por tal presunción fundada, es decir, *sospecha* fundada de haber realizado el delito o haber participado en él.

Esto último, debido a que en la cuasiflagrancia no existe una necesidad de intervenir para evitar la consumación del delito que se está cometiendo o la impunidad del que acaba de cometerse, tal y como se exige en la flagrancia real.

Aunado a ello ha de añadirse que en el caso de la cuasiflagrancia, al no existir percepción sensorial e inmediatez temporal, de ninguna manera puede hablarse de la sorpresa de una persona en la ejecución de un delito o de su participación en él, con lo cual en estos casos no se trata de la sorpresa de una persona en la realización del tipo delictivo de que se trate.

Por tanto, allende la ficción legal que la equipara a la flagrancia real, en lo que respecta a la cuasiflagrancia estamos frente a un supuesto legal en el cual, además de no existir percepción sensorial directa de la comisión de un delito, inmediatez temporal en cuanto a tal percepción, así como la necesidad y urgencia político-criminal de intervenir para impedir la consumación del delito que se ha comenzado a perpetrar o para evitar su impunidad, sólo queda la presunción o sospecha en cuanto a una persona que se estima pudo haber intervenido en la realización del delito que ocurrió. Dicho de otro modo, la cuasiflagrancia sólo adquiere tal cualificación normativa por razón de la ficción legal, sin lo cual, sólo queda la presunción o sospecha, términos estos incompatibles con la flagrancia que flagra o la fragancia que de modo fragante invade el sentido.

Lo anterior nos lleva a tener en cuenta que la estricta legalidad, exigida en orden a la flagrancia real o propia, en cuanto constituye una excepción de la excepción que ha de valorarse como toda norma permisiva, esto es, como un recurso extremo y de *ultima ratio*, y, por tanto, determinada por la percepción directa e inmediata de la ejecución de un delito o de su participación en él, se incrementa en atención a la cuasiflagrancia o flagrancia impropia –*de ficción legal*–, pues en este supuesto legal nunca se sorprende a la persona en la realización del tipo, bien como autor o coautor, ora en tanto partícipe.

Entonces, si apenas se tiene una presunción o sospecha fundada acerca de una persona que pudiera haber ejecutado participado en la ejecución del

delito, es por lo cual en no pocas oportunidades se termina en estos casos en la solicitud del procedimiento ordinario con la subsiguiente investigación. Lo que, salvo en los excesos de haber convertido la excepción de tal solicitud en la regla por el afán de asegurar la privación de libertad, resulta sin duda alguna necesario a los fines de procurar elementos de convicción que sólo la flagrancia real pudiera brindar en el acto de la percepción inmediata del delito que se está cometiendo o acaba de cometerse.

En este contexto resulta de interés no perder de vista el que la noción de presunción se emparenta con verbos como “sospechar”, “conjeturar”, “suponer”, “creer”, lo que explica Mendoça al referirse a las presunciones legales, las cuales, como afirma, se caracterizan por el ideal de forzar a tomar algo en cuanto verdadero bajo determinados supuestos y en función de lo cual se “infiere” un hecho controvertido a partir de hechos básicos establecidos en la ley, añadiendo que las presunciones legales, al no constituir inferencias en sí mismas en modo alguno garantizan el valor de verdad de lo inferido y, por tanto, no implican compromiso alguno en relación a lo presumido (2000: 215). De allí la importante puntualización que concreta al señalar:

De acuerdo con lo expuesto, es fácil ver que las presunciones cumplen un papel instrumental en el derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido). De este modo, la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión (2000: 226).

No en balde lo señalado por Escobar en relación a la cuasiflagrancia, al rechazar su deducción automática en cuanto a la presunción legal de sorprender a una persona en el lugar o cerca del lugar donde se dice ocurrió el delito, con objetos, instrumentos o rasgos que hagan “presumir” que se trata del autor o el partícipe, ante lo cual advierte:

Quien, por ejemplo, tiene en su poder el reloj poco antes desapoderado, pudo haberlo acabado de recoger del suelo por habersele caído al verdadero hurtador cuando emprendía la huida; de otro lado, quien empuña el arma de fuego inmediatamente después de los disparos, pudo haberla recibido del infractor momentos antes de que emprendiera la fuga; en fin quien tiene su vestido manchado con sangre o roto luego de una riña, con consecuencias de lesiones o muerte, pudo haber participado en ella, pero con la sola intención de separar a los contendientes (1998: 156).

Recapitulando lo señalado por Mendoça en lo relativo a las presunciones legales, las mismas, además de exigir la prueba del fundamento base que las sustenta, demandan una valoración funcional en cuanto al sistema en el cual se pretenden hacer valer (2000: 228). Vale decir, las presunciones legales sólo pueden interpretarse conforme a los principios del sistema normativo y a la sistemática en la cual se encuentran, lo que implica una consideración que tenga presente el sentido y alcance de la flagrancia, al igual que las normas que la definen y limitan.

Como afirma Yacobucci, la labor científica que acomete el dogmático jurídico-penal, si bien no se aparta del texto o enunciado normativo, se concreta con criterios que trascienden la literalidad de la ley en tanto y en cuanto se atiende a los principios del sistema normativo (2009: 218). Por tal razón, el autor concluye que la praxis judicial, si bien se halla determinada a partir de las previsiones establecidas por el legislador, para nada se agota en la literalidad de la ley, sino que en la solución de los casos los jueces se

valen siempre de los criterios, las teorías y los constructos argumentativos del saber penal, lo que sustenta al afirmar que «*La ciencia penal –dogmática- articula la aplicación de la ley mediante las nociones de la teoría del delito*» (2009: 221). Aún más, es por lo que citando a Kaufmann, el autor conviene en dejar claro un hecho en veces inadvertido y otras muchas rechazado en la praxis de los tribunales penales venezolanos, que la tarea judicial a fin de cuentas versa sobre la identificación del significado normativo y científico de los sucesos que llegan a la jurisdicción penal, para finalmente expresar:

En definitiva, no solo en la ciencia pena, sino también en la praxis judicial, el propio concepto de hecho o supuesto de hecho no es puramente empírico, sino que ya ha sido puesto en relación con un valor, una norma, una regla o un criterio. La tarea de interpretación es, por tanto, doble: se refiere a los hechos y también a los enunciados normativos. Recordando las tesis de Dilthey, la interpretación es sobre todo comprensión –no tanto explicación-. Busca comprender el significado de los sucesos y también las expresiones literales de la ley. En ambos casos, se trata de identificar los sentidos de las manifestaciones (2009: 223).

Y es que tal comprensión de sentido, se deriva de lo expresado por Mendonça, en cuanto a que: «*La norma no es un conjunto de símbolos lingüísticos desprovistos de significado, sino el sentido expresado por esos símbolos*»; lo que complementa al señalar: «*las condiciones de identidad de una norma están dadas por la identidad del sentido y no por la identidad de su formulación lingüística*» (2000: 123).

Al hilo de lo señalado, la cuasiflagrancia y la flagrancia en general requieren ser interpretadas restrictivamente –*proscribiendo ampliaciones a situaciones no previstas en la definición legal*-, pues como toda norma, categoría o criterio de imputación jurídico-penal, se encuentran determinadas por el principio de legalidad de los delitos, las penas y el proceso, al igual que

también se hallan condicionadas por la doctrina que sustenta y limita el significado y alcance de las normas.

Debe recordarse acá lo advertido por Frosini en cuanto a que toda sujeción a la letra de la ley, incluso en el superado aforismo según el cual los jueces constituyen «*la bouche de la loi*», conlleva a interpretar la ley, en un proceso dinámico que comienza en las palabras empleadas por el legislador y termina en la concreción del sentido de las mismas en el caso concreto conforme al ordenamiento jurídico, y, por consecuencia, en una interpretación restrictiva de la ley (1995: 75).

En palabras de Gimbernat, quien deja claro que la interpretación de la ley penal y su vinculación al significado literal de la ley encuentra justificación en el ideal de evitar que se perjudique al ciudadano, esto es, a que se reduzcan sus ámbitos de libertad a favor del poder punitivo, lo que se explica cuando afirma que la prescindencia del «*significado posible*» de la ley penal sólo es admisible cuando favorezca al reo (1999: 49). Dicho de otro modo, la prohibición de interpretación restrictiva de una norma penal, como la que define la flagrancia, sólo sería admisible cuando se concrete una ampliación del ámbito de libertad del reo, mejor aún, de la persona del justiciable, como tiene lugar cuando se hace analogía *in bonam partem*.

Por consecuencia de lo señalado, la cuasiflagrancia, por tanto, al haberse equiparado a la flagrancia propia, aun cuando no es un supuesto real de flagrancia, no sólo ha de ser interpretada restrictivamente como toda norma que habilita la restricción de las libertades, sino que demanda una mayor exhaustividad hermenéutica al tratarse de una presunción legal.

De otra parte, si la legalidad sustantiva trata del delito y las faltas en cuanto integran la noción de *hecho punible*, y la legalidad procesal versa

sobre la correcta realización del Derecho penal material, la flagrancia en cuanto referida al delito y no a las faltas,⁷¹ en modo alguno podría desvincularse del concepto de delito y sus elementos, así como de la teoría del tipo y lo atinente a los dispositivos amplificadores de éste en cuanto al *itercriminis* proceso ejecutivo del delito, así como en lo relacionado con las normas aplicables ante la concurrencia de personas en la ejecución de alguna de alguna de las figuras delictivas.

En este particular, lo primero a tener en cuenta será el comportamiento jurídico-penalmente relevante y, por consiguiente, la tipicidad del mismo sin desatender lo atinente la antijuridicidad y las causas que la excluyen.

Así las cosas, la flagrancia sólo podrá tener lugar –*al igual que el inicio del proceso penal y cualquier acto de investigación*–, cuando se haya dado comienzo a la ejecución de algún comportamiento típico y antijurídico o su consumación, confluendo espacio temporalmente con la percepción sensorial, siendo que en lo correspondiente a la cuasi-flagrancia, aun cuando no medie percepción sensorial de lo que se está cometiendo o acaba de cometerse, sólo podrá valorarse en atención a la presunta realización de un comportamiento típico en atención a alguno de los tipos penales.

La necesidad de vincular la flagrancia al concepto de delito y sus elementos, y en primer término, a la noción del comportamiento jurídico-

⁷¹En relación a las faltas previstas en el Libro Tercero del Código Penal venezolano (*Artículos 483 al 545*), las mismas están excluidas del ámbito normativo de la flagrancia por virtud del uso de la expresión «*delito flagrante*» en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal. A este respecto ha de añadirse el que las sanciones de las faltas en su mayoría son pecuniarias, salvo en algunos supuestos típicos en los que se ha previsto el arresto como sanción restrictiva de la libertad, significativamente en las faltas agravadas, debiendo poner de presente que el arresto más grave podría llegar a nueve meses, tal y como se ha dispuesto en el artículo 501. Por lo demás, véanse los supuestos típicos de faltas contentivos de sanciones de arresto en los artículos 483, 487, 496, 501, 502, 503, 504, 505, 507, 508, 509, 510, 511, 513, 514, 515, 521, 526, 527, 529, 530, 535, 536, 538, 540, 542 y 543, así como en los supuestos agravados de los artículos 486, 492, 495, 497, 498, 499, 506, 519, 524, 534, 539 y 541.

penalmente relevante, es consecuencia del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y el principio del acto, a tenor de los cuales las libertades individuales en cuanto libertades negativas –*de no interferencia por parte del Estado*– sólo puede ser restringidas de modo excepcional, cuando sea necesario y conforme a lo previsto en la ley en relación a la exteriorización de la voluntad mediante un comportamiento típico que daña a un tercero, tal y como se explica en el seno de la doctrina (Bernal, 2005: 245; Magariños, 2008: 23 y ss.).

Como se sabe, de acuerdo con el Código Orgánico Procesal Penal, el proceso penal, en cuanto al procedimiento ordinario, sólo puede iniciarse a través de los modos de proceder, vale decir, la *noticia criminis* (Arts. 265 y 266), la denuncia (Arts. 267 y 268) y la querrela (Arts. 274 y 276), a lo que ha de añadirse la flagrancia como una forma de iniciar el proceso, pero en orden al procedimiento especial y breve, lo que denota un aspecto en común, a saber: la realización perfecta o imperfecta de un comportamiento tipificado en la ley como delito.

Tanto en lo atinente al procedimiento penal ordinario, como al especial y breve de la flagrancia, los derechos cubiertos por garantías de inviolabilidad, sólo pueden ser restringidos por orden judicial y sin ello, únicamente, en los supuestos legales de flagrancia –*propia o impropia*–, pero siempre, única y exclusivamente, cuando se haya realizado un comportamiento constitutivo de delito, sobre manera en lo que respecta a la flagrancia y la restricción de la libertad personal.

Visto así, la flagrancia sólo podría ser considerada en atención a la realización de un comportamiento típico, susceptible de percepción sensorial inmediata con lo cual quedaría legitimado el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* la correspondiente criminalización secundaria de persecución

del delito, sin orden judicial por virtud de la necesidad político criminal de urgencia e intervención tendiente a evitar la consumación del delito que se está cometiendo o la impunidad del que acaba de cometerse.

Cuestión aparte será si se trata de la comisión de un tipo doloso, culposo o preterintencional, sin olvidar que de acuerdo con el Código Penal venezolano rige el sistema de *numerus clausus* en el cual la mayoría lo constituyen los delitos dolosos y la minoría se hallaría representada por los culposos y los preterintencionales.

Por tal razón, es oportuno señalar que bien entre nosotros no existe una norma que excluya de la aprehensión en flagrancia y la subsiguiente restricción de libertad a los delitos culposos, como se encuentra prevista en el Código de Procedimiento Penal italiano (Espitia, 1991: 148), en el cual la detención en flagrancia sólo opera en relación a los delitos dolosos con penas conminadas no inferiores a cinco años de reclusión,⁷² no obstante habría de valorarse la necesidad de restringir la libertad en el supuesto de delitos culposos con penas conminadas no superiores a ocho años de prisión, en atención a los cuales resulta viable la aplicación del régimen de prueba de la *probation* con la suspensión condicional del proceso y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En este orden, de *legeferenda*, conforme al ideal político-criminal de mínima intervención y *ultima ratio*, podría atemperarse el rigor punitivo de restricción de libertad en los supuestos de flagrancia de delitos culposos por razón del desvalor que comportan con relación a los delitos dolosos y por virtud de la pena conminada, dado que en este caso si la persona puede

⁷²**Art. 380.- Arresto obligatorio en caso de flagrancia.** Los oficiales y agentes de policía judicial procederán al arresto de quien sea sorprendido en flagrancia de un delito no culposo, consumado o tentado, para el que la ley haya establecido pena de prisión perpetua, o de reclusión no inferior en el mínimo a cinco años y en el máximo a veinte (Espitia, 1991: 140).

acogerse al régimen de prueba como procesado o condenado, caso este en el cual cumplirá la pena *extra muros*, es evidente que la restricción de libertad durante la flagrancia deviene innecesaria, incluso, en atención a delitos dolosos con penas no mayores de ocho años en su límite superior.

De *lege lata*, en el contexto de una interpretación sistemática y teleológica determinada por el *favor libertatis*, en la flagrancia de delitos culposos y dolosos cuyas penas conminadas podrían dar lugar al citado régimen de prueba, podría acudirse al criterio normativo de la *necesidad y urgencia* previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, concretamente, en los artículos 196 primer aparte y 236 último aparte, de modo que así como se autorizan restricciones por extrema necesidad y urgencia, de igual modo, pero en sentido inverso, el Ministerio Público autorice al ente policial para que en tales casos de flagrancia no se proceda a la privación preventiva de libertad.

www.bdigital.ula.ve

Como se aprecia de las normas constitucionales y legales que regulan y definen la flagrancia, así como a los principios básicos y nucleares de un derecho penal de acto, su dimensión normativa y dogmática, al hallarse referida a la realización de un comportamiento delictivo, esto es, típico de alguna de las figuras o tipos penales previstos en el Código Penal, las Leyes Penales Especiales y las que no siendo penales contienen tipos penales, además de explicarse en cuanto a la legalidad constitucional y penal, también implica lo propio en lo atinente a la teoría del delito. Fundamentalmente, en lo relativo a la naturaleza y estructura de los tipos, pues de ello depende la flagrancia en cuanto se predica acerca de delitos y, por tanto, de los tipos penales (Ferreira, 2007: 38 y ss.).

Así, en los delitos de tenencia y posesión, o aquellos como el ocultamiento de sustancias ilícitas, vale acotar, los de ejecución y consumación

instantánea y efectos permanentes; o los de mera actividad; los permanentes y continuados; los delitos de organización como el agavillamiento o la asociación para delinquir; los delitos de acción privada; o en relación a los actos preparatorios no punibles, sobre todo, en cuanto a los delitos “contra el orden público”, verbigracia: el de instigación pública. También, en lo que respecta a los delitos de tenencia o posesión donde se discute si tener o poseer puede tenerse como un comportamiento, o si por el contrario se trata de una *relación* entre una persona y una cosa, causalmente hablando (Struensee, 1998: 107 y ss.), o de un comportamiento desde la perspectiva funcional-normativista (Cox, 2012: 131).

En igual sentido, la vinculación de la flagrancia a la teoría del delito y a la parte especial de los tipos penales en particular, cobra relevancia no sólo en los delitos de tenencia, posesión o porte –*sobre manera en un sector de la criminalidad como el de drogas ilícitas*- donde la mayoría de los hallazgos se producen sin percepción sensorial previa, sino después de indagaciones propias de los registros personales y de vehículos. Un aspecto, harto discutible en la configuración de la flagrancia.

Del mismo modo, se torna importante la teoría del delito y la estructura de los tipos en lo atinente a los delitos de ejecución instantánea y efectos permanentes y los delitos permanentes, en el marco de los cuales se confunde o –*mejor dicho*- se equipara permanencia con evidencia sensorial, fundamentalmente, para extender la noción de flagrancia a restricciones ilegales de libertades que luego son legitimadas bajo el argumento de que se *estaba cometiendo* un delito.

Lo que se aprecia de la praxis judicial en delitos permanentes como el secuestro y de ejecución instantánea y efectos permanentes como el ocultamiento de sustancias ilícitas o la posesión dichas sustancias o de las

armas de fuego. En relación a estos delitos, donde la flagrancia es de difícil configuración se decretan flagrancias sin reservas.

En los casos de secuestro y ocultamiento, en la mayoría de los supuestos de hecho se ingresa a los recintos privados sin orden judicial y luego, a través del incorrecto uso de la noción de “*permanencia*”, se acaba por señalar la existencia de la flagrancia en una interpretación “vulgar” de la expresión normativa del delito que se «*esté cometiendo*», inclusive, como ya se dijo, de la manipulación de los verbos rectores de los tipos penales en el gerundio para afirmar la flagrancia del modo que sigue: estaba realizando el secuestro –*secuestrando*-; se hallaba *poseyendo*; *ocultando*; *portando*; *transportando*.

Quizá sea esta manera “vulgar” de entender y asumir la expresión normativa del delito que se «*esté cometiendo*», lo que pudiera dar cuenta del uso de la palabra *continuidad* en el ordinal 1º del artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal. En este orden, lo *continuo* en la intención legislativa se asociaría a la *permanencia* de lo que se “*está cometiendo*” sin percepción sensorial y sin necesidad y urgencia de intervención, lo que justifica político-criminalmente la flagrancia para la restricción de derechos sin orden judicial, con lo cual, por vía de dichas expresiones se ampliaría la excepción a la orden judicial en el sentido del otro vocablo previsto en dicho ordinal: *Para impedir la perpetración –o continuidad- de un delito*.

Una ampliación, como se aprecia, de mayor alcance en favor del Estado Policial que las contenidas en los artículos 96 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia y 190 de la Ley Orgánica de Drogas, cercana a la tesis de la flagrancia como *estado probatorio* construida por Cabrera (2006), pues a partir de la “*continuidad*” seguramente quedarán legitimados todos los procedimientos policiales que

hasta ahora se han venido flexibilizando a través de la noción de permanencia.

A este respecto, la teoría del delito y la dogmática penal en cuanto al concepto de delito y a principios básicos como el de legalidad y el del acto, son tan necesarios en cuanto a la noción constitucional de la flagrancia y la definición legal desarrollada en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, como lo son sus elementos, los cuales, pierden sentido si se interpretan al margen de la dogmática jurídico penal, al igual que ocurriría con el proceso penal y con el Derecho procesal penal si desatiende su naturaleza como Derecho de realización del Derecho penal material en cuanto barrera de contención del Poder Punitivo y, por ende, del Estado Policial.

Por lo demás, al decir de Rieß, es precisamente la intensidad de las afectaciones que comporta el ejercicio del *iuspuniendo* que permite explicar la relación entre el proceso penal, el Derecho constitucional y los derechos fundamentales (2005: 133).

En este mismo orden se explicaría la relación existente entre Derecho constitucional, Derecho penal y Derecho procesal penal, en relación al estudio, interpretación y aplicación de la flagrancia.

Como se puede advertir, la descripción del estado de cosas en el contexto del ideal político criminal de la flagrancia concretado por el legislador y desarrollado por la praxis judicial, invita a la citada interdependencia entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico, al igual que también sugiere una valoración en torno a la distancia entre praxis y dogmática en el marco de la cual las libertades ciudadanas quedan en manos del Estado Policial. De allí la necesidad del encuentro entre dogmática y praxis, entre científicos y

jueces, pues sólo a través del diálogo entre ambos sectores se hará realidad la *dogmática de la flagrancia*.

Dicha dogmática, tendría por objeto delimitar aún más el concepto de flagrancia, fundamentalmente, para la procura de una praxis judicial científica, segura y racional, alejada del azar, la arbitrariedad y la manipulación de las nociones y definiciones legales, pues sólo así podrán preservarse las libertades ciudadanas.

También tiene el cometido de hacer retroceder propuestas teóricas, tales como las de la flagrancia en cuanto *estado probatorio*, las cuales, por mucho adorno jurisprudencial y de autoridad que le engalanan, apenas alcanzan para la legitimación de un “Derecho” penal del enemigo en el marco del cual el Derecho penal liberal y, de suyo, el Estado Constitucional de Derechos, acaban siendo desplazados por el Estado Policial que simbólicamente cumple los fines políticos del populismo punitivo, pero que en la praxis real de tal política criminal erosiona la parte dogmática de la Carta Magna, convirtiéndola en un desierto inhóspito para las garantías y los derechos.

Un desierto, valga la expresión, el cual se ha visto beneficiado por la conveniente interpretación del modelo constitucional de Estado delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República, acudiendo a la preeminencia de un “Estado Social” en atención al cual se justifica el ideal político-criminal de “lucha” contra la criminalidad, que aunado al hecho de involucrar al Poder Judicial, se fundamenta en el argumento a tenor del cual se sostiene que los derechos del colectivo se hallan por encima de las libertades individuales.

En definitiva, atendiendo a lo referido en este Capítulo, podemos arribar a una primera conclusión. Si se quiere, a una aproximación que de seguro determinará el Capítulo que sigue, la cual permite afirmar que del mismo

modo que la flagrancia no puede entenderse sin acudir a su significado etimológico, lingüístico y semántico, vale decir, de sentido, tampoco puede concebirse la praxis judicial sin teoría y, lo es más, la política criminal sin la mediación del Derecho penal en cuanto límite del Poder Punitivo.

Por ello, el objetivo general de esta investigación, concebido en la idea de resaltar la necesidad de orientar la praxis judicial de la flagrancia con base en los constructos teóricos de la ciencia del Derecho penal, también se aviene con el propósito de contener la flexible e indiscriminada utilización de la flagrancia, la cual, lejos de constituir la excepción se ha convertido en la regla, tal y como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y la de los Tribunales inferiores a cuyas decisiones se refiere el máximo Tribunal.

Parafraseando a Silva, la praxis político criminal y judicial de la flagrancia, demanda de quienes hacen dogmática y de todos los que se ocupan de ella en las aulas universitarias, un reto científico y político, el cual, frente a muchos sectores de la criminalidad, nos coloca en la dicotomía entre seguridad y libertad, en fin, entre prevención y garantías. Sin duda, ante la necesidad de alcanzar un equilibrio en el que no importa cualquier seguridad, sino la que es fruto de la mayor garantía de los espacios de libertad.

Es este, como se advierte, el reto máspreciado de la *dogmática de la flagrancia*, el cual ha intentado esbozarse en el desarrollo del presente trabajo en el ideal científico y universitario de la defensa de las libertades ciudadanas, las que ninguna política criminal ni praxis judicial, por más necesaria y “buena” que sea, deben desconocer.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.- Conclusiones

La revisión de las decisiones de las Sala de Casación Penal y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales se hallan vinculadas con las decisiones de los Tribunales de Instancia, a la par de las normas dictadas en el contexto de la reforma penal, dan cuenta de la praxis y, por consiguiente, del ideal político criminal de “combate” y “lucha” contra la criminalidad, en el marco de lo cual la flagrancia ocupa un sitial preponderante.

El que todo sea flagrante puede explicarse desde tal ideal y su praxis, lo que también es de utilidad para entender el aumento de la población reclusa en términos de procesados, en tanto y en cuanto la prisión preventiva se ve privilegiada por la flagrancia, con el agravante de que en la mayoría de los casos se acude al procedimiento ordinario y se le da más relevancia al aseguramiento de la privación de libertad que a la investigación y la preparación del juicio oral y público.

Fundamentalmente, por la necesidad de presentar el acto conclusivo antes del vencimiento del plazo legal, con lo cual, ha de advertirse, la reforma procesal concretada en la posibilidad de acordar el procedimiento ordinario en supuestos de flagrancia, en mayor medida, de cuasiflagrancia, no sólo acabó por convertirse en la regla, sino que ha terminado perdiéndose en el objetivo político-criminal llevar adelante una mejor investigación de los hechos.

No obstante, la preeminencia de la flagrancia, puesta de relieve en las decisiones y las normas que fueron objeto de estudio, es indicativa de una praxis que trasciende la problemática en lo atinente a las restricciones de la libertad personal.

En este sentido, como se ha podido apreciar tanto de las decisiones, como de las reformas puntuales realizadas después de la puesta en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal –*entrelas que destaca la ampliación del concepto de flagrancia, concretada desde la Sala Constitucional en la sentencia 2580 de diciembre de 2001, al extenderla a supuestos de la sospecha, intuición y experiencia policial, así como con la “re-conceptualización” de la flagrancia por vía de la doctrina de “La Flagrancia como Estado Probatorio”, hasta su previsión en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia-*, resultan palmarias para entender el compromiso judicial en la lucha contra la criminalidad, al tiempo que de igual manera nos permiten comprender la expansión del Estado Policial en la intervención de otros derechos sin orden judicial, siendo paradigmático en este sentido los procedimientos del DIBISE, el Madrugonazo y la Operación de Liberación del Pueblo.

Así las cosas, la praxis legislativa, policial y judicial, político-criminalmente hablando –*comono podía ser de otro modo-*, ha terminado por recortar las libertades y sus garantías en favor del Poder Punitivo del Estado, en una dinámica caracterizada por el abandono de la nociones constitucionales legales y dogmáticas de la flagrancia. Vale decir, por la prescindencia de su concepto y su naturaleza etimológica, lingüística y semántica, bien que se la identifique con la expresión *flagrancia* o la de *fragancia*.

Por tal razón, es por lo que la interpretación y aplicación de la flagrancia se realiza al margen del concepto y, por consecuencia de ello, en la

concreción de una evidente flexibilización de la legalidad penal y una subsiguiente desformalización del proceso penal, en atención a lo cual el Poder Judicial asume tareas del Poder Punitivo y Policial que en lugar de legitimar debe controlar.

Corolario de esta situación es el divorcio entre Teoría y Praxis, esto es, entre Ciencia y Jurisprudencia o, en abono del título de esta investigación, entre *lo Dogmático y lo Político Criminal*. Todo lo cual obedece a la lógica político criminal, legislativa y judicial, de la “*re-conceptualización*” de la flagrancia, lo que de ninguna manera puede llevarse a cabo a través de las nociones, del concepto y los elementos de la flagrancia, dado que estos suponen una camisa de fuerza para el Estado Policial y el Poder Punitivo en la “lucha” contra la criminalidad.

De suyo entonces, el abismo entre jurisprudencia y dogmática del Derecho penal, además de resultar del desprecio por lo teórico y la doctrina, también se deriva de las necesidades político-criminales del ideal securitario o del “*derecho*” a la seguridad ciudadana que tal y como apunta Baratta se manifiesta ideológicamente como expresión del orden antes que de los derechos humanos, en virtud de lo cual el tradicional concepto de flagrancia y la exigencia de interpretación restrictiva devienen disfuncionales, a diferencia de lo funcional que resultan la “*re-conceptualización*” de la flagrancia y su concepción como *Estado Probatorio*.

Como se pudo advertir de las decisiones y las reformas penales, ante la ausencia de diálogo entre Jurisprudencia y Ciencia del Derecho penal, entre Jueces y Dogmáticos, es lo que nos ha conducido al abismo entre normatividad y efectividad, es decir, entre la estricta legalidad que impone el concepto de flagrancia –*sus nociones, elementos y naturaleza*– y su dimensión constitucional y normativa, con relación a lo que ocurre en la

praxis, donde todo es flagrancia con tal de asegurar los designios de la “lucha” contra la criminalidad.

En definitiva, puede afirmarse que asistimos a una praxis que conculca el principio de legalidad en sentido formal y material, tanto en lo relacionado con la legalidad constitucional, como en lo que respecta a la legalidad penal, sustantiva y procesal.

Una praxis político-criminal, la que además de transcurrir con prescindencia de la teoría o la dogmática propia de un Derecho penal de garantías, precisamente por ello, conduce a una desformalización del proceso penal y a la consecuente precariedad del sistema de justicia configurado por el Constituyente en 1999, en desmejora de las garantías constitucionales de inviolabilidad de ciertos derechos, lo que se agrava con el criterio reiterado por las Salas Constitucional y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia –*que siguen acriticamente los Tribunales Penales de Instancia*-, consistente en la preeminencia de los derechos colectivos frente a los individuales. Dicho de otro modo, de la prevención frente a las garantías y de lo político criminal con relación al Derecho penal demoliberal.

Visto así, la teoría –*como siempre nos imputan los estudiantes y un número significativo de abogados egresados de nuestra Escuela de Derecho*-, no sirve para la práctica, pues una cosa es lo que se estudia en la Facultad y otra la que acontece en los Tribunales Penales, donde con desprecio por lo científico, se llega a afirmar que es allí donde se aprende Derecho, muy a pesar de que la flagrancia se considera al margen de la teoría del delito, de su conceptualización y sus elementos.

De allí, el objetivo de este trabajo, en cuanto una vez advertido tal estado de cosas y confrontado con la dogmática jurídico-penal, se haya propuesto el ineludible diálogo entre teoría y praxis y viceversa, además de tener la pretensión de concretar una *dogmática de la flagrancia*, pues sólo así podrá decretársela atendiendo a los límites que el concepto impone al Poder Punitivo y al Estado Policial en salvaguarda de las libertades ciudadanas, las cuales, han de condicionar el ejercicio del *iuspuniendi*.

A fin de cuentas, lo que se persigue con la *dogmática de la flagrancia*, antes que la defensa *per se* su concepto, es el aseguramiento del fundamento del Derecho penal en cuanto Carta Magna del Ciudadano, lo que ya se hallaba en la Declaración de los Derechos del Pueblo Venezolano de 1811 y la Constitución de 1811.

4.2.- Recomendaciones

Como quiera que la praxis legislativa y judicial de la flagrancia, contraria a lo dogmático, así como a la legalidad constitucional y penal, se concreta y sólo puede ser contenida por los abogados, bien cuando se trata de asesores parlamentarios, ora cuando se corresponde con el rol de los operadores del sistema de justicia penal, es por lo que ha de incidirse en los estudiantes de Derecho de pregrado y postgrado. En este orden de ideas, cabe esbozar algunas recomendaciones:

En primer lugar, fortalecer la formación de los estudiantes de pregrado en el estudio de la Teoría General del Derecho y del Concepto de Derecho, en asignaturas como Introducción al Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho;

En segundo lugar, ahondar en la formación de los estudiantes de pregrado en el estudio de la Teoría General del Derecho y del Concepto de Derecho, en asignaturas como Introducción al Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho;

En tercer lugar, procurar la mejora del *pensum* con respecto a las asignaturas de Derecho penal y Derecho procesal penal, bien en lo atinente al Fundamento del Derecho penal y la Teoría del Delito, como en la reordenación del Derecho procesal penal en cuanto al régimen anual y, de ser posible, en una eventual división de la asignatura en Derecho procesal penal I (Fundamentos) y Derecho procesal penal II (Procedimientos);

En cuarto lugar, valorar la posibilidad de incluir un Seminario sobre la Flagrancia en el *pensum* de la Maestría en Derecho Procesal Penal, lo cual debe estar precedido de una asignatura propia del ciclo básico sobre el concepto del Derecho penal, su epistemología y el fundamento del Derecho procesal penal, en cuanto derecho de realización del derecho penal material, sin lo cual es inútil pensar y estudiar el proceso penal, en cuanto garantía instrumental de realización de una justicia respetuosa de las libertades ciudadanas; y

En quinto lugar, pensar en el establecimiento de vínculos institucionales para la formación de los operadores jurídicos del Sistema de Justicia Penal, comprendido por Jueces, Defensores, Fiscales del Ministerio Público y Cuerpos Policiales, en la idea de ofrecerles Cursos de Profundización y Formación, con el propósito de avanzar en la difusión de la *dogmática de la flagrancia*, la cual, forzará a una Administración de Justicia Penal respetuosa de las libertades ciudadanas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agudelo, N. (2011). *Curso de Derecho Penal. (Esquemas del Delito)*. Ediciones Nuevo Foro. Medellín.

Aguilar, F. (2004). *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português*. Almedina Coimbra.

Agudo, E. (1983). *Policía Judicial y detención preventiva*. En: *Derecho Procesal Penal. Libro Homenaje al Dr. Angulo Ariza*. Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público de la Fiscalía General de la República y Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 113 - 147.

Alcácer, R. (2003). *Apuntes sobre el concepto de delito*. En: *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional N° 2, Enero – Marzo 2003*. LEGIS, S. A. Bogotá, pp. 5 - 58.

Alchourrón C. y Bulygin, E. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. (3ª reimpresión). Editorial ASTREA. Buenos Aires.

Alexy, R. (1995). *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. (2ª ed.). Traducción e introducción de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____ (1998). *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. (2ª ed.). Traducción de Pablo Larrañaga. En: *Derecho y moral*. Rodolfo Vázquez (comp.). Editorial Gedisa, S. A. Barcelona: España, pp. 115 - 137.

_____ (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral.* (2ª ed.). Traducción e introducción por Paula Gaido. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____ (2004). *El concepto y la validez del derecho.* (2ª ed.). Traducción de José M. Seña. Editorial Gedisa, S. A. Barcelona: España.

Alvarado, M. (2009). *El procedimiento de flagrancia en los delitos de violencia contra las mujeres.* Trabajo de Ascenso para la Categoría de Asociado. Universidad del Zulia.

Ambos, K. (1995). *Aspectos importantes del proceso penal alemán.* En: *Propuestas para la Reforma del Proceso Penal Venezolano.* Institutos de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto, pp. 54 - 61.

Aniyar, L. (2007). Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas. Temas para investigar en la criminología latinoamericana de los próximos años. En *Cuestión criminal y Derechos humanos: La perspectiva crítica.* Compiladoras: Elsie Rosales y Lolita Aniyar de Castro. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 19 – 38.

Arcaya, M. (1971). Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961). Tomo I. Art. 1 al Art. 94. Empresa "El Cojo" C. A. Caracas.

Arias, F. (2006). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica.* (5ª ed.). Editorial Episteme, C. A. Caracas.

Arteaga, A. (1998). *La libertad y sus restricciones en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano.* En: *Código Orgánico Procesal Penal. Comentado con 7*

monografías. Revisión Técnica Magaly Vásquez González. McGraw Hill. Interamericana de Venezuela, S. A. Caracas.

_____ (2007a). *La Privación de Libertad en el Proceso Penal Venezolano*. (2ª ed.). Tipografía Miguel Ángel García e hijo, S. R. L. Caracas.

_____ (2007b). *La flagrancia según el profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero*. En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Año LIII. Nº 127. Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 345 – 349.

_____ (2007c). *Privación de Libertad y Flagrancia: ¿Interpretación, Ampliación Restrictiva?* En: *X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal*. Coordinación y presentación de Magaly Vásquez González. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 33 – 47.

www.bdigital.ula.ve

_____ (2009). *Derecho Penal Venezolano*. (11ª ed.). Ediciones Liber. Caracas.

Armenta, T. (2009). *Lecciones de derecho procesal penal*. (4ª ed.). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid.

Atienza, M. (2012). *Constitucionalismo y Derecho Penal*. En: *Constitución y Sistema Penal*. Santiago Mir Puig y MirentxuCorcoyBidasolo (Directores). Juan Carlos Hortal Ibarra (Coordinador). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, pp. 19 – 39.

Balestrini, M. (2006). *Cómo se elabora el proyecto de investigación*. B. L. Consultores Asociados. Caracas.

- Balza, L. (2002). Código Orgánico Procesal Penal. Comentado. Concordado con la Constitución Nacional, leyes especiales y tratados internacionales. Indio Merideño. Mérida: Venezuela.
- Baratta, A. (2004). *Seguridad*. En: *Criminología y Sistema Penal. (Compilación in memoriam)*. Dirección por Carlos Alberto Elbert y Coordinación de Laura Belloqui. Editorial B de F. Buenos Aires, pp. 199 – 220.
- Bernal, C. (2006). *Metodología de la investigación*. (2ª ed.). Pearson Educación de México, S. A. de C. V. México.
- Bernal, P. (2005). *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Bernal, J. y Montealegre, L. (2004). *El proceso penal. Tomo I*. (5ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Bertolino, P. (1985). *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Bettioli, G. (1995). *El problema penal*. Traducción del italiano por José Luis Guzmán Dalbora. Editorial Hammurabi S. R. L. Buenos Aires.
- Binder, A. (1992). *La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*. En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, pp. 139 – 169.
- _____ (1997). *Política Criminal, Derecho Penal y Sociedad Democrática*. En: *Política criminal: de la formulación a la praxis*. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, pp. 25 – 46.

_____ (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. (2ª ed.). AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

_____ (2004). *Introducción al derecho penal*. (2ª ed.). AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

_____ (2009). *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría de las nulidades en el proceso penal*. (Reimp.). AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

_____ (2010). *Política de seguridad y control de la criminalidad*. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

_____ (2011). *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Editorial Astrea De Alfredo Depalma S R.L. Buenos Aires.

Borjas, A. (1982). *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal*. Ediciones Macchi. Caracas.

Borrego, C. (2002). *La Constitución y el Proceso Penal*. LIVROSCA, C. A. Caracas.

_____ (2007). *Constitución y las Pruebas en el Proceso Penal*. Universidad Central de Venezuela. Caracas.

_____ (2011). *Actividad procesal y el procedimiento a instancia del ofendido y por acusación privada*. Editorial Livrosca, C. A. Caracas.

Borrego y Rosales, E. (2012). «*Consideraciones sobre la decisión de la Sala Constitucional 11-08-2011. Exp. 10-0028. Facultades excepcionales de*

investigación por necesidad y urgencia». En Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela Número 16 – 17 / 2008 – 2009. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 177 - 190.

Bovino y Courtis, C. (2000). *Por una dogmática conscientemente política*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XVII. 2000*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Madrid. pp. 179 - 213.

Brewer-Carías, A. (2008a). *Las Constituciones de Venezuela. Tomo I. (3ª. ed.)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.

_____ (2008b). *Las Constituciones de Venezuela. Tomo II. (3ª. ed.)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas.

Brichetti, G. (1973). *La "evidencia" en el Derecho Procesal Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires.

Bucheli, M. (1994). *Diccionario de Derecho Procesal Penal y Elementos de Criminalística*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá.

Bunge, M. (1983). *La investigación científica. (2ª ed.)*. Traducción de Mario Sacristán. Editorial Ariel, S. A. Barcelona: España.

Burkhardt/Eser/Hassmer, W. (2003). *La ciencia del. Derecho penal ante el cambio de milenio*. Francisco Muñoz Conde (comp.). Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: España.

Cabanellas, G. (1976). *Diccionario de Derecho Usual. Tomo II.* (9ª ed.). Editorial Heliasta, S. R. L. Buenos Aires.

Cabrera, J. (2006). *El delito flagrante como un estado probatorio.* En: Revista de Derecho Probatorio. Nº 14. Editorial Jurídica Alva S. R. L. Caracas, pp. 9 – 105.

_____ (2012). *La prueba ilegítima por inconstitucional.* Ediciones Homero. Caracas.

Cafferata, J. (1986). “*Los frutos del árbol envenenado*” (*La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales*). En: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral. Año 9, Julio – Septiembre 1986.* Nº 35. Ediciones Depalma. Buenos Aires, pp. 490 – 496.

Camacaro, N. (2012). *El debido proceso vs la flagrancia en los delitos de violencia de género en el sistema penal venezolano.* En: *Revista del Ministerio Público. V Etapa. Nº 11.* Editorial Latina, C. A. Caracas, pp. 69 – 85.

Cancio, M. (2005). *¿«Derecho penal» del enemigo.* Editorial Hammurabi, s. r. l. Buenos Aires, pp. 65 - 106.

Carbonell, J. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* (3ª ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia: España.

Carnelutti, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo II. Derecho Procesal Penal. Principios del Proceso Penal.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.

Carrara, F. (1971). *Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I.* Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Editorial Temis, Ltda. Bogotá.

Casal, J. (2001). *Constitución y Justicia Constitucional.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

_____ (2010). *Las colisiones constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.* En: *El Derecho venezolano hoy: visiones críticas. Homenaje al R. P. Fernando Pérez Llantada, s.j.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Clariá, J. (1960). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Nociones Fundamentales.* Ediar S. A. Editores. Buenos Aires.

_____ (1966). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo V. La Actividad Procesal.* Ediar S. A. Editores. Buenos Aires.

Chiossone, T. (1981). *Manual de Derecho Procesal Penal.* (3ª ed.). Universidad Central de Venezuela. Caracas.

Colin, G. (1964). *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.* EDITORIAL PORRÚA, S. A. México.

Corbetta, P. (2007). *Metodologías y técnicas de investigación social.* Traducción de Marta Díaz Ugarte y Susana Díaz Ugarte. Mc-Graw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid.

Corcoy, M. (2012). *Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales.* En: *Constitución y Sistema Penal.* Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Directores). Juan Carlos

- Hortal Ibarra (Coordinador). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, pp. 153 – 173.
- Cortina, A. (1996). *Ética mínima: introducción a la filosofía práctica*. Editorial. Tecnos. Madrid.
- Cox, J. (2012). *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*. Editorial B de F. Buenos Aires.
- Dahm, G. y Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?* Introducción y revisión por Raúl Eugenio Zaffaroni y Traducción de Leonardo G. Brond. Colección *El penalismo olvidado*. Director Eugenio Raúl Zaffaroni. Ediar. Buenos Aires.
- De Asís, R. (2000). *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época. Tomo XVII. 2000*. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Madrid. pp. 215- 230
- De Hoyos, M. (2001). *Análisis comparado de la situación de flagrancia*. En: *Revista de Derecho. Volumen XII*. Caracas, pp. 137 - 147.
- De Urbano C. y Torres, M. (2000). *La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial*. (2ª ed.). Editorial Aranzadi, S. A. Navarra.
- Delgado, J. (1994). *Una Introducción a la Metodología del Derecho. Exposición de la Metodología del Derecho del profesor Reinhold Zippelius*. Vadell Hermanos Editores. Valencia: Venezuela.
- Del Rosal, B. (1992). *El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana*. En: *Cuadernos de política criminal. Nº 48*. Madrid, pp. 785 – 793.

- Denninger, E. (2009). *Prevención y libertad. Sobre el orden de la libertad*. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Nº 43-2009*. Granada, pp. 39 – 57.
- Díaz y Morales, R. (2001). *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Civitas Ediciones S. L. Madrid.
- Díez, J. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Editorial B de F. Buenos Aires.
- Durán, M. (1980). *La tipicidad y su importancia en el Derecho procesal penal*. En: *Ciencias del delito. Estudios varios en Homenaje a Tulio Chiossone*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 313 - 330.
- Eco, H. (2005). *Cómo se hace una tesis*. (6ª reimpresión). Traducción de Lucía baranda y Alberto Clavería Ibáñez. Editorial Gedisa, S. A. Barcelona: España.
- Escala, R. (1980). *Protección constitucional penal*. En: *Ciencias del delito. Estudios varios en Homenaje a Tulio Chiossone*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 331 - 350.
- Escobar, E. (1998). *La presunción de inocencia en el proceso penal*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá.
- Escríche, J. (1874). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los Doctores D. León Galindo y de Vera y D. José Vicente y Cervantes. Tomo Segundo. Imprenta de Eduardo Cuesta, Rollo, 6, Bajo. Madrid.
- Espitia, F. (1991). *Código de Procedimiento Penal Italiano*. Traducción, concordancia y comentarios en colaboración con el Centro de

Investigaciones Jurídicas del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Editorial Temis. Bogotá.

Farrell, M. (2003). *La ética de la función judicial*. En: *La función judicial. Ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (Compiladores). Editorial Gedisa, S. A. Barcelona: España, pp. 147 – 162.

Fernández, J. (1988). *Cómo es posible una dogmática axiológica*. En: *Francesco Carrara. Homenaje en el Centenario de su Muerte*. Editorial Temis, S. A. Bogotá, 147 – 170.

_____ (1999a). *Concepto y Límites del Derecho Penal*. (2ª ed.). Editorial Temis, S. A. Bogotá.

_____ (1999b). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal (Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho)*. (2ª ed.). Editorial Leyer. Bogotá.

_____ (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

_____ (2004). *Derecho Penal Fundamental 1*. (3ª ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

_____ (2011). *Derecho Penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (2ª ed.). Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan TerradillosBasoco y Rocío Cantarero Bandrés. Editorial Trotta, S. A. Madrid.

_____ (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Editorial Trotta, S. A. Madrid.

_____ (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Ferreira, F. (2006). *La dimensión constitucional y normativa de la flagrancia. Comentarios a la sentencia nº 2.580 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*. En: *Revista CENIPEC Nº 24. Enero – Diciembre 2005*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela.

_____ (2007). *La flagrancia en los delitos permanentes y delitos de ejecución instantánea y efectos permanentes*. En: *Revista CENIPEC Nº 26. Enero – Diciembre 2007*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela.

Fiero-Méndez, H. (2005). *Exclusión de actos y pruebas en el juicio oral*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.

Firoravanti, M. (2001). *Los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, S. A. Madrid.

Florián, E. (1990). *Elementos de Derecho procesal penal*. Traducción y referencias al Derecho español por L. Prieto Castro. (Reimpresión). BOSCH – Casa Editorial. Barcelona: España.

Frías, J. (1996). *Proceso ejecutivo del delito*. Editado por LIVROSCA, C. A. Caracas.

Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José

Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid.

Frosini, V. (1995). *La letra y el espíritu de la ley*. Traducción de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso. Editorial Ariel, S. A. Barcelona: España.

García, S. (1974). *Curso de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa, S. A. México.

Gimbernat, E. (1971). *¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?* En: Problemas actuales del derecho penal y procesal. Universidad de Salamanca. Salamanca, pp. 87 – 109.

_____ (1999). *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid.

Goldstein, R. (1978). *Diccionario de derecho penal y criminología*. (2ª ed.). Editorial Astrea. Buenos Aires.

Gómez, J. (2008). *La Teoría del Delito desde la perspectiva de la Constitución Venezolana*. JUDEC Fondo Editorial. Barquisimeto.

Gössel, K. (1981). *Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía*. Traducción por AnneliesKrempf de Villanueva y Julio B. J. Maier. En: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Año 4. Octubre – diciembre. Nº 16*. Buenos Aires, pp. 621 - 659.

Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Editorial Gedisa. Barcelona: España.

Hassemer, W. (1998). *Crítica al derecho penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____ (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis, S. A. Bogotá.

Hoyos, A. (1998). *El debido proceso*. Reimpresión. Editorial Temis, S. A. Bogotá.

Huerta, L. (2010). *El derecho fundamental a la libertad física: reflexiones a partir de la Constitución, el Código Procesal Penal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Universidad, pp. 177 – 209.

Jäger, C. (2005). *Fundamento y límites del principio nullapoena, nullum crimen snelege en el derecho procesal penal*. En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, s. r. l. Buenos Aires, pp. 343 – 356.

Jakobs, G. (2000). *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción de Teresa Manso Porto. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____ (2005). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi, s. r. l. Buenos Aires, pp. 15 – 64.

Jánez, T. (2005). *Metodología de la investigación en Derecho. Una orientación metódica*. (3ª ed.). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 203 - 210.

Jescheck, H. (1967). *Derecho penal y su aplicación en la Zona Alemana de Ocupación Soviética*. Traducción al castellano por Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma. Buenos Aires.

_____ (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (4ª reimp.). Traducción por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. BOSCH, Casa Editorial, S. A. Barcelona: España.

Kunkel, W. (2003). *Historia del Derecho romano*. (6ª reimp.). Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel. Editorial Ariel, S. A. Barcelona: España.

Landrove, G. (1997). *Introducción al Derecho Penal Español*. (4ª ed. reimp.). Editorial Tecnos, S. A. Madrid.

Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 2ª ed. Traducción de M. Rodríguez Molinero. Editorial Ariel, S. A. Barcelona: España.

Larsen, P. (2015). *Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica Reflexiones críticas sobre la función de la dogmática penal a partir del caso argentino*. En: Indret. Revista Para el Análisis del Derecho. Consultado en: <http://www.indret.com/pdf/1150.pdf>

Levene, R. (1967). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (2ª ed.). Bibliográfica Omeba. Buenos Aires.

León, A. (2011). *El sicario como ejecutor de la ley penal*. Ponencia presentada en el VII Congreso Binacional de Derecho Procesal en Homenaje al Jurista Rodrigo Rivera Morales. Cúcuta, agosto 2011.

Llobet, J. (2005). *Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales (Primera parte)*. Editorial Jurídica Continental. San José de Costa Rica.

_____ (2004). *“Justicia Penal” en el Estado Arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo)*. Editorial Jurídica Continental. San José de Costa Rica.

_____ (2006). *Proceso Penal Comentado*. (3ª ed.). Editorial Jurídica Continental. San José de Costa Rica.

Llorente y Daranas, M. (1997). *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Editorial Ariel, S. A. Barcelona: España.

López, E. (2008). *Glosario Jurídico Procesal Penal*. 4ª serie. Volumen 4. Iure Editores, S. A. México.

www.bdigital.ula.ve

Lösing, N. (1998). *Estado de Derecho y Proceso Penal*. En: *XXIII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar” Nuevo Proceso Penal. Homenaje a la Memoria del R. P. Dr. Luis M. Olaso (S. J.)*. Tipografía y Litografía Horizonte, C. A. Barquisimeto, pp. 29 – 86.

Madrazo, J. (1988a). *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX. Las Constituciones Latinoamericanas. Tomo I*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

_____ (1988b). *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX. Las Constituciones Latinoamericanas. Tomo II*. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Magariños, M. (2008). *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional del acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*. AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

Maggiore, G. (1971). *Derecho Penal. Volumen I. El Derecho Penal – El Delito*. (3ª ed.). Traducción de la 5ª edición italiana por José J. Ortega Torres, con prefacio del Dr. Sebastián Soler. Editorial Temis. Bogotá.

Maier, J. (1985). *Inviolabilidad del domicilio*. En: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Revista Trimestral. Buenos Aires, pp. 59 – 117.

_____ (2004). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. (2ª ed. 3ª reimp.). Editores del Puerto, s.r.l. Buenos Aires.

Maldonado, P. (2011). *Derecho Procesal Penal Venezolano*. (4ª ed.) Editorial LIVROSCA, C. A. Caracas.

_____ (2012). *Pruebas en el procedimiento penal venezolano*. (4ª ed.) Editorial LIVROSCA, C. A. Caracas.

Manzaneda, J. (1980). *El procesado en el sistema penal venezolano*. Editorial Principios. Caracas.

_____ (1998). *Los procedimientos especiales en el nuevo sistema*. En: *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal. El nuevo proceso penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 257 – 269.

Manzini, V. (1949a). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Los actos del proceso penal*. Ediciones de Cultura Jurídica. Caracas.

- _____ (1949b). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV. Del Procedimiento Penal*. Ediciones de Cultura Jurídica. Caracas.
- Mármol, B. (2003). *Algunos problemas prácticos de la flagrancia*. En: *Temas actuales de Derecho Procesal Penal. Sextas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 118 – 135.
- _____ (2006). *Criterios Jurídicos*. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Doctrina Judicial Nº 16. Fernando Parra Aranguren Director. Caracas.
- Martín, R. (1998). *Entrada en Domicilio por causa de Delito Flagrante*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, Nº 1*, pp. 375 - 388. Granada.
- _____ (2001). *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*. Editorial Civitas. Madrid.
- Martínez, E. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 abril)*. Tirant Lo Blanch. Valencia: España.
- Mascareñas, C. (1975). *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VI*. Editorial Francisco Seix, S. A. Barcelona: España.
- Mata, N. (2007). *Las Medidas Cautelares Durante la Fase de Investigación en el Proceso Penal del Adolescente*. En: *X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 79 - 102.
- Matia, F. (1997). *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S. A. U. Madrid.

- Mendoza, D. (2000). *Las claves del derecho*. Editorial Gedisa, S. A. Barcelona: España.
- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. (7ª ed. 2ª reimp.). Editorial B de F. Buenos Aires.
- _____ (2006). *Dogmática creadora y política criminal*. En: *Estado, pena y delito*. Editorial B de F. Buenos Aires, pp. 13 - 34.
- Moccia, S. (2008). *El derecho penal entre el ser y el valor. Función de la pena sistemática teleológica*. (Reimp.). Traducción de Antonio Bonano. Editorial B de F. Buenos Aires, pp. 13 - 34.
- Molina, T. (2004). *La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular*. En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVII*, pp. 131 – 158.
- Montero, J. (1997). *Principios del procesal penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant Lo Blanch. Valencia: España.
- Montesquieu, (1995). *Del espíritu de las leyes*. (10ª ed.). Versión castellana de Nicolás Estévez. Editorial Porrúa, S. A. México
- Mora, L. (1995). *Garantías Constitucionales en Relación con el Imputado*. En: *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania*. Edición Coordinada por Horst Schönbohm y Norbert Lösing. Fundación Konrad Adenauer. Caracas, pp. 9 – 40.
- Morao, J. (2000). *El Nuevo Proceso Penal y Los Derechos del Ciudadano*. Ediciones JM Bros. Caracas.

Moreno, C. (2007). *El Proceso Penal Venezolano. Manual Teórico-Práctico*. (2ª ed.). Vadell Hermanos Editores. Caracas – Valencia: Venezuela.

_____ (2011). *El Proceso Penal Venezolano*. (4ª ed.). Vadell Hermanos Editores. Caracas – Valencia: Venezuela.

Muñoz, F. (1979). “*Hacia una ciencia crítica del derecho penal*”. En: *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista Trimestral. Año 2, Enero – Marzo 1979. Nº 5*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, pp. 33 - 38.

_____ (2000). *Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal*. En: *Revista Penal Nº 5, Enero 2000*. Publicación Semestral de Editorial Praxis, S. A, en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. Barcelona: España, pp. 44 – 51.

_____ (2001). *El Proyecto Nacional socialista sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad*. En: *Revista CENIPEC Nº 20, Año 2001*. Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela, pp. 151 – 180.

_____ (2003). *Edmundo Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacional socialismo*. (4ª ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia: España.

Müller, I. (2011). *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. (Reimp.). Traducción de Carlos Armando Figueredo Planchart. Editorial ABC Ltda. Bogotá.

Nieva, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Edisofer, S. L. y Editorial B de F. Buenos Aires.

- Nino, C. (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Edición al cuidado de Marcelo Alegre. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires.
- Núñez, J. (2005). *La Flagrancia en el Proceso Penal Venezolano*. LIVROSCA, C. A. Caracas.
- Oderigo, M. (1975). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. (2ª ed.). Reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- Omeba, E. J., & Tomo VI (Defe - Dere). (1979). Driskill, S. A. Buenos Aires.
- Peña, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, S. A. Madrid.
- Pérez, E. (1998). *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. (2ª ed.). Reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas – Valencia: Venezuela.
- _____ (2002). *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. (4ª ed.). Reimpresión. Vadell Hermanos Editores. Caracas – Valencia: Venezuela.
- _____ (2011). *Manual de Derecho Procesal Penal*. (3ª ed.). Vadell Hermanos Editores. Caracas – Valencia: Venezuela.
- Pérez, A. (2006). *Guía metodológica para Anteproyectos de Investigación*. (2ª ed.). Reimpresión. Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Libertador. Caracas.
- Pérez-Luño, A. (2010). *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*. (10ª ed.). Editorial Tecnos, S. A. Madrid.

- Queralt, J. (2012). *La detención preventiva: previsiones constitucionales y legales*. En: *Constitución y Sistema Penal*. Santiago Mir Puig y MirentxuCorcoyBidasolo (Directores). Juan Carlos Hortal Ibarra (Coordinador). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, pp. 245 – 260.
- Quiceno, F. (2004). *Diccionario Conceptual de Derecho Penal*. (Reimpresión). Editorial Jurídica Bolivariana. Bogotá-Caracas-Panamá-Quito.
- Quintero, G. (1999). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Con la colaboración de Fermín Morales Prats y José Miguel Prats Canut. Editorial Aranzadi, S. A. Navarra.
- Ragués i Vallès, R. (2006). *Tres grandes dilemas de la dogmática penal del XXI*. En: *Entre el funcionalismo y el principialismo, y las instituciones dogmáticas*. Esiquio Manuel Sánchez Herrera. Coordinador. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, pp. 81- 105.
- Reyes, A. (1986). *Derecho Penal. Parte General*. (10ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Rieß, P. (2005). *Derecho constitucional y proceso penal*. Traducción de Teresa Manso Porto. En: *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*. Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 123 – 155.
- Rionero& Bustillos, D. (2003). *Instituciones Básicas en la Instrucción del proceso penal*. LIVROSCA, C. A. Caracas.
- Rivera, R. (2008). *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*. Librería J. Rincón G. C. A. Barquisimeto.

Rives, A. (1999). *La Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. (3ª. ed.). Editorial Aranzadi. Navarra.

Rosado, N. (2013). *Restricción a la libertad: del elemento “ilegalmente” a “sin excusa legítima”*. En: *Revista de Derecho Puertorriqueño*. Vol. 53. Núm. 1. 2013. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Ponce, pp. 73 – 93.

Rosales, E. (2007). *Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela*. En: *Cuestión criminal y Derechos Humanos. La perspectiva crítica*. Compiladoras: Elsie Rosales y Lolita Aniyar de Castro. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, pp. 219 – 258.

Rosales, Borrego y Núñez, G. (2013). *Sistema penal y acceso a la justicia*. (2ª ed.). Universidad Central de Venezuela. Caracas.

Roxin, C. (2000a). *Política criminal y sistema del derecho penal*. (2ª ed.). Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Hammurabi, S. R. L. Buenos Aires.

_____ (2000b). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed. 3ª reimp.). Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier. Editores del Puerto, s.r.l. Buenos Aires.

_____ (2000c). *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. (2ª ed.). Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Introducción de Francisco Muñoz Conde. Tirant Lo Blanch. Valencia: España.

_____ (2006). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2.^a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal. (3^a reimp.). Civitas Ediciones, S. L. Madrid.

_____ (2007). *Política criminal y dogmática jurídico-penal: el debate actual*. Traducción del profesor Dr. Minor E. Salas. En: *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*. Javier Llobet Rodríguez (Coordinador). Editorial Jurídica Continental. San José de Costa Rica.

_____ (2009). *Sobre la reforma del Derecho Procesal Penal alemán*. Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. En: *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Colección Autores de Derecho Penal. Edgardo Alberto Donna (Director). Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, pp. 143 – 162.

Rubianes, C. (1985). *Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo III. El Procedimiento Penal*. (3^a reimpression). Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Rusconi, M.(2005a). *¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal?* En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, s. r. l. Buenos Aires, pp. 431 – 448.

_____ (2005b). *Las Fronteras del Poder Penal*. Editorial de Ciencia y Cultura. Buenos Aires.

_____ (2009a). *Derecho Penal. Parte General*. (2^a ed.). AD-HOC S.R.L. Buenos Aires.

_____ (2009b). *Teoría del delito, teoría de la pena y garantías constitucionales*. En: *Teoría del delito y garantías constitucionales*. Maximiliano Rusconi y Mariano Kierszenbaum. AD – HOC, S. R. L. Buenos Aires, pp. 13 - 61.

Rüthers, B. (2004). *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Traducción y Presentación de Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Sabino, C. (2002). *El proceso de investigación: una introducción teórico práctica*. Panapo. Caracas.

Sampieri, Fernández, Baptista, P. (2002). *Metodología de la investigación*. McGRAW – HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S. A. de C.V. México.

Schönbohm, H., y Lösing, N. (1995). *El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania*. En: *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio Oral en América Latina y Alemania*. Edición Coordinada por Horst Schönbohm y Norbert Lösing. Fundación Konrad Adenauer. Caracas, pp. 41 – 61.

Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. José María BOSCH Editor, S. A. Barcelona: España.

_____ (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (2ª ed.). Editorial B de F. Buenos Aires.

_____ (2007). *¿Crisis del sistema dogmático del delito?* Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

_____ (2009). *Tiempos de Derecho penal*. Editorial B de F. Buenos Aires.

- Struensee, E. (1998). *Los delitos de tenencia*. Traducción de Fernando Córdoba. En: *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*. Editorial Hammurabí, s. r. l. Buenos Aires.
- Suárez-Barcena, E. (1997). *Derecho Procesal Penal (Manual para Criminólogos y Policías)*. Tirant Lo Blanch. Valencia: España.
- Suárez, A. (2001). *El debido proceso penal*. (2ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Tamayo, J. (2003). *Manual Práctico Comentado sobre la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal*. (Reimp.). Editorial Tamher, C. A. Maracay.
- Tocora, F. (1990). *Política criminal en América Latina*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.
- Urbano, J. (2011). *Concepto y función del derecho penal*. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Vargas, P. (1990). *La captura y la libertad. En el Código de Procedimiento Penal*. (2ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá.
- Vásquez, J. (1985). *Curso de Derecho Procesal Penal*. Rubinzal y Culzoni, S. C. C. Santa Fe: Argentina.
- _____ (2004a). *Derecho Procesal Penal (La realización penal)*. Tomo I. *Conceptos Generales*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe: Argentina.

- _____ (2004b). *Derecho Procesal Penal (La realización penal). Tomo II. El Proceso Penal*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe: Argentina.
- Vásquez, M. (1999). *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- _____ (2001a). *Procedimiento por flagrancia. Principales problemas prácticos*. En: *Terceras Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 21 – 35.
- _____ (2001b). *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano*. (2ª ed.). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- Vecchionacce, F. (2002). *El derecho a la libertad personal según la reforma del Código Orgánico Procesal Penal (2001)*. En: *Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, pp. 227 – 261.
- Villamizar, J. (1997). *Lecciones del proceso penal*. (3ª reimpresión). Talleres Gráficos Universitarios de la Universidad de Los Andes. Mérida: Venezuela.
- Villar, J. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Editorial Tecnos, S. A. Madrid.
- Von Liszt, F. (1926). *Tratado de Derecho Penal. Tomo Primero*. (2ª ed.). Traducción de la 18.ª edición alemana por Quintano Saldaña. Editorial REUS (S. A.). Madrid.
- _____ (1999). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña. (4ª ed.). Editorial REUS, S. A. Madrid.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Traducción por Carlos FontánBalestra con la colaboración de Eduardo Freiker. ROQUE Depalma EDITOR. Buenos Aires.

Yacobucci, G. (2009). *Dogmática penal y argumentación judicial*. En: *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica del Derecho penal en la actualidad*. Compiladores Hans-JörgAlbrecht, UlrichSieber, Jan-Michael Simon y FelixSchwarz. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires, pp. 213 – 225.

Zaffaroni, E. (1982). *Política criminal latinoamericana. Perspectivas – disyuntivas*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

_____ (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. EDIAR. Buenos Aires.

www.bdigital.ula.ve

_____ (2007). *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Editorial Hammurabí, s. r. l. Buenos Aires.

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. (9ª ed.). Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, S. A. Madrid.

Zarka, Y. (2007). *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. Traducción del francés por Tomás Valladolid Bueno. Anthropos Editorial. Barcelona: España.

Zdravomíslav, Schneider, Kéline y Rashkovskaia, Sh. (1970). *Derecho Penal Soviético. Parte General*. Traducción castellana de Nina de la Mora y Jorge Guerrero. Editorial Temis. Bogotá

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero 2009.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998.

Código de Justicia Militar. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.263, Extraordinario, del 17 de septiembre de 1998.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.022, del 25 de agosto de 2000.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.552, Extraordinario del 14 de noviembre de 2001.

Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.930, Extraordinario del 04 de septiembre de 2009.

Código de Justicia Militar. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.548 del 25 de noviembre de 2014.

Código de Justicia Militar. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.551 del 28 de noviembre de 2014.

Ley Sobre la Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.863 del 16 de diciembre de 1991.

Ley Especial Contra los Delitos Informáticos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005.

Ley Contra la Delincuencia Organizada. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.789 Extraordinario del 26 de octubre de 2005.

Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial N° 5.789 Extraordinario del 26 de octubre de 2005.

Ley Sobre el Delito de Contrabando. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.327, del 02 de diciembre de 2005.

Ley del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.598 del 5 de enero de 2007.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 del 19 de marzo de 2007.

Ley del Sistema de Justicia. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.276 del 1 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Drogas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.510, del 15 de septiembre de 2010.

Ley Sobre el Delito de Contrabando. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.017, Extraordinario del 30 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. N° 39.610 del 7 de febrero de 2011.

Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.912 del 30 de abril de 2012.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.076 del 7 de mayo de 2012.

Ley Orgánica Sobre el Derecho de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Gaceta Oficial N° 40.551 del 28 de noviembre de 2014.

www.bdigital.ula.ve

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses. Gaceta Oficial N° 6.079 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.880 Extraordinario del 09 de abril de 2008.

REFERENCIAS DIGITALES

Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es>

Latindex: <http://www.latindex.org>

Redelyc: <http://www.redalyc.org>

Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS:
<http://www.infojus.gob.ar>

Tribunal Supremo de Justicia: <http://www.tsj.gob.ve>

www.bdigital.ula.ve